

# **EL DELITO DE HOMICIDIO**

**José Manuel Barranco Gámez.**

**José Manuel Barranco Gámez.**

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER  
CONSTITUITUR**

## **INDICE**

### **EL DELITO DE HOMICIDIO**

- I. CONCEPTO**
- II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, OBJETO Y SUS LÍMITES.**
- III. REGULACIÓN NORMATIVA.**
- IV. ELEMENTOS OBJETIVOS.**
  - 1. ACCIÓN.**
  - 2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO.**
  - 3. COAUTORIA.**
  - 4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD**
- V. ELEMENTOS SUBJETIVOS.**
  - 1. INTRODUCCIÓN.**
  - 2. EL HOMICIDIO DOLOSO.**
  - 3. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE.**
  - 4. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.**
- VI. LA EJECUCIÓN DEL HOMICIDIO. FORMAS IMPERFECTAS.**
- VII. CIRCUNSTANCIAS.**
- VIII. CONCURSOS.**
- IX. EL HOMICIDIO EN RIÑA TUMULTUARIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1944.**

**X. SUPUESTOS ESPECIFICOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

- a. COMISIÓN POR OMISIÓN.**
- b. AUSENCIA DE ALEVOSIA.**
- c. HOMICIDIO CULPOSO.**
- d. PRETERINTENCIONALIDAD.**
- e. CASO FORTUITO.**
  - i. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.**
  - ii. HASTA 1983: EL CASO FORTUITO COMO CIRCUNSTANCIA EXIMENTE.**
  - iii. REFORMA 1983: REFERENCIA EXPRESA AL CASO FORTUITO.**
  - iv. SITUACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE.**
- f. AUSENCIA DE RUPTURA DEL NEXO CAUSAL.**
- g. RESPONSABILIDAD CIVIL.**

**XI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 1990.**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MAYO DE 1990.**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 1999.**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1999.**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE 2000.**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 1999.**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 1975.**

8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE DICIEMBRE DE 1984.
9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1985.
10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2001.
11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE OCTUBRE DE 1996.
12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 1994.
13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE MARZO DE 2004.
14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE ABRIL DE 2003.
15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MAYO DE 2004.
16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ENERO DE 2001.

**XII. BIBLIOGRAFÍA.**

## **RESUMEN**

El homicidio es una figura delictiva tendente y causante de la destrucción de la vida humana que se integra, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por la concurrencia de los siguientes elementos:

1) en cuanto a la dinámica de la acción, una actividad por parte del sujeto activo con el resultado de muerte de una persona.

2) que no exista rotura del nexo causal entre la acción y el resultado.

3) que en el nexo psicológico entre la actividad desarrollada y la figura de su autor, como elemento de la culpabilidad, se capte la presencia de un dolo directo (determinado o indeterminado) o eventual, pues el delito tiene vivencia, no solamente cuando se quiere el resultado de muerte, sino también cuando se acepta.

4) que la antijuridicidad no se encuentre eliminada por causa o motivo justificante de la realización de la conducta.

Intención de matar, animus necandi, que debe inferirse del conjunto de circunstancias que han rodeado la perpetración del hecho, la reiteración, dirección hacia la zona vital y violencia de los golpes, las amenazas y expresiones anteriores, coetáneas o posteriores, el tipo de arma utilizada, lugar elegido o zona vital al que se dirigió el golpe, y excepcionalmente, se ha tomado en cuenta la percepción que hubiera tenido el agredido de la intención del autor en el momento de producirse el acto lesivo. Cabe el dolo eventual, incluso el dolo alternativo, en los que existe dolo directo respecto de las lesiones y eventual en relación a la muerte, el sujeto activo debe responder por homicidio.

El error de tipo, tanto en la persona como en el golpe, es un error accidental, salvo que suponga un cambio del título de imputación o de persona que goza de una especial protección penal, pues el tipo exige lesionar, matar, a otro. No serán apreciables las circunstancias agravantes en los supuestos de homicidio con dolo eventual, toda vez que aquéllas, amén del componente objetivo, exigen el subjetivo o aprovechamiento consciente (dolo directo) del hecho objetivo determinante de la circunstancia.

La prescripción del delito, al ser una cuestión de orden público, puede invocarse ex novo ya en segunda instancia, ya en Casación

### **PALABRAS CLAVES**

Vida humana, embarazo, muerte, intención de matar, animus necandi, animus laedendi, nexo causal, relación de causalidad, imputación objetiva, resultado mortal, causas de justificación, formas imperfectas, tentativa, error de tipo, error de prohibición, coautoría.

## **EL DELITO DE HOMICIDIO**

### **I. CONCEPTO**

Para la protección penal de la vida humana independiente, el Código penal organiza un sistema de tipos delictivos, cada uno de los cuales cumple una función específica de protección de la vida humana independiente.

Las figuras de delito comprendidas en el Título I del Libro II del Código penal no agotan el catálogo de los delitos contra la vida humana independiente. Aparte de ellos también son delitos de lesión de la vida humana independiente el homicidio de un Jefe de Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado (art. 605.1), el genocidio (art. 607.1.1.º), y el homicidio del Rey y de otras personas asimiladas (art. 485). Multitud de figuras delictivas protegen la vida humana independiente ante situaciones de mero peligro para la misma. Así sucede, por ejemplo, con algunas figuras de delito contra la salud pública (arts. 359 y ss.), contra la seguridad colectiva (arts. 379 y ss.) o la figura de delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316). Se incluye entre los delitos contra la vida humana independiente, como delitos de peligro, el abandono de niños, la mendicidad de menores y la omisión del deber de socorro. Éstos y los anteriores, sin embargo, son delitos que protegen inmediatamente un bien jurídico colectivo, por ejemplo la seguridad del tráfico, que tiene autonomía propia, y cuya lesión o peligro entrará generalmente en concurso ideal con el delito de lesión de la vida independiente.

En la rúbrica del Título I, la expresión «homicidio» debe entenderse en un sentido amplio, como comprensiva de la totalidad de los delitos del título, es decir, del homicidio en sentido estricto del art. 138 y de los otros, pues éstos, ya se les considere como delitos autónomos, ya como delitos dependientes, no son más que especies del homicidio, como declara la misma rubrica, al hablar de homicidio y sus formas. El problema de la naturaleza jurídica que tengan los diversos delitos contra la vida

humana independiente tiene una gran trascendencia teórica. Pero como toda solución que se da a cualquier cuestión que se plantea como teórica en un primer momento, tiene también una gran trascendencia en el ámbito de las consecuencias prácticas.

El homicidio es matar a una persona. En la definición clásica de Carmignani, "homicidium est hominis caedes ab homine iniuste patrata", esto es, la muerte de un hombre por otro hombre realizada injustamente.

El Código Penal define en un sentido amplio el término homicidio como delito contra la vida humana independiente al incluir la regulación legal del homicidio en el título I, bajo esta rúbrica abarcando la misma diversos delitos tales como el homicidio, el asesinato y participación en el suicidio. En sentido estricto se halla recogido en el artículo 138 del Código Penal el cual dispone "el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años."

La acción por tanto, de matar a otra persona, describe el delito de homicidio; no obstante, si se utilizaren determinados medios para ejecutar la acción de matar a otra persona, (como la alevosía, precio promesa o recompensa o ensañamiento aumentando deliberadamente el dolor del ofendido, previsto en el artículo 139 y 140 del Código Penal), estaríamos en presencia de un delito de asesinato; en los supuestos donde la acción de matar se produzca sobre un determinado sujeto pasivo, por ejemplo el Rey, estaríamos en presencia de un delito específico denominado delito contra la corona. De lo anterior debe deducirse que el propio Código Penal sienta en el artículo 138, una tipicidad naturalista y no estrictamente jurídica.

Un sector de la doctrina atribuye al homicidio simple del art. 138 la función de tipo básico de los delitos contra la vida humana independiente. Los demás delitos del grupo serían, con respecto a éste, variaciones dependientes de aquél. El asesinato, para esta concepción, es un tipo agravado del homicidio, y el homicidio consentido sería un tipo atenuado de aquél. En defensa de esta tesis se utilizan diversos argumentos de tipo material y formal, así como dogmáticos. El asesinato es, materialmente, la muerte de una persona, es decir, lo mismo que el homicidio, a la que se añaden únicamente determinadas características agravantes. Por otro lado, formalmente, el delito de asesinato aparece regulado en el Título I, cuya rúbrica común que los engloba es «del

homicidio y sus formas», por lo que nuestro Código parece considerar a tales delitos como homicidios. Según la concepción expuesta las circunstancias que en los tipos agravados o privilegiados determinan una agravación o atenuación de la pena del homicidio tienen el carácter de auténticas circunstancias modificativas de la responsabilidad; es decir, dogmática, material y formalmente, en nada se diferencian de las circunstancias agravantes del artículo 22 del Código penal; tienen ese mismo carácter, y la única diferencia estriba en que se las ha sustraído del régimen de medición de la pena previsto en el artículo 66 del Código penal con el fin de atribuirles una eficacia agravante o atenuante superior a la de aquéllas en el precepto de la Parte Especial. De aquí se derivan las siguientes consecuencias:

1.<sup>a</sup> El error sobre los elementos agravantes o atenuantes de las figuras de delito derivadas de la básica del homicidio, estará sometido a las mismas reglas del error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Ello impedirá que ese error derive en una posible comisión por imprudencia del tipo cualificado o privilegiado. Como en tales casos el autor ha obrado con el dolo del tipo básico será éste el que vendrá en aplicación, y no el tipo agravado en su modalidad imprudente; lógicamente no se aplicará la circunstancia por haber sido dicho elemento el objeto del error.

2.<sup>a</sup> Los elementos agravantes o atenuantes que han servido para formar los tipos agravados o privilegiados quedan sometidos al régimen del artículo 65 del Código penal, que regula, como es sabido, la comunicabilidad de las circunstancias entre los partícipes. De acuerdo con este precepto las circunstancias de carácter personal sólo se aplican a aquellos codeincentes en quienes concurren, mientras que las de carácter ejecutivo se aplicarán a todos aquellos que las conozcan. De ahí que en el caso de la participación en un delito agravado o privilegiado contra la vida independiente, será posible una ruptura del título de imputación y, con ello, que a unos partícipes se les haga responsables de un delito y a los otros de otro delito.

3.<sup>a</sup> En el ámbito del concurso, la consecuencia a que debe llevar esta tesis es que los distintos delitos derivados del homicidio no podrán entrar entre sí nunca en concurso ideal, sino que cuando en un hecho concurren elementos de uno y de otro, lo que puede suceder cuando en virtud de un error se ha realizado un tipo distinto al que el sujeto se

había propuesto ejecutar o cuando en el hecho concurren elementos agravantes o atenuantes de dos de las figuras delictivas derivadas y dependientes del homicidio, habrá que resolver por alguno de los principios que rigen para el concurso de leyes.

4.<sup>a</sup> Todavía se advierte otra consecuencia más de la tesis analizada, ahora en el ámbito procesal. Según el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Tribunal no puede condenar por un delito que no haya sido objeto de acusación sin antes haber propuesto a las partes la tesis acerca de su posible concurrencia, mientras que es libre de aplicar circunstancias agravantes aunque no hayan sido calificadas por las partes. De ahí resulta que, con arreglo a la tesis de que los elementos que han servido para formar el asesinato son circunstancias agravantes, el Tribunal no precisaría recurrir a proponer su tesis a las partes para condenar por tales delitos aunque las partes hubieran calificado los hechos sólo como homicidio simple.

Otra parte de la doctrina considera que el asesinato y los tipos relacionados con el suicidio son tipos autónomos e independientes del homicidio. Es decir: dichos tipos tienen una sustantividad propia. En defensa de esta tesis se manejan diversos argumentos. Históricamente, se han tratado siempre estos delitos como tipos autónomos. Desde un punto de vista criminológico, no existe un tipo del homicida, pero sí del asesino. Formalmente el asesinato tiene un nomen iuris propio y diferenciado, de modo que si no concurrieran las circunstancias que lo califican dejaría de llamarse asesinato, y el hecho constituiría homicidio. No se trata de un delito meramente agravado, sino que genera una realidad diversa porque la pena con que se castiga es distinta a la del homicidio. Las supuestas circunstancias agravantes del asesinato son, en realidad, elementos constitutivos del delito, lo que vendría avalado porque los elementos calificativos de aquél no siempre tienen el mismo contenido que las circunstancias agravantes genéricas homólogas. Según la tesis de la autonomía, los elementos que han servido para la formación de los tipos autónomos de los delitos contra la vida humana independiente, no tienen el valor de circunstancias, sino de elementos constitutivos del tipo de delito correspondiente. Esto significa que tales elementos gozan del atributo de la tipicidad o que pertenecen a la figura de delito, a

diferencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que son meramente elementos accidentales del delito. Un desarrollo coherente de esta tesis debería llevar a deducir consecuencias opuestas a las derivadas de la anterior en los mismos ámbitos que fueron más arriba analizados:

1.<sup>a</sup> Los elementos en que se fundamentan los tipos agravados o privilegiados deberán ser abarcados por el dolo del tipo. Un error sobre tales elementos deberá determinar la exclusión del dolo y, si fue vencible, la imputación del hecho a título de imprudencia si ésta es punible.

2.<sup>a</sup> En cuando a la «llamada» comunicabilidad de las circunstancias en la participación, si estamos ante elementos constitutivos del tipo de lo injusto no deberán regir las reglas del artículo 65 del Código penal, de modo que no será posible una ruptura de la unidad del título de imputación y todos los partícipes responderán, en principio, del mismo delito.

3.<sup>a</sup> En principio, será posible que entre los distintos delitos contra la vida humana independiente se llegue a producir un concurso ideal de delitos. No sólo cuando sean varios los sujetos pasivos, lo cual es obvio, sino también cuando uno sólo es el objeto material y el sujeto pasivo.

4.<sup>a</sup> En el ámbito procesal, no sólo estará obligado el Tribunal a plantear la tesis a las partes, de acuerdo con el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para poder condenar por un delito contra la vida independiente que no haya sido objeto de acusación, sino que, por ello mismo, como observa Bajo Fernández, será posible discutir en casación la calificación del hecho como homicidio con las agravantes del art. 22 del Código penal o como asesinato del art. 139.

Ninguna duda puede haber acerca de la autonomía e independencia de los tipos relacionados con el suicidio y la muerte consentida con respecto al homicidio. En aquéllos, lo injusto específico gravita en torno a la voluntad de morir del sujeto pasivo, mientras que esta voluntad está ausente en el homicidio simple. Con respecto al asesinato, la mayor parte de los argumentos favorables a su autonomía, que han sido explicitados antes, son válidos para fundamentar dicha autonomía. En el vigente Código penal, esta tesis, no obstante la rúbrica del Título, se refuerza por lo dispuesto

en el art. 140, pues la concurrencia de más de una de las circunstancias calificativas del asesinato determina una consecuencia jurídica al margen por completo de la que corresponde a las circunstancias agravantes genéricas, lo que es expresión del régimen propio del concurso ideal -en este caso de elementos cualificantes-, y, por ello, de la autonomía del asesinato frente al homicidio.

## **II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, OBJETO Y SUS LÍMITES**

El objeto material en el delito de homicidio es la persona viva. No puede pues constituir el objeto material ni un ser no nacido ni una persona muerta. En el primer caso estaríamos ante la figura del aborto y, en el segundo supuesto daría lugar a un delito imposible por falta de objeto, sin perjuicio de lo discutible de su admisión. De la propia definición del homicidio, queda perfectamente reflejado el bien jurídico protegido: la vida humana independiente. Se considera que la vida es el bien más preciado del que gozamos los humanos y su tutela constitucional y penal es máxima.

La Constitución en su Título I, Capítulo II, sección I bajo la rúbrica de los derechos fundamentales y libertades públicas reconoce en su artículo 15 CE "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física". La cuestión más importante que se plantea en torno a la determinación del bien jurídico protegido, en el delito de homicidio, está en concretar desde cuándo y hasta cuando se protege la vida humana. La determinación del momento en que comienza la protección penal, En el caso del delito de aborto la protección penal se otorga a la vida humana dependiente del feto, que no es persona sino una esperanza de persona "nasciturus" que está destinado a nacer pero que no ha nacido todavía. En el delito de homicidio se puede concretar que el espacio jurídico cubierto lo es desde el nacimiento hasta la muerte. Es decir, otorga protección a la vida humana independiente de la persona viva. Es preciso entonces definir estos dos límites.

El Código Penal de 1995 al tipificar el homicidio refiriéndose a la muerte de "otro" no resuelve las discusiones acerca del límite mínimo en el objeto del delito de homicidio. Se protege la vida humana fisiológicamente considerada, al hombre, no la persona en sentido jurídico. En el delito de homicidio el límite mínimo no se identifica con el inicio de la existencia del ser humano, que surge con su concepción, sino que hay que situarlo en un momento posterior que coincide con su nacimiento.

No ha sido pacífica la posición de doctrina y jurisprudencia a la hora de interpretar los textos legales en orden a la determinación del límite mínimo del objeto material en el delito de homicidio. Existe coincidencia en afirmar que el objeto material de protección se inicia con y desde el nacimiento, las discrepancias surgen a la hora de precisar ese momento delimitador siendo variadas las posiciones acerca de cuándo se ha iniciado el nacimiento.

La teoría legal considera que la protección de la vida humana comenzará en el momento del nacimiento, exigiendo para considerar nacido al feto que concurren los requisitos del artículo 30 del Código Civil es decir que el hubiera nacido con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. El concepto de hombre no podrá concretarse a efectos de protección penal de la vida humana independiente conforme a la regulación legal del momento del nacimiento, pues según nuestra tradición jurídica no era preciso que concurrieran los requisitos del artículo 30 del Código Civil para reputar al feto nacido; téngase en cuenta que hasta la reforma del art. 30 Cc operada por la Ley 20/2011, era preciso que el feto tuviera forma humana y viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Tampoco se resuelve la confusión desde un punto de vista doctrinal, toda vez que las tesis son múltiples acerca de la determinación del límite mínimo a partir del cual deberá otorgarse protección al ser humano independiente. En síntesis las tesis más seguidas sitúan este momento en los dolores del parto, la expulsión total o parcial del cuerpo de la madre, cesación de respiración fetal o posibilidad de respiración pulmonar, y

otros incluso con la separación del claustro materno evidenciada con el corte del cordón umbilical. Dicha discusión carece en parte de vigencia a la vista del contenido actual del art. 30 del Código Civil.

El bien jurídico de la vida humana, en general, y su concreción en la forma de la vida humana independiente, en particular, tiene rango constitucional, y está garantizada, además, por los textos internacionales relativos a los derechos humanos. El art. 15 de la Constitución española de 1978, establece que: «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Conviene aclarar que la Dogmática jurídico-penal hace tiempo que ha abandonado la primitiva concepción conforme a la que el objeto de protección del Derecho penal serían los derechos subjetivos del individuo o del Estado, y que hoy es de hecho opinión unánime la de que el Derecho penal protege únicamente bienes jurídicos y no derechos subjetivos. Los bienes jurídicos, aun cuando su titular sea el individuo, son bienes del Derecho, y reciben protección jurídica con independencia de cuál sea el interés que tenga en él su portador y de cómo quisiera hacer valer dicho interés mediante el ejercicio del derecho subjetivo que generalmente acompaña a todo bien jurídico. De ahí resulta que lo que del art. 15 de la Constitución española puede inequívocamente deducirse es que a todos se les reconoce un derecho subjetivo -en este caso fundamental- a la vida, pero no que de ese reconocimiento se derive, además, un contenido determinado del bien jurídico «vida humana».

Respecto al momento en el que se determina la muerte, frente el criterio de la muerte cerebral que recogía el Real Decreto de 22 de febrero de 1980, primero el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulaban las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos, y en la actualidad el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad que deroga el anterior, establecen que el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las

funciones encefálicas. Una vez producido este cese irreversible, se considera que la persona está muerta. La exigencia de vida excluye del objeto material del homicidio al cadáver, al hombre sin vida en otras palabras. La acción ejercida sobre un cadáver con ánimo de matar constituirá un delito imposible por falta de objeto.

El momento en que se fije el comienzo de la vida independiente no tiene tanta trascendencia en el Código actual en cuanto a delimitar la punibilidad o impunidad de la muerte por imprudencia o de las lesiones al feto, dado que el tipo del aborto por imprudencia del art. 146 no aparece limitado ya por ninguna exigencia específica respecto a los medios o modos de ejecución, y en los arts. 157 y 158 se han introducido tipos delictivos de lesiones al feto. No obstante continúa siendo una cuestión trascendente en otros ámbitos. En primer lugar porque entre la penalidad de los delitos de homicidio y aborto, y entre la penalidad de las lesiones a sujetos con vida independiente y la correspondiente a las lesiones al feto, existen considerables diferencias, y la aplicación de unos u otros delitos con sus correspondientes penas dependerá de modo decisivo del momento en que se fije la frontera entre una y otra clase de vida humana. El momento de transformación de la vida humana dependiente en independiente, por otro lado, es también determinante del límite de aplicación de las causas de justificación específicas del aborto -las indicaciones: particularmente la terapéutica- del art. 417 bis del Código penal anterior, que se declara vigente por el apartado 1. a) de la disposición derogatoria única del Código penal de 1995, dado que aquéllas serán inaplicables en cuanto el niño alcance la vida independiente. La fijación de dicho momento, finalmente, tiene importancia para acotar el campo que corresponde a los supuestos de incongruencia entre acción y resultado, es decir, los casos en que la acción, porque se ha dirigido contra un ser con vida dependiente, sea sólo subsumible en los tipos de aborto, y el resultado de muerte, porque se produce en el mismo ser pero cuando ya ha alcanzado el estadio de la vida independiente, pertenezca, sin embargo, a los tipos del homicidio. La doctrina española ha considerado hasta ahora mayoritariamente que el nacimiento ya concluido constituye el momento en que se produce el comienzo de la vida independiente y a partir del cual deben aplicarse ya los tipos de homicidio y de lesiones. La deducción de este criterio del nacimiento era obligada en el Código penal de 1973 porque el tipo del infanticidio

del art. 410 exigía en el objeto material la característica de que fuera un «recién nacido». De ahí tenía que resultar que sólo se habría constituido el objeto material del homicidio si el niño ya ha nacido, lo que podrá decirse en un momento anterior es que el niño está naciendo, pero no que ya haya alcanzado el estado de nacido. Como el infanticidio era un tipo privilegiado o atenuado del homicidio, de ahí resultaba necesariamente que el tipo del homicidio sólo podía entrar en aplicación a partir del momento en que hubiera concluido el proceso del nacimiento, y que la muerte del niño en cualquier momento anterior sólo podía ser constitutiva de aborto. La fijación del momento constitutivo de la vida independiente como característica del objeto material del tipo del homicidio en un momento anterior al de la conclusión del proceso del nacimiento, por ejemplo al inicio o durante las labores del parto, habría dado lugar a consecuencias inadmisibles. Como señaló con razón Romeo Casabona, semejante interpretación habría llevado a la consecuencia de que la muerte del niño producida por la madre o por los abuelos maternos en el momento del inicio o durante el parto sin el móvil de ocultar la deshonra de la madre, habría tenido que ser calificada como homicidio del art. 407, mientras que la misma muerte realizada en ese momento con aquel móvil habría podido ser calificada únicamente de aborto honoris causa del art. 414, dado que en dicho momento no existe ningún recién nacido y, por ello mismo, no podría entrar en aplicación el tipo del infanticidio. De acuerdo con lo anterior y de lege lata, carecía de base la tesis defendida por un minoritario sector de la doctrina, conforme a la cual el objeto material del homicidio se constituía con el comienzo del nacimiento, en el momento en que se iniciaba la expulsión motivada por el parto.

En el Código penal actual se ha suprimido el tipo del infanticidio y, con ello, ha desaparecido la referencia de Derecho positivo desde la que era obligado fijar la delimitación entre vida dependiente e independiente en el momento de la conclusión del nacimiento. Si se tiene en cuenta que el nacimiento no es biológicamente ningún hecho instantáneo, sino más bien un proceso, que se inicia con los dolores del parto y culmina con la total expulsión del feto, habrá que admitir entonces que biológicamente cabría fijar el momento constitutivo de la vida independiente en cualquiera de los estadios de dicho proceso y que en el Código penal actual, desaparecido el obstáculo que representaba en el anterior la exigencia de la característica de recién nacido en el

objeto material de uno de los tipos delictivos contra la vida humana independiente, no cabrá oponer reparo legal alguno a las tesis que quieran fijar como límite mínimo del homicidio -y, correlativamente, máximo del aborto- el inicio de los dolores del parto o cualquier otro momento del proceso anterior al de la completa expulsión. Ahora bien, como biológicamente no existe ninguna razón determinante de la decisión en favor de uno u otro momento, y, en ese plano y por ello mismo, se trataría en todo caso de una decisión arbitraria, la solución del problema planteado debe estar condicionada por el juicio valorativo determinante de la diferente intensidad con que el Derecho penal protege a una y a otra clase de vida humana. Se trata de establecer una cesura o solución normativa a la continuidad biológica (criterio biológico-normativo).

El punto de partida ha de ser el dato de que la vida humana es biológicamente un proceso continuo, pero al que socialmente se le atribuyen valoraciones diversas en función de su grado de desarrollo y relación. Estas diferencias valorativas se traducen jurídico-penalmente en la mayor desaprobación y reprochabilidad de la muerte del ser con vida independiente, que se refleja consecuentemente en la mayor penalidad del homicidio en comparación con la del aborto, es decir, en una diferencia cualitativa en las valoraciones específicamente penales de lo injusto y de la culpabilidad. Desde el punto de vista del bien jurídico, la razón determinante del superior valor de la vida independiente -y, correlativamente, el mayor grado de injusto de su lesión- radica en la autonomía de vida, pues, como señala Díez Ripollés, «para la sociedad no es lo mismo que uno pueda vivir autónomamente si se le presenta tal eventualidad que el que uno viva efectivamente de modo autónomo; las opiniones sociales no atribuyen el mismo significado a lo potencial que a lo real». Ello implica, como señala Bajo Fernández, que se haya producido una modificación de la forma de vida dependiente en una forma distinta. Este juicio valorativo debe llevar ya a la conclusión de que para que pueda hablarse de una constitución del objeto material del homicidio es preciso, como mínimo, que el niño haya sido completamente expulsado del claustro materno, pues el nacimiento es la condición última y necesaria para el alcance de la autonomía vital. Por otro lado es preciso tener en cuenta que, como señala Gimbernat, una diferencia cualitativa se produce sólo en el momento en que la criatura, en cuanto posible víctima, «se halla en su totalidad en el mundo exterior y así es percibida por el autor»,

pues el homicidio, a diferencia del aborto, consiste precisamente en la muerte de un sujeto «que se halla en el mundo exterior».

El criterio de la total expulsión, sin embargo, precisa aún de determinados matices de acuerdo con un entendimiento flexible de la idea de autonomía vital. Por un lado, es preciso tener en cuenta que en determinados supuestos no cabrá establecer ninguna conexión entre la vida del feto completamente expulsado y la adquisición de autonomía vital. Así sucederá en los supuestos en que el feto ha sido completamente expulsado, permanece vivo tras la expulsión y no obstante carece de toda posibilidad de alcanzar la autonomía vital por tratarse de un feto embriológicamente inmaduro, es decir, sin viabilidad cronológica. Dado que en este caso se trata de una vida fetal, su lesión deberá calificarse sólo como aborto. Pero, por otro lado, un entendimiento rígido de la exigencia de que la criatura haya adquirido de modo efectivo la autonomía vital, llevaría a excluir del homicidio la muerte del niño, cronológicamente viable y completamente expulsado al exterior, en el momento en que todavía le faltan condiciones absolutamente vitales para el real inicio de su vida autónoma, como por ejemplo el corte del cordón umbilical -pues en rigor médico sólo cuando éste se haya producido podrá afirmarse que ha concluido el nacimiento- o el inicio de la respiración pulmonar autónoma. La calificación de la muerte del niño como aborto en tales casos, por falta de autonomía vital actual y efectiva, sería, sin duda, incompatible con las valoraciones específicamente jurídico-penales de lo injusto y la culpabilidad, pues, como ha señalado Romeo Casabona, en tal caso no se valoraría «la diferente susceptibilidad de agresión al bien jurídico (directamente desde el exterior sin precisar la mediación del cuerpo de la madre) ni la nueva situación psicológica del autor provocada por la visualización y el contacto físico directo con el niño, mientras que normalmente no tomará en consideración que su víctima haya comenzado o no a respirar o se le haya cortado el cordón umbilical»

El Derecho no tiene que estar necesariamente vinculado al concepto estrictamente médico-biológico de autonomía vital. Por ello, es preciso partir de un criterio normativo de autonomía vital que atribuya a ésta un contenido social. Este concepto normativo, sin embargo, habrá de mantenerse dentro de los límites posibles de

valoración trazados por el concepto médico (criterio médico-normativo). En este sentido, creemos que no debe exigirse que el feto haya alcanzado realmente su autonomía vital. Es suficiente, como sostiene Queralt, con «la posibilidad lógica de que el feto pueda sobrevivir con los cuidados que sean del caso sin ulterior dependencia fisiológica de la madre» y que, por ello, nada debe importar «que tal posibilidad se realice o no en la realidad». Este criterio, sin embargo, no debe confundirse con el de la viabilidad, pues la posibilidad lógica que exige Queralt no está referida -o, al menos, así lo entendemos- a la supervivencia del nacido vivo, sino al alcance de la autonomía vital. Se trata, en cualquier caso, de una viabilidad cronológica, en el sentido de madurez embriológica del feto, que impedirá hablar de vida independiente, como señala Bajo Fernández, en los casos de «continuación en el exterior de la vida fetal». Como fórmula de concreción del criterio médico-normativo de la autonomía vital sugerimos la siguiente: la vida humana independiente comienza, a efectos de la valoración jurídico-penal, en el instante en que la acción idónea para dotar de autonomía vital al feto que aún no la ha alcanzado, no requiere la realización de pasos intermedios. Las últimas condiciones de la efectiva adquisición de autonomía vital por el niño completamente expulsado y cronológicamente viable, como por ejemplo el corte del cordón umbilical o el inicio de la respiración pulmonar, deben considerarse aspectos accesorios e irrelevantes a los efectos jurídico-penales de constitución del objeto material del homicidio.

El criterio de determinación de la constitución del objeto material en que encarna la vida independiente, en el sentido de la tesis que se acaba de formular, no puede ser otro que el del nacimiento, pues éste es la condición necesaria e indispensable de la autonomía de vida. El nacimiento, lógicamente, debe referirse a un feto vivo susceptible de alcanzar autonomía vital por sí mismo o de modo provocado sin pasos intermedios. No es necesaria, sin embargo, la viabilidad del feto en el sentido de aptitud para seguir viviendo a partir de un hipotético alcance de la autonomía vital. Por consiguiente, y como consecuencia de todo ello, carecen de toda trascendencia jurídico-penal las disposiciones sobre el nacimiento que establecen, a efectos civiles, los arts. 29 y 30 del Código civil. Ahora bien, el nacimiento no es un acto o hecho en sentido estricto sino un proceso. Por ello, si bien la doctrina está de acuerdo en que el

nacimiento es el momento dentro del cual se produce la modificación de la vida dependiente en independiente, las opiniones se distancian a la hora de fijar, dentro de él, el instante decisivo.

El momento decisivo que traza el límite a partir del cual la vida ha de considerarse independiente lo determina a nuestro juicio, como sostiene la doctrina dominante, la circunstancia de la completa salida o separación del feto del claustro materno, pues ése es, a nuestro juicio, el momento determinante de la producción de un cambio cualitativo susceptible de una modificación de las valoraciones jurídico-penales de lo injusto y de la culpabilidad. No es precisa, sin embargo, ninguna exigencia ulterior a la expulsión total.

Se advierte que no basta con que el ser pueda percibirse con los sentidos, por ejemplo, si ha sacado ya la cabeza, los hombros o el tronco, pero aún falta la expulsión de alguna otra parte del cuerpo, pues en tal caso no puede considerarse que el niño ya haya nacido. La diferencia cualitativa se produce en el momento en que la criatura, en cuanto posible víctima «se halla en su totalidad en el mundo exterior y así es percibida por el autor», pues el homicidio, a diferencia del aborto, consiste, precisamente, en la muerte de un sujeto «que se halla en el mundo exterior». Ahora bien, se señala acertadamente que «las situaciones que se producen después de ese momento de salida total del claustro materno no fundamentan materialmente una mayor reprochabilidad» ya que no suponen «una decisiva diferencia material» con respecto a ese momento de la salida total.

El criterio de la expulsión total es una consecuencia obligada de la tesis más arriba expuesta acerca del contenido que debe darse al valor de la autonomía vital. Con anterioridad a la total expulsión, por muy avanzada que ésta se encuentre, todavía faltará a la criatura dar algún paso intermedio para poder alcanzar su autonomía vital y la acción asistencial que los terceros podrían realizar en esa circunstancia aún debería ser calificada como acción de favorecimiento de la expulsión como paso intermedio para realizar la acción de provocar la autonomía vital de la criatura en el caso de que no la alcanzara por sí misma. Con posterioridad a la total expulsión, por el contrario, todas las acciones positivas que puedan realizarse para la vida de la criatura serán acciones directas e inmediatas -es decir, sin pasos intermedios- de provocación de la autonomía

vital. Deben rechazarse, por ello, como ya se ha dicho, los criterios del corte del cordón umbilical y, con mayor razón aún, el de la respiración pulmonar autónoma.

En definitiva, también en el Código penal actual debe mantenerse el criterio de la completa expulsión, con los matices y concreciones apuntados, para la determinación del inicio de la vida independiente protegida por los tipos de homicidio. Aunque la desaparición del infanticidio ha eliminado el obstáculo legal que se interponía en el Código penal anterior a la validez de la tesis favorable a una anticipación del momento constitutivo de la vida independiente, creemos no obstante que dicha tesis ha de ser también ahora rechazada. En primer lugar porque no parece cohonestable, como se ha razonado, con las valoraciones específicamente jurídico-penales de lo injusto y la culpabilidad. En segundo lugar porque una ampliación de los límites del objeto material del homicidio a costa del aborto es político-criminalmente innecesaria en el Código vigente, dado que las lagunas de punibilidad resultantes del Código anterior han sido colmadas en el actual mediante la introducción de un tipo de aborto por imprudencia sin limitación de medios de ejecución, y de un tipo doloso y otro imprudente de lesiones al feto. Finalmente, la tesis que se rechaza podría encontrar también en el Código vigente un obstáculo insalvable si se entiende que el indefinido «otro» con que se designa al objeto material en el tipo del homicidio -argumento que ya era válido en el Código anterior con independencia de la regulación del infanticidio- no puede tener otro significado que el de ser humano ya nacido.

### **III. REGULACIÓN NORMATIVA**

El Título I del Libro II del Código Penal lleva por rúbrica «del homicidio y sus formas». Bajo esta denominación el Código recoge en varios artículos una serie de delitos que son los siguientes: artículo 138 CP, el homicidio; artículo 139 CP, el asesinato; artículo 142 CP, el homicidio imprudente; y, artículo 143 CP, la inducción y la cooperación al suicidio, así como la eutanasia.

El artículo 138 del Código Penal el dispone "el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años".

De la anterior regulación, se torna necesario el examen de los elementos del delito de homicidio, así deben distinguirse los elementos objetivos del delito (acción, sujetos activo y pasivo y relación de causalidad) y elementos subjetivos del delito (la culpabilidad).

#### **IV. ELEMENTOS OBJETIVOS**

##### **1. ACCIÓN**

La acción típica aparece configurada por el verbo "matar", es decir, privar de vida a otra persona, tanto puede realizarse la acción en sentido estricto, siendo indiferente el medio o medios empleados, (salvo que se trate de algunos de los constitutivos de asesinato anteriormente enumerados) pudiendo ser violentos o no, (disparos, puñaladas, veneno entre otros) o mediante una omisión (cuando el sujeto tenga un específico deber de actuar, derivado de un mandato jurídico, como en el caso de un socorrista respecto a los bañistas o la madre respecto el deber de cuidado de su hijo, que obligan a este a garantizar la no producción del resultado injusto).

Acción: matar a una persona, pudiendo llevarse a cabo tanto a través de una acción, como en comisión por omisión

STS 1186/1999, 19-7. En las primeras horas de la noche del 3 de Marzo de 1.996 el acusado sin querer causar muerte, y sin representarse la posibilidad de que muriera, golpeó en la cabeza, brazos, piernas y tronco a su esposa, la cual era obesa y diabética y sufría problemas circulatorios, vasculares y hepáticos, así como

arterioesclerosis, y cayó al suelo, sin que el acusado solicitara ayuda en el tiempo que la mujer continuó en el suelo hasta que se produjo el fallecimiento, tras lo cual fue, a las 21.45 horas del siguiente día 4 de Marzo, al servicio de urgencia en busca de un médico para su esposa.

La infracción legal que se denuncia no solo se refiere a la del artículo 138 del Código Penal que sanciona la muerte de otro como delito de homicidio, sino que plantea la corrección de aplicar al caso lo que dispone el artículo 11 del mismo Código que regula cuando cabe estimar la comisión por omisión de delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado. Este precepto establece en términos generales, y sin entrar a enumerar específicamente qué delitos son los que son de resultado, los requisitos precisos para esa forma comisiva. En primer lugar la equivalencia para determinar la causación entre lo que sería acción comisiva y la no evitación del resultado, que, a su vez ha de generarse por infracción de un especial deber jurídico del autor, infracción que el propio texto legal define en dos casos de equiparación de acción y omisión: una la existencia de una específica obligación contractual o legal de actuar, otra cuando el que omite actuar ha creado un riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente, de tal manera que con ese previo comportamiento activo u omisivo, que ha de ser también doloso, ha devenido garante de la evitación del resultado lesivo que la ocasión de peligro genera.

Ha de comprobarse si en este caso concurren todas las dichas exigencias. Y la observación de los hechos probados permite la respuesta afirmativa. En efecto, el agente del hecho golpea fuertemente a su esposa en diversas partes del cuerpo, entre ellas la cabeza, hasta que cae al suelo, es decir produce dolosamente una situación de riesgo para la vida de la mujer, de la que sabe, además, los padecimientos de varias clases que le afectan y comprende la dificultad de moverse por sí sola dada su obesidad. A partir de ello deviene garante de que no se produzca el resultado lesivo para el que ha desencadenado activamente el riesgo, creando para él una obligación de actuar y, sin embargo, escoge voluntariamente la inactividad omitiendo durante muchas horas buscar medios que contrarresten el riesgo para la vida de la mujer que él mismo ha creado. Tal conducta tiene para la causación del fallecimiento los

mismos efectos que una conducta activa dirigida a causar la muerte, es decir esa conducta de omisión de actuación, a la que estaba obligado por su anterior actividad dolosa, provoca en vía causal el fallecimiento. Es evidente que la correcta aplicación del artículo 11 del Código Penal determina la corrección de aplicar el 138 del mismo Código ya que la omisión del agente ha determinado que matara a la víctima.

STS 950/1997, 27-6. La confesión religiosa de los Testigos de Jehová, a la que pertenecen los protagonistas del supuesto que examinamos, prohíbe a sus miembros la práctica de transfusiones sanguíneas, por ser contraria a ciertos Libros Sagrados, y esa objeción de conciencia a dicho tratamiento médico ha suscitado serias cuestiones en el ámbito jurídico y más especialmente en el área penal.

Conforme al artículo 14 de la Constitución todos los españoles son iguales ante la Ley, cualquiera sea su religión. Esta no da origen a ningún privilegio ni a ningún menosprecio. Se protege en plano de igualdad como creencia y como libertad. Y dentro del amplio cuadro de derechos y libertades que proclama la Constitución, en un grupo preferente, sólo superado por el derecho a la vida y a la integridad física y moral, su artículo 16.1 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Se ha escrito con todo acierto que la mención al orden público no se ciñe a su perturbación material, sino que tiene un significado jurídico institucional más profundo ya que por tal hay que entender los intereses y los fines generales y básicos que constituyen el fundamento ético-social de la total ordenación jurídica en el seno del Estado. El alcance y contenido de la libertad religiosa, acorde con lo que se dispone el artículo 10.2 de la Constitución, se interpretará de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España y, entre ellos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 18, tras proclamar en su apartado 1º que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ..", establece en su apartado 3º

que "la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás...". En términos similares se pronuncia el artículo 9º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980 admite, entre otras limitaciones de dicho derecho, la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública.

Por todo lo que se acaba de exponer, resulta evidente que la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resultan afectados son los derechos de otras personas.

Efectuadas las anteriores consideraciones previas, procede examinar si los elementos del hecho que se dejan expresados se subsumen en el tipo penal de que acusa el Ministerio Fiscal que lo es el delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión, previsto en los artículos 138 y 11 del vigente Código Penal.

El nuevo Código Penal contiene en su artículo 11 una regulación expresa de la comisión por omisión mediante una cláusula general.

La estructura del delito de comisión por omisión que ha venido precisando la doctrina de esta Sala (cfr., entre otras muchas, sentencia de 19 de enero de 1994) no se ve desautorizada por el artículo 11 del nuevo Código Penal. El tipo objetivo se integra por las siguientes notas: a) que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación; b) que el resultado que no se ha evitado sea típico y c) que se haya infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante. Y las fuentes de esa posición de garantía vienen concretadas en el citado artículo 11, en una doble alternativa, en los siguientes términos: "a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar" y "b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente". Se afirmará la imputación

objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido.

No plantea cuestión que los padres tienen respecto a sus hijos menores la específica obligación legal a la que se refiere el citado apartado a) del artículo 11 del Código Penal, por venir así exigido por el ordenamiento jurídico. El artículo 39.1 de la Constitución consagra el deber que tienen los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y el artículo 110 del Código Civil dispone que los padres están obligados a velar por los hijos menores, incluso aunque no ostenten la patria potestad.

En el supuesto que examinamos, resulta bien evidente que los padres, que se encontraban en el ejercicio de la patria potestad, estaban en posición de garantes de la salud de su hijo, correspondiéndoles el deber moral y legal de hacer todo lo que fuere preciso para hacer efectivo dicho deber, en aras de evitar cualquier situación que ponga en peligro su salud o su vida, estando obligados a proporcionar a su hijo la asistencia médica que hubiere precisado.

No se comparte el criterio sustentado por el Tribunal de instancia de que, en este caso, los padres habían perdido su condición de garantes una vez que habían reclamado la asistencia médica por los cauces convencionales, dando a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituirles y dando entrada a los mecanismos de sustitución que nuestra sociedad tiene previstos para actuar al amparo de los menores. De la lectura del relato histórico de la sentencia de instancia, queda constatado que los padres no hicieron entrega de las funciones y deberes que lleva aparejado el ejercicio de la patria potestad y que las continuaron ejerciendo en los momentos y tiempos que fueron cruciales para la vida del niño como lo evidencia su negativa a la transfusión, que llegaron a hacer constar por escrito, ante los médicos del Hospital del Vall D'Hebrón de Barcelona, cuando éstos les informaron de la urgencia de la transfusión, y que nuevamente rechazaron ante los requerimientos de los médicos del Hospital General de Cataluña cuando les reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo

y la necesidad de la transfusión, hechos que confirman la vigencia de su posición de garantes en momentos que podrían salvar la vida de su hijo, y que igualmente ejercieron cuando trasladaron a su hijo a su domicilio, donde permaneció desde el día 9 hasta el día 12 de septiembre, fecha en la que lo llevaron a Barcelona.

La posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre. Como destaca el Ministerio Fiscal, en los razonamientos de su recurso, el derecho positivo aporta expresivos ejemplos acerca de la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida.

Los padres, al no autorizar la transfusión de sangre, no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte que de haber prestado su consentimiento no se hubiera producido. Con esa omisión se generaba una situación equivalente a la causación del resultado típico. Todo ello permite afirmar la presencia de la imputación objetiva del resultado de muerte en cuanto los padres que se hallaban en posición de garantes, con su oposición al tratamiento transfusional, incrementaron la situación de peligro para la vida de su hijo que se concretó en su fallecimiento, que hubiesen podido evitar mediante la acción que les era exigible y omitieron.

El dolo en los delitos de omisión ha sido objeto de especial consideración en la doctrina de esta Sala. Así la sentencia de 19 de enero de 1994, haciendo referencia a otra de 30 de junio de 1988, destaca que 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 delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado.

Los acusados tuvieron pleno conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, no se les ocultaba el deber de prestar a su hijo la asistencia médica que era

exigida para salvarle la vida. Asimismo, no cabe duda de que los acusados estaban impuestos y tenían conocimiento de su capacidad de acción, es decir la posibilidad de autorizar una transfusión que hubiera evitado la muerte de su hijo y, por último, no ofrece tampoco la menor duda que los acusados tuvieron conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, a las que antes nos hemos referido, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado.

Es cierto que los padres no querían la muerte de su hijo haciendo denodados esfuerzos para buscar alternativas a la rechazada transfusión de sangre, a pesar de que se les había informado, reiteradas veces, que tales alternativas no existían. Pero en cuanto con su negativa a la transfusión impedían que se pudiera prestar a su hijo el único tratamiento médico que podía salvarle la vida, forzosamente se tuvieron que representar un máximo peligro para su vida, con una muerte casi segura, que no les impidió mantener su oposición a la transfusión en momentos en que de haberla prestado se hubiera salvado la vida de su hijo. El conocimiento y conciencia del máximo grado de probabilidad de que realmente se produjera la muerte de su hijo supone tanto como aceptarla, al rechazar la única alternativa salvadora que existía aunque les estuviera prohibida por sus convicciones religiosas, rechazo que mantuvieron cuando la vida de su hijo aún podía ser salvada. Así las cosas, debe afirmarse la presencia del dolo eventual que no queda excluido por el deseo vehemente de que no se hubiese producido el resultado de muerte.

Presentes los elementos que caracterizan el tipo objetivo y subjetivo del delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión de que acusa el Ministerio Fiscal, debe examinarse la concurrencia de la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal y la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que produzcan obcecación, prevista en el artículo 21.3 del vigente Código Penal, cuya apreciación como muy cualificada, igualmente interesa el Ministerio Fiscal.

En la primera modalidad se debe verificar un comportamiento activo y un resultado de muerte, ambos en relación de causalidad, y susceptible de imputación objetiva

La relación causal no se rompe por los padecimientos crónicos, el estado de salud o la debilidad física de la víctima

STS 278/2000, 24-2. La existencia del "animus necandi" se infiere de lo anterior y está comprendida en la ejecución de la acción típica. Basándose la culpa en la negligencia o ligereza del comportamiento del agente, que no persigue ni mucho menos acepta el resultado, es evidente que las formas de agresión descritas, su contundencia, son incompatibles con el tipo de imprudencia pretendido, y conllevan el elemento intelectual (saber) y volitivo (querer) propio del dolo. La Audiencia entiende que concurre el llamado eventual, donde no se persigue directamente el resultado, aunque sí se prevé su posible producción, que se acepta caso de que se produzca, criterio que tampoco es incompatible con el relato histórico, siendo irrelevante la concurrencia del directo o eventual a efectos penológicos.

En cuanto al cuestionamiento de la relación de causalidad, se dice en el recurso "el fallecido muere por problemas pulmonares y cardíacos, no como resultado de la agresión", desconociendo los hechos probados que engarzan el fallecimiento como subsiguiente o "consecutivo" a la estimulación traumática de zonas reflexógenas (golpe de importante intensidad en la zona testicular y tracción y constricción sobre el cuello con desgarros en la túnica íntima y media de las arterias carótidas).

La Jurisprudencia de esta Sala, partiendo de la idoneidad de la acción para desencadenar el fallecimiento, como es el caso, ha señalado que únicamente pueden interferir el curso causal del resultado de la acción los llamados "accidentes extraños", debidos a comportamientos maliciosos o negligentes del propio ofendido o a la conducta dolosa de un tercero, pero no las denominadas "concausas preexistentes", tales como los padecimientos crónicos del ofendido, su estado de salud o su debilidad física, lo que es aplicable al presente supuesto (por todas la S.T.S. de 4/7/97 citada por la propia Audiencia). Y no se trata solo de la aplicación de

la llamada teoría de la equivalencia o de la condición, causalidad natural, sino igualmente debe constatar que las agresiones descritas constituyen indudablemente, desde el punto de vista normativo, la creación de un riesgo prohibido para la vida de la víctima, aceptando de antemano el agente el posible resultado de su acción como ya hemos señalado más arriba. Por todo ello, también procede la desestimación del segundo motivo.

En la modalidad de comisión por omisión la imputación de la muerte se realiza a un sujeto que tenía el deber especial de evitarla al constituirse en garante en virtud de alguna de las circunstancias que se expresan en el art. 11.

## **2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO**

El sujeto activo del delito puede serlo cualquier persona. Tampoco plantea problemas en los supuestos de sujeto pasivo único, puede serlo cualquier hombre vivo, aunque el homicidio del Rey y las demás personas que enumera el artículo 485 CP, o el de un Jefe de Estado extranjero (artículo 605 CP), constituyen delitos específicos. La propia muerte (suicidio) no es punible.

Sujeto Pasivo. No son persona los simples gametos (espermatozoides y óvulos) ni los preembriones no implantados o no viables, de manera que su destrucción nunca podrá constituir un delito de homicidio. El feto, desde la anidación del embrión al nacimiento, tampoco.

Cuando se manifiesta respiración pulmonar

STS 20-5-1975. El recurrente arguye que se fundamenta en plurales motivos, que pudieran agruparse en dos órdenes de razones, una afectante al tipo delictivo, y las otras dos sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y al desarrollar su idea concreta cita en un motivo sobre aplicación indebida del artículo 405 del Código Penal , porque dice que el golpe que dio la madre a su hija, es absolutamente indeterminante, no pudiéndose precisar si el feto respiraba antes del

golpe, alegando que pudo suceder que esto no ocurriera, lo que quitaría la posibilidad de homicidio, reduciéndolo a infanticidio del artículo 410 del Código Penal , si la procesada actuó bajo el móvil de ocultar su deshonra, ante su padrastro, (marido de su madre); pero si se examinan, los hechos probados y su clara redacción se advierte que se Habla de criatura hembra que tenía vida por haber respirado y" con constitución fisiológica para vivir, que fue lo que impulsó a la madre a actuar en términos concretos para suprimir la vida, por lo que se trata simplemente de una madre que de estado soltera tenía un hijo natural y que suprime voluntariamente la vida del nuevo ser acabado de nacer, de la manera más eficaz, cortando el cordón umbilical y quebrando la cabeza de la nacida, que ha respirado, a golpes que ocasionaron la fractura del cráneo, tratándose, por tanto, de un parricidio, que no puede confundirse con un infanticidio a causa de ocultar la deshonra ante el padrastro de persona ya deshonrada con anterioridad y de muy mala conducta social, que justifica el rigor de la Ley para imposición de la pena adecuada de reclusión mayor, impuesta aquí precisamente en el tope mínimo de la misma, por efecto de la apreciación por el Tribunal de instancia, de una causa de atenuación como la del número octavo del artículo noveno del Código punitivo.

Lo dicho es lo esencial del recurso que se cita, porque seguidamente el recurrente, olvidando que cada fundamento de recurso debe articularse separadamente, acumula sobre la tesis citada, incluida en la corriente infracción de Ley, otras tesis distintas formando unidad con la citada, y así arguye la tesis de ser el delito una infracción del artículo 565 en relación con el 407 del Código Penal , aunque para ello no argumenta ninguna razón seria, y perdido ya el sentido del recurso y en un verdadero alud de causas de impugnación contra la sentencia, se refiere de modo subsidiario de lo dicho al caso fortuito (artículo octavo, número octavo), al trastorno mental transitorio (artículo octavo, número primero), a las mismas cosas como atenuantes (artículo noveno, número primero) y, por fin, a la atenuante de preterintencionalidad (artículo noveno, número cuarto); arguyendo en fin hasta ocho causas de recurso, que debiendo, en su caso, haber sido articuladas con independencia no lo han sido, quebrándose así la doctrina reiterada de esta Sala, articulando bajo el

amparo de la corriente infracción de ley, causas diversas que sólo podrían discutirse alegándolas separadamente y en la debida forma.

Cuando se constata la completa separación del claustro materno, con independencia de los criterios de respiración pulmonar autónoma o del corte del cordón umbilical

STS 11-12-1984. Se denuncia la indebida aplicación del art. 410 del Código Penal fundamentándolo en que no existía en la procesada dolo de muerte; como si de la declaración de hechos probado de la sentencia recurrida no apareciera destacado con toda evidencia ese dolo directo de muerte impulsada por un móvil honoris causa, al dejar abandonada la hija recién nacida, en las circunstancias que se dicen en ellos, después de cortar por sí misma con unas tijeras el cordón umbilical; comisión por omisión que es equivalente de la acción por seguridad, dadas las condiciones y lugar del abandono, metida la recién nacida en un cubo y dejado en un tejado de un vecino, que necesariamente se ha de producir la muerte ante la pasividad consciente y querida de la madre e imposibilidad de que de mediar encontrara amparo, posibilidad, por otro lado, no querida, por lo que concurriendo en el hecho los elementos objetivos, la muerte de un recién nacido, la cual se ha producido después de haber concluido el parto, al abandonarlo en la forma, condiciones y lugar antes dichos, y el elemento subjetivo, intención de matar impulsada por móvil de honor, procede desestimar el citado único motivo del recurso.

Desde el comienzo del parto, esto es, desde que se inician las contracciones, o fase de dilatación

STS 726/1998, 22-1-1999. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, ha declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando cuerpo y

que la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. El caso que examinamos en el presente recurso de casación no se refiere a una vida humana en formación, muy al contrario, las graves lesiones que se exteriorizaron cuando concluyó el parto se causaron al demorarse un nacimiento ya iniciado, en una gestación culminada, impidiéndose que la criatura saliera cuando debía del seno materno. El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto. Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución. El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal.

No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal.

Esta Sala, en la sentencia 746/96, de 23 de octubre, ya había señalado las diferencias existentes entre las concepciones biológicas y jurídicas que marcan la noción de vida en el siglo XIX de las que prevalecen actualmente, pues biológicamente es claro, en la actualidad, que la vida existe desde el momento de la concepción y como vida humana en germen es protegida hasta el comienzo del

nacimiento. Por consiguiente, y así se infiere de dicha sentencia, a partir del comienzo del nacimiento deja de ser feto y se inicia su protección como persona.

Debe, igualmente, tenerse en cuenta que la agresión propia de un delito contra las personas no requiere que la acción u omisión lesiva se produzca mediante actuación directa sobre la víctima, es perfectamente posible que la acción u omisión que crea la situación de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido se produzca a través de otra persona u objeto, otra cosa no puede entenderse cuando el artículo 147 del vigente Código Penal y el artículo 420 del texto derogado, con notoria amplitud, se refieren a causar lesión por cualquier medio o procedimiento. Así, tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia de 9 de junio de 1998, que la reforma de los delitos de lesiones operada por el L.O. 8/83 significó un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud. Mediante la nueva redacción se pasó de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción, que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de la acción carece de una caracterización especial. De esta manera lo decisivo ya no es la forma de la acción, sino su causalidad respecto al resultado de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental.

Queda, pues, afirmada la legalidad de la aplicación del delito de lesiones al caso que nos ocupa, en cuanto resulta perfectamente acreditado, por el relato fáctico de la sentencia de instancia, que el objeto de la acción, en este caso omisión, y el bien jurídico protegido coinciden en una criatura ya formada y en un tiempo en el que ya se han producido en el organismo de la madre las contracciones de dilatación del útero, tendentes a la expulsión, que el acusado confunde con dolores lumbares consecuentes a un cólico nefrítico. El nacimiento ya se había iniciado y la víctima, por consiguiente, era una persona.

La muerte durante el nacimiento (el parto) no será la muerte del feto (aborto), sino la de una persona, y constituirá homicidio; y las lesiones durante el parto no serán lesiones al feto sino lesiones a otro, a una persona

STS 2252/2001, 29-11. Procede examinar ahora la pretensión principal (lesiones culposas al feto del art. 157 en concurso con homicidio imprudente del art.142.1 y 3º) y la subsidiaria (-homicidio por imprudencia leve del art. 621.2-), lo que obliga a recordar la doctrina de esta Sala sobre los requisitos para estimar el concepto penalmente relevante de imprudencia, que se pueden resumir así: 1º) existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa; 2º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuricidad de la conducta imprudente; 4º) causación de un daño; y 5º) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido (Sentencia de 14 de febrero de 1997 entre otras).

Cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuricidad.

En el caso concreto de la culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala "que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia", como

estableció la S. 811/99, de 25 de mayo y fue recordado oportunamente por el Ministerio Fiscal y las partes en la vista oral de este recurso de casación.

En el Código vigente de 1995, con general aceptación de la doctrina científica, ha desaparecido, como se establece en el art. 12, la configuración genérica de la imprudencia (*crimen culpae*), sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley (*crimina culposa*) y ha desaparecido también la calificación tripartita del sistema derogado. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la grave, la única que constituye delito y la leve que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia, como se dijo en la sentencia de 10 de octubre de 1998 (recurso 4213/97). La imprudencia grave requiere el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente.

Al analizar desde el punto de vista penal las lesiones causadas al feto durante el curso de la gestación recordaba que los arts, 29 y 30 del Código Civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos, tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero -conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento; negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea pretendida de la "*mulieris portio*", es desconocer las realidades indicadas.

Negaba la sentencia, en definitiva, que existiera un auténtico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aún desde la perspectiva de aquel tiempo,

una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de esta Sala, citando al respecto cinco sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, " con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible; la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad".

Esta doctrina la retoma y profundiza la sentencia de 22 de enero de 1999 -recurso 3823/1997 -en la que se recuerda que el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 había declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

En dicha sentencia se dice en el Fundamento Jurídico 1º que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Se reitera y precisa, en el mismo fundamento, que "el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto" y se añade que no existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, pero no cabe duda que la conceptualización de persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

La sentencia proclama, en suma, que el ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre

la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal. De acuerdo con esta doctrina la muerte de un niño, como sucedió en el presente caso, que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desacertada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve, colma cumplidamente las exigencias típicas del art. 621.2º del Código Penal, porque ya era una persona, penalmente protegible. El motivo ha de ser estimado.

746/1996, 23-10. La primera cuestión planteada concierne a si el delito de aborto puede o no ser cometido por omisión. En principio se debe señalar que los llamados delitos de comisión por omisión son supuestos en los que la omisión de evitar un resultado perteneciente a un tipo activo puede ser considerada equivalente, en su contenido de ilicitud, a la alternativa típica activa. Esta equivalencia, como lo venía destacando la jurisprudencia y ahora lo establece el art. 11 CP., depende de dos criterios. Por un lado el omitente debe ocupar una posición de garante, consistente en el desempeño de función de protección de un bien jurídico frente a los peligros que pueden acecharlo o en el cuidado de una fuente de peligros respecto de los bienes jurídicos que pudieran resultar afectados por tales peligros. Por otro lado, como lo señala el texto del actual art. 11 CP, recogiendo algo que ya se había puesto de manifiesto en la jurisprudencia (p. ej. cuando se negaba que el delito de prevaricación pudiera ser cometido por omisión), la omisión debe ser "equivalente, según el sentido del texto de la ley, a su causación", es decir, debe tener un contenido de ilicitud similar a la realización activa del tipo.

De todo ello surge que los delitos de comisión no son sino una variante de los delitos activos, como es el delito de aborto, que, de acuerdo con el texto de la ley, sólo consiste en "causar aborto" (art. 411 CP. 1.973) o, lo que es lo mismo, "producir aborto" (art. 144 CP. vigente). Es obvio, por lo tanto, que sobre esta base no cabe alegar como razón para excluir la comisión por omisión del aborto que el tipo penal

del mismo está estructurado en torno a la descripción de un comportamiento activo. Precisamente sólo cabe hablar de una posible comisión por omisión respecto de un tipo que, expresamente, no incrimina sino el comportamiento activo. Si el comportamiento omisivo estuviera expreso en la ley la categoría de la comisión por omisión sería totalmente innecesaria y nunca se hubiera pensado en la necesidad de introducir el art. 11 CP.

Por último, en cuanto a la relación de causalidad es obvio que no se da, toda vez que de la nada no se puede producir nada. Al respecto existe en la actualidad un consenso científico y jurisprudencial ampliamente difundido. Pero, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que es adecuado a las exigencias típicas que se pueda comprobar que la realización de la acción omitida hubiera evitado el resultado con una seguridad rayana en la certeza. Que ésto es lo que ha ocurrido en el presente caso no puede ser puesto en duda, toda vez que la experiencia de otros partos que tenían los acusados, según se hace constar en el hecho probado, les permitía no sólo saber qué debían hacer, sino que de haber extraído a la niña del water y haber ligado el cordón umbilical aquélla no hubiera muerto.

El nuevo art. 11 CP no exige, por lo demás, otra clase de relación entre la omisión y la producción del resultado, dado que sólo requiere una relación que equivalga, según el sentido de la ley, a la causación".

Una consideración aparte merecen los argumentos del Ministerio Fiscal para apoyar el segundo motivo del recurso, aunque por razones diversas de las alegadas por los recurrentes. El Fiscal sostiene que en la medida en la que se produjo el nacimiento, ya no cabe considerar el hecho como aborto, pues éste presupone la muerte del nasciturus como consecuencia de la interrupción del embarazo. De allí deduce, el Ministerio Fiscal que el hecho debe quedar impune, dado que la calificación realizada por el Tribunal a quo no ha sido recurrida y los elementos del aborto no se dan, pues el objeto de la acción no ha sido un feto, sino una persona. Con otras palabras: no habría aborto, pues el hecho, en realidad, es un parricidio.

La Sala no puede compartir el punto de vista del Ministerio Fiscal. En efecto, el Tribunal a quo señaló en su elaborada sentencia los diversos criterios con los que la

doctrina caracteriza al sujeto pasivo del aborto y se inclinó por el que acuerda mayor amplitud conceptual al mismo, es decir, el que marca la cesura entre el aborto y el homicidio en la vida posterior a la separación completa del cuerpo de la madre mediante el corte del cordón umbilical. Este punto de vista es producto de la noción de la vida del siglo XIX. De acuerdo con ella el nasciturus sólo tenía una esperanza de vida, pues ésta era caracterizada por la respiración autónoma del recién nacido. Es sumamente discutible que este punto de vista se corresponda con los conceptos biológicos o con los jurídicos actuales, pues biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen. A partir de estas consideraciones parece obvio que el hecho podría haber sido considerado como aborto, toda vez que la muerte se produjo después del comienzo del nacimiento, salvo, claro está, lo que se disponga en cada ordenamiento positivo. Pero, de aquí no es posible deducir que la conducta de los recurrentes no sea, de todas formas, típica. En efecto, es impensable que un hecho, cuya calificación como aborto pueda ser discutible, aunque, de todos modos, sostenible sobre la base del criterio adoptado en la sentencia, resulte impune por la simple razón de que se lo debió calificar como un homicidio, que ahora no es posible sancionar por la prohibición de reformatio in pejus. Dicho de otra manera: no cabe sostener que no se dan los elementos del aborto cuando el Tribunal a quo se inclinó por un criterio defendido en la doctrina respecto del sujeto pasivo del delito de aborto y la cuestión no ha sido objeto del recurso de casación por la acusación. En este sentido se debe señalar que ya los penalistas clásicos habían afirmado, en épocas en las que todavía se concebía la vida humana como respiración autónoma, de manera similar a la que ha servido a la Audiencia para decidir la aplicación del delito de aborto, que "es indiferente que la muerte del feto tenga lugar dentro del útero o después de la expulsión, o incluso entre una y otra situación". Por lo tanto, si la subsunción realizada por la Audiencia fuera errónea, lo cierto es que dicha subsunción no puede operar como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal de los acusados.

En otro orden de ideas alega la Defensa que, en todo caso, los omitentes condenados no tuvieron conocimiento "de que su hija Virginia había dado a luz en el

cuarto de baño ni cuándo se había producido el alumbramiento". Esta cuestión es relevante, dado que sin el conocimiento de las circunstancias de hecho condicionantes del deber de actuar no es posible afirmar la existencia del dolo del delito en su forma omisiva (confr. SSTS citadas ut supra). En este sentido esta Sala considera que en la causa no es claro si cuando se produjo el corte del cordón umbilical, posteriormente no ligado, la niña ya había muerto dentro del water por alguna otra causa. En efecto, no se sabe si como consecuencia de la caída de la niña en el water y su permanencia de cabeza en él ya se habían producido lesiones irreversibles que conducirían necesariamente a la muerte de aquélla. Esta duda se debió considerar a favor de los acusados, dado que entre la expulsión de la niña con vida que señalan los hechos probados y la separación de la misma de su madre mediante el corte del cordón umbilical (que se ignora quién lo practicó) se pudo haber producido la muerte por alguna otra causa concurrente no descartada por la Audiencia. Las circunstancias del caso demuestran que la niña después del nacimiento quedó sin atención alguna de su madre dentro del water y que ello pudo haber tenido influencia decisiva en su muerte. Al respecto no es posible dejar de tener en cuenta que según los hechos probados cuando la recurrente Ángeles entró al baño donde se había producido el nacimiento había "transcurrido un tiempo excesivo sin que Virginia (la madre) saliera del cuarto de baño" y que al entrar comprobó que la niña tenía "la cabeza en el interior de la taza del wáter (...)". Por otra parte, la Sala, haciendo uso de las facultades que le acuerda el art. 899 LECr., ha podido comprobar que en las conclusiones de la autopsia se dice que "la causa de la muerte obedece a la omisión de cuidados necesarios para el mantenimiento de la vida "(ver folio 4 vto.). Es obvio que esta afirmación no permite establecer el momento de la muerte que es relevante para la responsabilidad omisiva de los recurrentes, puesto que la falta de cuidados comienza ya con las condiciones en las que se produjo el parto y que se mantienen a lo largo del mismo y han sido de tal magnitud que no es posible excluir que por sí mismas hubieran causado la muerte de la niña ya antes de que los acusados tuvieran conocimiento de los hechos. El informe de autopsia permite comprobar que la niña nació con vida, pero no el momento en el que se produjo la muerte.

Esta duda sobre el momento de la muerte, deducido de una multiplicidad de factores que no han permitido aclarar si la muerte se había producido ya cuando los acusados tuvieron conocimiento de las circunstancias que generaban su deber de actuar, no sólo impide considerar el hecho como consumado, sino que genera también dudas sobre el dolo, en la medida en la que no es posible saber si la omisión de atención a la niña se produjo por haberla supuesto muerta o con la representación de su muerte como próxima. En los hechos probados tampoco existen elementos que permitan aclarar si los recurrentes llegaron a suponer que la niña todavía vivía, cuestión que es esencial para poder afirmar la existencia del dolo y, como es obvio, de una tentativa de aborto por omisión. No ofrece dudas que si los recurrentes hubieran supuesto que la niña ya había muerto, habrían obrado con un error sobre un elemento del tipo excluyente del dolo. Consecuentemente, en la medida en la que los hechos probados no permiten eliminar esta posibilidad, el principio in dubio pro reo debió ser aplicado en favor de los acusados, a los que se debió absolver por las razones expuestas en este apartado.

### 3. COAUTORIA

El acuerdo previo abarca incluso la probabilidad -dolo eventual- de su utilización y la muerte de quien se oponga (TS 406/2003, 17-3 y 15-2-1997). Es coautor quien no tira la piedra fatal, pero participó con el otro en la producción de graves lesiones, ya que creó un riesgo para la vida que no evitó impidiendo el lanzamiento de la piedra por su compañero: es autor en comisión por omisión (TS 1030/2004, 22-9). Es cooperador necesario el que no realiza la conducta típica, pero llama telefónicamente a la víctima -amigo íntimo- para que acuda al lugar, en el que los autores le esperaban para darle muerte. Aporta un hecho sin el cual el homicidio no se hubiera producido, teniendo el dominio del mismo -hubiera bastado otra llamada anulando la primera- (TS 594/2003, 17-4). También el que va a casa del autor y le proporciona el arma pues sin tal aportación el hecho no se hubiera producido de esa forma (TS 362/2004, 23-3). Es cómplice el que vigila facilitando la

ejecución y asegurando la huida (TS 1031/2003, 8-9; 1531/2002, 27-9 y 221/2001, 19-2).

#### **4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

Entre el acto del sujeto activo y el resultado debe mediar una conexión de manera que el resultado, la muerte, sea consecuencia del obrar del sujeto. Las diversas teorías existentes en torno a la base de la relación de causalidad o nexo entre la acción y el resultado se concretan en: la teoría de la equivalencia de condiciones, de la causa próxima, de la causa adecuada, de la relevancia típica, etc. Todas ellas eran criticables y necesitaban correctivos que impidieran sus excesos. Actualmente la teoría de mayor acomodo en nuestro Ordenamiento Jurídico se centra en la imputación objetiva que, tiene en consideración los criterios de creación o incremento del riesgo, exigiendo que el resultado sea producto del riesgo creado o incrementado por la acción realizada por el sujeto. Esta teoría ha dado lugar a la aparición de una serie de reglas que determinan cuando un resultado es imputable objetivamente a la acción del sujeto. El Tribunal Supremo actualmente utiliza la doctrina de la imputación objetiva, en ocasiones como versión renovada de la teoría de la causalidad adecuada.

#### **V. ELEMENTOS SUBJETIVOS**

##### **1. INTRODUCCIÓN**

La culpabilidad. La muerte de una persona puede producirse mediante una acción dolosa (homicidio doloso) o una imprudente (homicidio imprudente). Junto a estas dos modalidades ha de examinarse, aunque separadamente, la hipótesis del llamado «homicidio preterintencional». El homicidio previsto en el artículo 138 CP, que estamos examinando, es el homicidio doloso.

## 2. EL HOMICIDIO DOLOSO

El dolo supone conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal, es decir, el sujeto activo realiza una acción dolosa cuando conoce y quiere la realización del tipo penal, en este caso, del homicidio, o bien, conforme a las teorías más modernas, es suficiente con afirmar que el sujeto conocía que realizaba una acción que generaba un peligro jurídicamente desaprobado que afecta al objeto protegido (en este caso la vida humana o bien que conoce los elementos del tipo objetivo), para concluir que el sujeto obra dolosamente.

Por tanto, comete un homicidio doloso quien quiere matar a otra persona y a ese fin ordena su acción. El elemento esencial del delito de homicidio doloso es "el animus necandi" o intención de matar, que sirve para distinguir la acción cometida del delito de lesiones, en las que el sujeto activo quiere causar daño en la salud física o mental de otro sujeto pero no causarle a muerte. Naturalmente que la intención real del sujeto activo: matar o simplemente lesionar, pertenece a su fuero interno. Si este niega la intención de matar, ello no significa que el Tribunal no pueda condenar por delito de homicidio, pues el órgano jurisdiccional podrá deducir el "animus necandi" con criterios objetivos externos de la acción (la existencia de amenazas o simples resentimientos entre el autor y la víctima) coetáneos a la acción (medios empleados para realizar la agresión, región del cuerpo afectada por la agresión) y posteriores a la acción misma (palabras o actitud del sujeto ante el resultado producido). De estos criterios, como más demostrativos de la verdadera intención del sujeto activo, el Tribunal Supremo ha considerado: la zona del cuerpo de la víctima atacada y el arma o instrumento empleado para el ataque con idoneidad bastante para producir el resultado letal (Sentencia 14 de junio de 1998).

La doctrina del Tribunal Supremo ha utilizado indistintamente las teorías del dolo directo, el indirecto, el eventual, el de consecuencias necesarias, estableciendo como criterio unitario que dentro del dolo ha de entenderse comprendido no solo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él (dolo directo), sino

también el representado como probable y sin embargo consentido (dolo eventual), (Sentencia de 11 de mayo de 1994). En virtud del concepto de dolo que se maneje, mayor o menor ámbito de aplicación tendrá el dolo eventual.

Sentencia de 11 de mayo de 1994. Constituye la esencia de todo delito imprudente la existencia de una acción u omisión voluntaria (pero no intencional) de un resultado tipificado como delito, de una relación de causalidad entre aquella y éste, y, finalmente, de la consiguiente reprochabilidad, dimanante de la previsibilidad y evitabilidad del mal producido por parte de un hombre normal (ver Sentencia de 22 de mayo de 1992). Como tiene declarado también esta Sala, toda imprudencia presupone la ejecución de un acto descuidado (ver Sentencia de 27 de septiembre de 1968), y, en todo caso, exige una desvinculación entre la voluntad del agente y el resultado de su acción (ver Sentencia de 27 de diciembre de 1962).

El delito doloso, por su parte, está integrado por dos elementos fundamentales: El intelectual o cognoscitivo (conocimiento de los elementos integrantes del tipo penal de que se trate) y el volitivo o intencional (consistente en querer o aceptar el resultado de la acción). El resultado puede ser directamente querido o simplemente aceptado. En este último caso, nos encontramos con el denominado "dolo eventual». No ha sido unánime la posición de la doctrina -justo es reconocerlo- en orden a aceptar que esta última modalidad del dolo sea suficiente para la comisión de los delitos dolosos. La mayoría de la doctrina, sin embargo, así lo estima, al igual que la jurisprudencia. Y, en este sentido, la Sentencia de 16 de octubre de 1986 declara que "en el concepto de dolo a que se refiere el art. 1.º del Código Penal ha de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable y, sin embargo, consentido. En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las Sentencias de 17 de octubre de 1934, 18 de marzo de 1980 y 6 de febrero de 1988.

Como es bien sabido, existe una "zona de la duda» -así denominada por la doctrina- integrada por el "dolo eventual» y la "culpa con previsión», que se asemejan en que en ambos supuestos el autor no busca el resultado, y se diferencian en que en

el "dolo eventual» el resultado se acepta o se tolera, y en la "culpa consciente» se rechaza (el autor confía en que el resultado no se producirá; en otro caso no habría actuado).

En el presente caso, la necesidad de que el acusado se representase el resultado de su acción era patente (lo hubiera sido igualmente para cualquier persona normal). Todo el mundo sabe -por la experiencia común- que la presión fuerte y mantenida sobre el cuello de una persona, impidiéndola respirar, en breves momentos, es causa de su muerte por asfixia. Esta Sala ha calificado como delitos de homicidio doloso (con dolo eventual) supuestos similares al de autos (ver, entre otras, las Sentencias de 3 de octubre de 1987 y 24 de octubre de 1989). El desarrollo de los acontecimientos el día de autos pone de manifiesto que el acusado tenía suficiente consciencia sobre el alcance de sus actos. No puede alegar desconocimiento de las consecuencias naturales de los mismos, y la misma falta de resistencia de la víctima constituye un dato más -sobradamente elocuente- al respecto. El propio informe médico-forense en el que el recurrente pretende fundamentar su recurso constituye un firme apoyo de la sentencia recurrida. En efecto, en el mismo se dice que la víctima tenía sendas equimosis en ambas sienes, difíciles de valorar en cuanto al objeto causal (que debió ser contundente y sin bordes), siendo posible que, sobre todo el localizado en sien derecha, haya originado una conmoción cerebral, capaz de aturdir a la víctima e impedir su propia defensa. Si bien se admite también la posibilidad de que tales equimosis puedan deberse a la acción de la cabeza contra algún objeto que la rodeara.

En el propio informe se dice que en este tipo de muertes (asfixia mecánica por compresión a nivel cervical; por estrangulamiento) "la muerte sobreviene transcurrido un plazo de tiempo variable entre cinco y diez minutos»; citando la opinión de Simonin, según el cual "la pérdida de conocimiento se produce en ocho o diez segundos», concluyendo: 1) que se trata de una muerte violenta; 2) que su causa inmediata es asfixia mecánica; 3) que su causa fundamental es estrangulación; 4) que, para producir la muerte por el mecanismo antes citado, es preciso mantener la compresión cervical durante, al menos, cinco o diez minutos; 5) que su etiología es homicida; 6) que con mayor probabilidad la estrangulación fue a lazo, sin poder

descartar totalmente la estrangulación a mano, y 7) que la muerte debió producirse entre ocho y nueve de la mañana del día que fue hallada.

Por todo lo dicho, es manifiesto que el motivo carece de fundamento y no puede prosperar.

Animus necandi que debe inferirse del conjunto de circunstancias que han rodeado la perpetración del hecho. (TS 1003/2006, 19-10; 732/2006, 3-7; 1821/2002, 7-11 y 135/2001, 31-1), tales como los antecedentes o relaciones previas entre autor y víctima, la reiteración -sin reiteración (TS 1160/2004, 13-10)-, dirección hacia zona vital y violencia en los golpes, las amenazas y expresiones anteriores, coetáneas o después de los hechos, el tipo de arma utilizada, lugar elegido o zona vital al que se dirigió el golpe (TS 1003/2006, 19-10; 905/2006, 29-9; 732/2006, 3-7; 370/2006, 30-3; 574/2003, 21-4; 873/2002, 17-5; 787/2002, 6-5 y 369/2002, 5-3; ATS 1653/2006, 29-6 y 999/2006, 20-4)

### **3. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE**

Evidentemente la muerte de otra persona puede cometerse por imprudencia, al haber el sujeto infringido el deber objetivo y subjetivo de cuidado que era exigible.

Nuestro Código Penal distingue dos figuras de homicidio imprudente atendiendo a la gravedad o no de la imprudencia. De esta manera el artículo 142 del Código Penal castiga aquellos casos en que la muerte del sujeto pasivo pueda imputarse al agente a título de imprudencia grave. Así:

Homicidio imprudente. (Imprudencia grave). El artículo 142.1 CP dispone:

«1. 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.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años».

Homicidio imprudente (imprudencia menos grave): previsto en el artículo 142.2 CP, que señala que "el que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses. Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses".

#### **4. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL**

En nuestro Código Penal no existe ninguna figura delictiva con este nombre. La denominación de homicidio preterintencional, ha sido acuñada por la jurisprudencia al delimitar supuestos donde la culpabilidad del agente no encuadra en ninguno de los supuestos de dolo o imprudencia, como en los casos en que el sujeto activo queriendo lesionar a otra sin embargo produce su muerte, esto es, la causación

de lesiones dolosas que conducen a la muerte no querida del lesionado. El sujeto activo no tiene pues, intención de matar sino de lesionar.

En la actualidad, el Tribunal Supremo estima que los supuestos de homicidio preterintencional han de ser examinados distinguiendo el acto inicial doloso y el resultado producido. El acto inicial constituye un delito doloso de lesiones (el sujeto activo tiene intención de lesionar) y, con relación al resultado (la muerte de otra persona) debe en primer lugar establecerse el nexo de unión con el obrar del sujeto, bien mediante la aplicación de alguna de las teorías causales, bien mediante la tesis de la imputación objetiva, ya que si no puede establecerse esta imputación del resultado, el sujeto activo responderá únicamente por el acto inicial doloso (el delito de lesiones). En el caso de que quepa hacer la imputación objetiva del resultado, la responsabilidad del sujeto respecto de éste (de la muerte) será de carácter imprudente. La muerte dará lugar entonces, a una infracción imprudente y ésta se graduará (temeraria o simple) en función de las condiciones que concurren y conforme a los criterios generales seguidos en orden a la graduación de las imprudencias.

## **VI. LA EJECUCIÓN DEL HOMICIDIO. FORMAS IMPERFECTAS**

El homicidio admite las formas imperfectas de tentativa acabada e inacabada. No obstante, su distinción en la práctica puede resultar complicada, precisamente por la dificultad de determinar en qué momento se ha recorrido ya el iter criminis. ¿Un disparo que no alcanza el blanco, y no reiterado, es una tentativa acabada o inacabada? La cuestión ha dado lugar a una casuística jurisprudencial, no exenta de contradicciones.

En ocasiones, en la práctica, resulta problemática la distinción entre un homicidio intentado y unas lesiones consumadas. El homicidio intentado produce

lesiones en el sujeto pasivo (salvo que no le alcance), por lo que en ambos casos la realidad objetiva es idéntica. La distinción desde el punto de vista del derecho positivo es sencilla: en uno y otro caso existe distinto dolo. En el homicidio intentado el sujeto activo actúa con ánimo de matar (*animus necandi*), mientras que en el delito de lesiones se encuentra excluida de ésta intención, el sujeto actúa con animo de lesionar (*animus laedendi*). La distinción, pues, se encuentra en el dolo del autor y la forma de aprehenderlo es acudiendo a una serie de circunstancias objetivas cuya conjunción pueda revelárnoslo por vía indirecta.

La Jurisprudencia considera que es preciso atender básicamente:

1. A los antecedentes del hecho y las relaciones existentes entre el sujeto activo y pasivo;
2. La ocasión elegida;
3. El arma o instrumento utilizado;
4. La naturaleza de la herida o zona del cuerpo al que se dirige el ataque;
5. La reiteración en los golpes o insistencia en el ataque;
6. E incluso, el estado en que queda la víctima cuando cesa la agresión. Se trata de indicaciones que pueden servirnos para conducirnos a la intención del sujeto activo. En realidad se trata de indicios de los que se deduce el dolo del autor.

Cabe la tentativa (TS 477/2006, 13-4; 2189/2002, 27-12 y 2109/2002, 23-12; ATS 1517/2006, 21-6), incluida la tentativa inidónea; por ejemplo, cuando no se produce la muerte porque la víctima se hallaba momentáneamente ausente de su domicilio (992/2000, 2-6); pero es impune la tentativa absolutamente inidónea (TS 2122/2002, 20-1-2003); por ejemplo, cuando la

actividad es objetivamente inocua (TS 992/2000, 2-6)306. El desistimiento activo -arrepentimiento eficaz-, como evitación de la consumación del delito intentado, requiere no sólo la realización de actos impeditivos del resultado (llevar a la víctima al hospital), sino la desaparición del dolo homicida inicial; y no desaparece, sino que permanece la intención de matar, y sólo se aplaza el resultado, cuando la razón del desistimiento es porque la mujer le promete que volverá con él; así como un consentimiento sub conditione no puede ser considerado plenamente voluntario, una renuncia condicional significa sólo que la consecución de ese resultado se aplaza (TS 1634/2003, 5-12). Tampoco dan lugar a desistimiento activo los actos de autolesión llevados a cabo por el acusado (TS 617/2006, 7-6). El desistimiento en la tentativa de homicidio -o de asesinato- conduce al castigo por lesiones consumadas (TS 193/2005, 10-2 y 625/2003, 28-4). La excusa absolutoria incompleta que recoge el art. 16.2 se ha de apreciar cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación, como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que lo consiguen (TS 283/2004, 2-3; JGTS 15-2-2002).

En el artículo 16.2 del vigente Código Penal se dice que "quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta".

Los problemas que plantea este nuevo precepto fueron tratados en la reunión del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 15 de febrero de 2002, en al que se adoptó el siguiente Acuerdo: "La interpretación del artículo 16.2 del Código Penal que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el "iter criminis", pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que la inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que

directamente impide la consumación del delito, como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen".

Acuerdo aplicado en la sentencia 446/2002, de 1 de marzo, en la que se enjuiciaba la conducta de un hombre que, en el curso de una discusión mantenida con su esposa, sacó del bolsillo una navaja que le clavó en el cuello, sentencia de la que por su indudable interés destacamos las siguientes afirmaciones:

- La conducta inmediatamente posterior del procesado demuestra que su dolo homicida desapareció tan pronto advirtió la posibilidad de que efectivamente se produjese la muerte.

- Este arrepentimiento no tendría relevancia alguna sobre la tipicidad del hecho, si no fuese porque él mismo fue acompañado de actos orientados eficazmente a socorrer a la víctima, lo que equivalía a procurar evitar la producción de la muerte mediante una pronta intervención médica.

- Según el artículo 16.1 del Código Penal, un delito queda en grado de tentativa cuando el resultado "no se produce por causas independientes de la voluntad del autor" y, en el caso enjuiciado la muerte no se produjo porque la impidió la conducta posterior del procesado.

- Quiere esto decir que nos encontramos ante un supuesto de tentativa acabada, porque el autor realizó todos los actos que eran precisos para producir la muerte, según su representación, pero también ante un supuesto de desistimiento activo definido, por primera vez de forma clara y expresa, en el artículo 16.2 del Código Penal de 1995.

- El desistimiento podrá ser meramente pasivo, dejando de realizar actos de ejecución en la tentativa inacabada, y tendrá que ser activo, llevando a cabo actos impeditivos que eviten la consumación, en la tentativa acabada.

- Se trata de una excusa absolutoria incompleta, que produce sus efectos en relación con el delito intentado, pero no en relación con el delito o falta que pudieran constituir los actos ya ejecutados, inspirada seguramente por una razón de política criminal que sería la conveniencia de estimular, en quien comienza a ejecutar un delito, un comportamiento capaz de evitar la lesión del bien jurídico contra el que iba dirigida la acción.

- La interpretación de la norma ha de ser, sin duda, exigente respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el iter criminis, pero no se debe perder de vista aquella consideración de política criminal, de forma que no habrá inconveniente de admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impida la consumación del delito como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen.

- Respecto a la primera de las alegaciones del recurrente es de notar que efectivamente en el cuaderno-diario de la acusada consta, como se recoge en los Hechos probados, que "te cuento q' el día viernes por la tarde, casi mato a Sonia, la he asfixiado con la almohada", pero también "gracias a Dios resucitó y no muerto volvió a la vida, me asusté tanto, llamé a la vecina, a la abuela, no podía ni llorar...".

Y que la Sala a quo afirma en el Fundamento Jurídico Segundo de su sentencia que "resulta palmario que la acusada, nada más percatarse de que la niña tenía síntomas de haber perdido el conocimiento y que no respiraba, salió rápidamente en busca de la vecina del piso de al lado para pedirle ayuda. Y lo mismo hizo en relación con la abuela de la pequeña, pues envió de inmediato al hermano de ésta para que fuera a buscarla y que viniera al instante. La pronta llegada de esas dos personas y el traslado de la menor a un centro sanitario donde se le aplicó oxígeno evitaron el fallecimiento de Sonia".

Siendo cierto, como afirma el Fiscal con cita de la sentencia de 17 de septiembre de 2001, que el susto que motivó que la acusada emprendiera su

actividad salvadora de la niña y, en definitiva, del bien jurídico atacado, no elimina la aplicación del artículo 16.2 del Código Penal.

Más atención merece la segunda de las argumentaciones, en la que el recurrente, con cita de una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán y de opiniones doctrinales, afirma que el ocultamiento consciente e interesado de la causa real del estado de la víctima por parte de quien lo ha causado, impide calificar su conducta como desistimiento eficaz.

Entendemos que, como con frecuencia ocurre al valorar penalmente una conducta humana, no se puede dar una regla general que abarque todos los supuestos que el devenir de la vida puede ofrecer.

En el caso citado por el recurrente, suministro por una mujer a su esposo de una dosis de veneno E-605 suficiente por sí sola para producir la muerte, la ocultación de la conducta, con la consiguiente dificultad de aplicación inmediata del correspondiente antídoto, tiene una relevancia penal que se manifestaría en la gravedad del resultado producido e incluso en la individualización de la pena.

Pero en el caso que analizamos es de notar:

- Que la acusada no fue trasladada al centro médico en el que se asistió a la niña, por lo que no podemos saber lo que hubiera contestado a las preguntas que allí se hubieran formulado sobre la etiología de las lesiones.

- Que como consta en el transcrito Acuerdo y reconoce el recurrente, esta excusa absoluta existe tanto cuando es el autor de los hechos quien impide la consumación del delito, como cuando se limita a provocar la actuación de terceros, que son los que finalmente lo consiguen.

- Que como razona acertadamente el Fiscal en su Informe, en el caso que nos ocupa, el conocimiento de las causas de las lesiones "hubiera contribuido a explicar el fenómeno patológico sufrido por la niña, pero no consta hubiese

mejorado su tratamiento, pues desde el primer momento los servicios médicos descubrieron que la menor padecía anoxia" -falta de oxígeno-.

Razones por las que el Motivo Primero de la acusación particular debe ser desestimado.

## **VII. CIRCUNSTANCIAS**

No serán apreciables las circunstancias agravantes en los supuestos de homicidio con dolo eventual, toda vez que aquéllas, amén del componente objetivo, exigen el subjetivo o aprovechamiento consciente (dolo directo) del hecho objetivo determinante de la circunstancia (TS 481/1998, 6-4). Cabe la valoración conjunta de varias causas de aminoración de la imputabilidad, para apreciar atenuante analógica o eximente incompleta. Por ejemplo, embriaguez+psicopatía, embriaguez+toxifrenia, drogodependencia+psicopatía (TS 481/1998, 6-4). Legítima defensa incompleta: no se aprecia tan sólo por tratarse de riña mutuamente aceptada, sino sobre todo porque la reacción - utilización de cuchillo- fue brutal y absolutamente desproporcionada.

TS 574/2003, 21-4. La narración histórica de la sentencia, nos describe un enfrentamiento o riña entre ambos contendientes, derivada de la existencia de una deuda dineraria, en el curso de la cual el acusado clavó a la víctima "un cuchillo que portaba en el hombro izquierdo, causándole una herida incisa de 3,5 centímetros de longitud". Ante tal acometimiento, el agredido se fue corriendo del lugar perseguido por el acusado que, al alcanzarle le "propinó dos golpes con el cuchillo que portaba.....causándole dos heridas incisas penetrantes a nivel subcostal lateral izquierdo y a nivel subcostal medial izquierdo, con el riesgo de afectar órganos vitales, causándole un hemoneumotorax".

A continuación se declara, que una inmediata acción quirúrgica, consiguió reducir las consecuencias de las heridas, que tardaron varios días en curar, quedándole las cicatrices correspondientes.

Se ha dicho reiteradamente por esta Sala, que la opción por el ánimo de matar excluyendo el propósito de lesionar, debe inducirse de una serie de circunstancias externas y objetivas que permiten adoptar una decisión con bases más sólidas, que la de tratar de internarse en la mente del autor que, casi siempre negará el ánimo homicida refugiándose, como es lógico, en la alternativa más favorable a sus intereses. La naturaleza del arma empleada, la persistencia en la agresión después de un primer acto en el que se causan lesiones que pudieran no ser mortales, nos sitúa ante una persecución persistente del acusado que sale detrás de su víctima y le propina dos puñaladas seguidas en una zona tan vital como el hemitorax. Esta reiteración de golpes revelan, de manera inequívoca, su propósito de acabar con su vida, sin conseguirlo por la atención quirúrgica a la que se ha hecho referencia.

### **VIII. CONCURSOS**

De delitos: real con lesiones y atentado, al atacar a los policías que acudieron al lugar.

TS 607/2004, 7-5. Respecto de este último extremo conviene precisar aquí que para condenar a Eduardo como coautor del homicidio consumado y demás delitos ya referidos, no es necesaria en modo alguno la prueba de que llegara efectivamente a disparar el revólver que llevaba, dato que, quedó acreditado en la forma que acabamos de exponer, sino que, como ya ha quedado indicado antes, habría bastado algo que el propio Luis Pedro nunca ha negado: que estuvieron los dos de acuerdo en efectuar un atraco y que ambos llegaron a las oficinas de "La Caixa" cada uno con un arma de fuego. Quien así actúa, aunque los disparos causantes de las lesiones y del homicidio los hubiera realizado el otro, ha de responder del homicidio consumado, por referirnos al

más grave de todos los delitos, a título de dolo eventual, pues es claro que tuvieron que prever los dos la posibilidad de que hubiera de hacerse uso de las armas de fuego; así como también nos parece evidente que Luis Pedro con su comportamiento, pone de manifiesto que aceptó el resultado que pudiera derivarse de tal uso y que desgraciadamente se produjo por los reiterados disparos de Gustavo.

Y en cuanto a los demás delitos también hay que considerar acertada la condena a título de coautoría: atentado, por el enfrentamiento de los dos con uso de armas a los policías uniformados (arts. 550, 551 y 552.1); lesiones, por las mismas razones que el homicidio (art. 147), tenencia de armas prohibidas, porque cada uno llevaba un arma de fuego de las llamadas cortas (564.1.1°); y finalmente robo con violencia en las personas en grado de tentativa, cometido ya por el mero hecho de entrar en la entidad bancaria para atracar (arts. 237, 242.2, 16.1 y 62 todos del CP).

## **IX. EL HOMICIDIO EN RIÑA TUMULTUARIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1944**

### Título VIII

#### Delitos contra la personas

#### Capítulo Primero

#### Del Homicidio

Art. 408. Cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero si los que hubieren, causado lesiones graves, serán éstos castigados con la pena de prisión mayor.

No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de prisión menor.

Art. 424. Cuando en la riña tumultuaria, definida en el artículo 408, resultaren lesiones graves, y no constare quiénes las hubieren causado, se impondrá la pena inmediatamente inferior a la correspondiente a las lesiones causadas a los que aparezcan haber ejercido cualquier violencia en la persona del ofendido.

Art. 583. Serán castigados con las penas de cinco a quince días de arresto menor y reprensión privada:

1.º Los que causaren lesiones que no impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales, ni exijan asistencia facultativa.

2.º Los maridos que maltrataren a sus mujeres, aun cuando no las causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior.

3.º Las mujeres que maltrataren de palabra o de obra a sus maridos.

4.º Los cónyuges que escandalizaren en sus disensiones domésticas, después de haber sido amonestados por la Autoridad, si el hecho no estuviere comprendido en el libro II de este Código,

5.º Los hijos de familia que faltaren al respeto y sumisión debida a los padres.

6.º Los pupilos que cometieren igual falta hacia sus tutores.

7.º Los que en la riña definida en el artículo 408 de este Código constare que hubiesen ejercido cualquier violencia en la persona del ofendido, siempre que a éste no se le hubieren inferido más que lesiones menos graves y no fuere conocido el autor.

La noción de riña y su valoración socio jurídica aparece desde los primeros tiempos de una manera difusa. Sus referencias, escasas, son generalmente superficiales y de poco contenido. Los tratamientos iniciales son por la vía de la reparación y no de la sanción. Sus primeros antecedentes datan de dos legislaciones antiguas, el Código de Hammurabi, y la ley mosaica, concretamente el Éxodo.

Al margen de estos precedentes remotos, es el Derecho Romano el primero que regula la figura de la riña a través de dos leyes cuyos textos se contradicen entre sí: la Ley Cornelia de Sicariis y la Ley Aquilia. La primera establece una responsabilidad individual por las lesiones sufridas. Por el contrario, la Ley Aquilia establece la responsabilidad solidaria de todos los sujetos. Según opinión de Mela, recogida por Ulpiano en Ulpiano ad edictum, Dig. IX, 2, 11, pr. (Mela ab Ley Aquilia), si son varios los sujetos que han herido al siervo, todos han de considerarse culpables de homicidio; y si en realidad apareciese claro quien dio el golpe, ese ha de considerarse como autor del homicidio.

En la Edad Media, la fuente principal de donde surgían las normas era Roma. Pero verdadera importancia hay que dar a la Constitución Carolina, pues es el primer cuerpo legal que establece una presunción clara de culpabilidad en base a una imposibilidad de prueba.

Respecto a la evolución histórica de esta figura delictiva en España, no se contiene en las Partidas, pero sí en las costumbres y fueros locales. Quintano menciona los fueros de Zamora, parágrafo 19, y Salamanca, parágrafo 1. También encontramos la riña en los parágrafos 70 del fuero de Zamora, 51 y 52 del fuero de Salamanca; 4, 20, 21, 88 y 192 del de Plasencia; el fuero de Cuenca; el de Baeza en el parágrafo 326; el 484 del fuero de Soria y los parágrafos 17 al 20 del de Teruel. La única fuente general que incorpora esta figura de riña son las Leyes del Estilo, en concreto la Ley LVII, que establece una responsabilidad solidaria para todos los partícipes, tomando como precedente la Ley Aquilia. Una vez analizados estos antecedentes históricos, se puede hacer un estudio de

la época de la Codificación. Puede ser útil recordar aquellas iniciativas decimonónicas, interesantes como ejemplos que, sin ser seguidos a la letra, nos marcan tendencias dignas de tener en cuenta». Con ello se soslayan en gran parte las dificultades que encuentra el penalista español en su labor legislativa y en la correcta interpretación en ocasiones de las normas penales.

El Código Penal de 1822 no se refiere expresamente al homicidio en riña. Sin embargo, no hay que dejar de mencionar una serie de preceptos de este cuerpo legal que pueden servirnos de precedentes y que hacen alusión de forma indirecta a la riña. En concreto, el artículo 106 la recoge entre las circunstancias agravantes en general.

También se consigna como agravante del homicidio y del asesinato, en los artículos 607 y 609. Existen además en este Código tres preceptos que hacen referencia a la riña o pelea de la que resulte muerte, si bien hay que decir que se trata de una riña entre dos personas, agresor y agredido. Son, en concreto, los artículos 614, 615 y 616.

Los Proyectos de Código Criminal de 1830, 1831 y 1834 siguen la línea del Código Penal de 1822, aunque con un tenor literal diferente.

Importancia merece el estudio del Anteproyecto del Código Penal de 1848, mediante las Actas de la Comisión General de Codificación. Si bien la Comisión General no se había planteado tratar el tema de la riña, este surge a raíz de la discusión sobre el duelo. Sin el castigo del duelo, probablemente la riña no se habría reconocido como delito. En la sesión de 19 de abril de 1845, la Comisión consideró el duelo como delito de peligro, estableciendo a su vez que los desafíos eran contrarios a las ideas sociales, cosa que anteriormente había dicho Pacheco. Con respecto a la riña, se la consideró como un homicidio indeliberado, presuponiendo que tenía lugar en momentos de acaloramiento o arrebató, aunque los medios de su ejecución envuelven peligro natural y probable de muerte.

Ya en el Código Penal de 1848 aparece un artículo referido al homicidio en riña o pelea entre varios, el artículo 325: «En el caso de cometerse un homicidio en riña o pelea, y de no constar el autor de la muerte, pero si los que causaron lesiones graves, se impondrá a todos estos la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que causaron lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de prisión menor». La reforma de 1850 no afecta en nada a este artículo.

La novedad aparece en el Código Penal de 1870. Por primera vez encontramos los términos de confusa y tumultuaria, y es el tenor literal de este artículo el que, prácticamente sin diferencias, se ha mantenido hasta nuestros días. El elemento esencial consiste en que la riña tenga lugar confusa y tumultuariamente, esto es, sin que se sepa quiénes son los autores de la muerte o muertes acaecidas.

Haciendo un análisis de los demás proyectos y Códigos Penales posteriores hasta el actualmente vigente, hay que decir que en líneas generales todos siguen el esquema implantado en el Código Penal de 1870. La única excepción la constituye el Código Penal de 1928, que siguió un sistema híbrido que no resultaba satisfactorio. Este Código tuvo escasa vigencia y en los posteriores vuelve a aparecer la antigua redacción del Código Penal de 1870 que, con escasas modificaciones, es la que se ha mantenido en el Código de 1944.

A falta de una definición legal, es preciso ofrecer alguno de los conceptos de riña más significativos.

Carrara define la riña como una lucha súbita que surge entre dos o más personas por causas privadas. Se dice súbita, para distinguir la riña de la agresión y del duelo; y se dice por causas privadas, para distinguirla de la sedición y de otros delitos de carácter político. Antolisei la considera como una mezcla violenta por la vía de hecho. Cuello Calón dice que la riña es la lucha

entre más de dos personas pertenecientes a distintos bandos que se acometen entre si y mezclándose mutuamente dificultan el poder distinguirse.

Beling afirma que riña es la participación en una pelea o en una agresión cometida por varios.

Común a estas definiciones es la idea que manifiesta Carrara, de que en la riña nos vemos envueltos de improviso, sin que la reflexión haya tenido tiempo y posibilidad de formar con calma sus opiniones. La ira instantánea enciende los ánimos y va aumentando con la gravedad de la lucha.

El Código Penal español alude solo a una especie de riña, la tumultuaria, definida en su artículo 408 y penada según sus resultados, en el mismo y en los artículos 424 y 583-7.1, este con rango de falta. Constituye el susodicho precepto una responsabilidad objetiva levemente disfrazada, un homicidio putativo que se carga arbitrariamente a una persona por actos no homicidas, sino lesivos o de violencias.

El artículo 408 dice así:

Art. 408. Cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero si los que hubieren, causado lesiones graves, serán éstos castigados con la pena de prisión mayor.

No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de prisión menor.

En varios aspectos esta figura delictiva resulta censurable, en cuanto de una parte se fundamenta en un criterio de pura presunción, que tiene el carácter, iuris et de iure, y de otra da lugar a una serie de dudas de no fácil solución técnica y conduce a soluciones evidentemente injustas.

La característica más relevante es la gran dificultad que ofrece en el ámbito procesal la realización de la prueba que permita fijar la responsabilidad de cada participante, por faltar una adecuada relación material de causalidad que determine quién fue el autor de la muerte o lesiones inferidas a la víctima. Binding, ofrece dos soluciones: castigar la participación de la que resulte muerte como delito autónomo, u operar con presunciones de causación de la muerte producida en riña.

La mayoría de las legislaciones extranjeras optaron por la primera solución. El legislador español optó por la segunda vía, y la mayoría de los códigos hispanoamericanos han aceptado este sistema. No obstante, las legislaciones más avanzadas de Sudamérica recogen en sus códigos penales la fórmula de considerar la participación en riña como delito autónomo con específicas agravaciones en el caso de producirse determinados eventos dañinos para la vida o integridad corporal. Otras legislaciones como la francesa y la anglosajona omiten esta figura delictiva.

El legislador español, al estructurar este precepto, lo hizo de una forma manifiestamente imprecisa, con una deficiente técnica jurídica, que prácticamente supone un paso atrás de siglos, al identificarse con los preceptos de la ley Aquilia glosada por Ulpiano.

El artículo 408 del Código Penal no contiene un simple delito de peligro, puesto que no entiende la riña en sí como delito autónomo, pues el hecho de que no se castigue a todos los que en ella participan basta para descartar dicha afirmación. Tampoco consideran que este artículo 408 constituya un delito de sospecha, porque dicen que esta no existe, y, antes al contrario, hay la certeza de la comisión de un delito, independientemente del conocimiento o no del autor de la muerte. Del mismo modo, piensan que no se trata de un delito de homicidio, puesto que el propio texto dice hubiere resultado muerte, y no hubiere resultado homicidio.

Así, concluyen diciendo que nos encontramos ante un delito de lesiones graves, por lo que se refiere al párrafo primero, y un delito de violencias, por lo que se refiere al párrafo segundo. Se entiende que ni es delito de peligro ni es de sospecha, y que estamos en presencia de un delito de lesiones caracterizado por producirse en una riña de características tan graves que en ella se produce una muerte.

Efectivamente, se niega que el delito recogido en el artículo 408 del Código Penal sea un delito de peligro porque no se castiga a todos los que participan en la riña. Sin embargo, sería más adecuado afirmar que la riña no responde a la estructura típica de esta modalidad delictiva, en su doble aspecto de delito de peligro abstracto o concreto. De todos modos, existe una notoria similitud entre la conducta tipificada en el artículo 408 y los delitos de peligro. La conducta descrita en este artículo reúne las características propias de una actividad peligrosa, lo que supone ya una lesión potencial contra concretos bienes jurídicos -vida, integridad corporal-, que el legislador no supo tomar en cuenta al momento de configurar este tipo delictivo, con lo que se hubiera paliado en gran parte la difícil conflictividad que en su actual redacción presenta esta figura delictiva.

El legislador vincula la responsabilidad por la muerte ocasionada en aquellas personas que causaron lesiones o violencias en la víctima, por estimar con cierta racionalidad que tales conductas lesivas ofrecen un mayor porcentaje de probabilidades de producción del resultado de muerte. Este juicio del legislador no excluye la naturaleza sustancial de delito de peligro de la conducta expuesta en el artículo 408.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen sosteniendo que el homicidio en riña tumultuaria constituye un delito de los que han venido a llamarse de sospecha encerrando una presunción de muerte. El término sospecha fue creado por Manzini, donde a falta de culpabilidad y de relación causal, la penalidad se hace depender de dos condiciones objetivas: el resultado de muerte o lesiones y la falta de constancia de autor, lo que actualmente es incompatible

con el principio de legalidad consagrado en el artículo 1 del Código Penal tras la reforma parcial y urgente de 25 de junio de 1983. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia.

Se trata de un delito de sospecha que contiene una presunción de muerte, presunción que tiene carácter iuris et de iure, y que sigue un orden lógico, sin que la pena que se aplique sea la de homicidio, sino menor. Nos hallamos ante una presunción escalonada, porque en defecto de quien produjo lesiones graves se impone una pena a cualquiera que hubiere ejercido violencias en la víctima. La ratio legis de esta figura delictiva, no es el hecho de participar en una riña, sino este hecho cuando en el transcurso de la riña se produce una muerte y no consta quien fue el que la produjo.

La no constancia del autor de la muerte en riña tumultuaria, no es más que un límite fronterizo de las figuras legales del 407 y el 408. Si el autor consta, entrara en juego exclusivamente el homicidio del artículo 407, y si no consta, el 408. Verdaderamente, el artículo 408 puede considerarse no sólo subsidiario del 407, sino también del asesinato y del parricidio, pues en el artículo 408 se habla de «muerte» y no de «homicidio». El legislador no aplica la pena del homicidio, sino una menor, porque ninguna presunción puede ni debe suplir la falta de una prueba segura respecto a la causación de la muerte.

Constituye este precepto un supuesto de responsabilidad objetiva. Las penas no son proporcionadas a la culpabilidad por el acto cometido por el autor, sino que están en función de la concurrencia de una muerte no referida culpablemente al sujeto activo del delito.

La responsabilidad de los no autores materiales en la riña debe ser meramente secundaria, eficiente sólo para componer la figura especial. De otra parte, cuando de la riña solo se deducen lesiones graves con desconocimiento de su autor, se debe estar a lo dispuesto en artículo 424; y si en la riña sólo se producen lesiones menos graves con desconocimiento de su autor, será aplicable el artículo 583-7.º del Código Penal.

En definitiva puede decirse que el delito de homicidio en riña tumultuaria, configurado en el artículo 408 del Código Penal, presenta una deficiente construcción técnica, de naturaleza extraña, que ofrece serias dificultades para su interpretación, de la que se deducen intolerables supuestos de notoria injusticia, como en el caso de conocer que las lesiones graves causadas a la víctima, tanto individual como conjuntamente, no pudieron ser causa del fallecimiento. Tan grave situación atenta contra la conciencia jurídica colectiva y la pena expuesta no alcanza a satisfacer los fines de punición general y mucho menos la especial, que sería absolutamente ineficaz frente al injustamente sancionado por actos que evidentemente no son causa del resultado.

Llama la atención que esta figura delictiva se haya mantenido en nuestro Código a través del tiempo, a pesar de las numerosas reformas que se han sucedido. Parece que nuestros legisladores de forma patológica han relegado voluntariamente al olvido el dar un nuevo tratamiento jurídico a este delito.

Este delito aparece integrado por una serie de elementos extraños al homicidio en sentido propio. El bien jurídico tutelado en el tipo delictivo del artículo 408 del Código Penal es la vida e integridad corporal de las personas. Es pues un delito de resultado contra las personas.

En otras legislaciones se ha estimado en ocasiones que la riña constituía un delito pluriobjetivo, que atenta no solo a la incolumidad personal, sino también al orden público, perturbando el orden y la paz social. Esta tesis ha sido sostenida de forma vacilante por la jurisprudencia de Casación italiana. En la doctrina alemana también existe la tendencia a hacer de la riña tumultuaria una infracción contra el orden público, no específicamente contra las personas. En estos países se castiga la participación en riña y es por ello por lo que se plantean estas tesis.

La acción consiste en intervenir en una riña confusa y tumultuaria de la que resulta muerte o lesiones graves sin conocerse su autor.

Se plantea el problema del número de personas que han de intervenir en la riña. Se exige al menos tres personas en la riña, ya hay que observar que la ley no habría tenido necesidad de crear un delito aparte como la riña para castigar un delito entre dos personas cuyas respectivas responsabilidades pueden individualizarse. Para el cómputo de participantes en una riña no se contabilizan los sujetos no imputables o no punibles, ni los que obran en estado de justificación y no importa que alguno no sea identificado. De ello se deduce que la riña entre personas no imputables no tendría valoración jurídica. En sentido contrario, Camano Rosa sostiene, acertadamente, que el requisito mínimo para la riña se cumple aunque esté integrada por personas no identificadas o que se encuentren amparadas en causas de justificación, inimputabilidad o impunidad.

En tales situaciones existe igualmente el hecho de riña. Habrá personas que por diversas circunstancias no responderán del delito, pero eso no quita que hayan participado materialmente en la riña. A esto hay que añadir que las personas no responsables pueden producir un daño en riña, y si bien no les alcanza la acción penal, se queda latente la responsabilidad civil en determinados casos.

En la doctrina y la jurisprudencia, la opinión general es que han de intervenir más de dos personas. Es un delito plurisubjetivo, de más de dos personas necesariamente. Del mismo modo se señala que han de intervenir más de dos personas o que han de ser varios los participantes, o bien como dice Ferrer Sama: «es elemento esencial de este delito que intervengan pluralidad de personas».

Igual parecer existe en la jurisprudencia, y prueba de ello nos la dan las sentencias de 20 de mayo de 1946, 29 de noviembre de 1947, 21 de octubre de 1976, 26 de septiembre de 1977, 14 de abril de 1984, 29 de marzo de 1984 y 17 de diciembre de 1984, entre otras.

Atendiendo a la cuestión de los bandos, si en un principio la jurisprudencia mantenía que destruían la figura delictiva, posteriormente

reconoció la presencia de bandos. Ferrer Sama dice que no debe quedar excluido este tipo en el caso de pluralidad de personas pero con clara delimitación de dos bandos, pues aunque así sea, subsiste el carácter tumultuoso de la riña, siendo lo determinante el hecho de que no se sepa quien ha sido el causante de la muerte y que no haya existido acuerdo entre los del bando contrario para atentar contra la vida de la víctima.

En cuanto al problema que se plantea cuando una persona es atacada por varios, queda excluido el tipo, ya que se trata de una agresión de varios contra uno ejecutada conjuntamente. Esta misma opinión era la antiguamente mantenida por la jurisprudencia, postura que se vino a romper con la sentencia de 25 de marzo de 1969, que calificó de homicidio en riña tumultuaria la muerte producida en el curso de la agresión de varios contra uno.

En el mismo sentido se manifiesta Gimbernat, que acepta que existe el delito del artículo 408 cuando varios atacan a una persona- sin que se pueda determinar quien causó la muerte. Castigar un supuesto así por un homicidio del artículo 407 a todos los agresores no parece viable, pues ni consta que quisieran causar una muerte ni se sabe tampoco cuál fue su participación concreta en la producción del resultado mortal. Por consiguiente, si no es posible punir por homicidio y tampoco se admite la posibilidad de aplicar el 408, los agentes quedarían únicamente sujetos a una eventual responsabilidad por lesiones o amenazas.

Ello significaría que, cuando resulta muerte y se desconoce su autor, se castigaría con mayor dureza la agresión de varios contra varios que no la de varios contra uno solo.

La riña ha de ser confusa y tumultuaria. Es necesario que se llegue a las vías de hecho y que se realicen violencias personales. La jurisprudencia tiene un criterio definido en cuanto a lo que debe entenderse por riña confusa y tumultuaria. Sirva de ejemplo la sentencia de 21 de octubre de 1976, que mantiene que el elemento positivo es o la riña, reyerta, pendencia, pelea o

quimera confusa y anárquica, es decir, gregaria, amorfa, caótica, de todos contra todos».

En igual sentido caben señalar las sentencias de 26 de septiembre de 1977, 29 de marzo de 1984 o 14 de abril de 1984.

Otro de los problemas que se plantea es la valoración del pacto previo a la riña. Se mantiene que no existe riña tumultuaria cuando hay previo concierto, pues el concierto expreso o tácito entre alguno o algunos de los contendientes, anterior o de momento, para agredir a otra u otras personas, impide que sea aplicada la sanción especial de este artículo. También se sostiene más acertadamente que lo que ha de faltar es el concierto previo de causar la muerte, pues la existencia de tal concierto, aunque sea súbito y no deliberado e incluso tácito, y a pesar de que no conste quien de los concertados fue el causante de la muerte, excluye la hipótesis privilegiada de homicidio en riña tumultuaria, dando paso a la calificación homicidio simple para todos los concertados. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia.

El sujeto pasivo es el fallecido a consecuencia de la riña. El problema que se plantea dentro de este apartado es el de la muerte de un tercero extraño a la reyerta y de si se integra o no en el tipo del artículo 408. Se resuelve la cuestión afirmativamente, alegando el silencio de la ley y la vaguedad del termino o resultare muerte». Por otra parte, también se mantiene que sujeto pasivo puede ser el tercero que se mezcla en la riña para apaciguar y resulta muerto. Pero discute si se integra la muerte de un extraño que no se ha mezclado, como un transeúnte o un observador imparcial, y entiende que el muerto ha de ser uno de los que han intervenido en la riña, como contendiente o apaciguador, y haya sido objeto de lesiones graves o violencias por parte de otros intervinientes. No se cree que la aplicación de este artículo sea factible en el supuesto de que un disparo suelto de la pelea alcance a un transeúnte, porque para la exigencia de responsabilidad hay que acreditar la autoría real de las

lesiones o violencias, que, claro es, no pudieron ejercerse sobre el extraño que solo de modo casual o imprudente pudo ser alcanzado. Si abarcaría a la víctima no combatiente pero interviniente en la pendencia. Frente a esta tesis alegando como requisito indispensable la necesidad de conocer al autor de lesiones o violencias, podría ocurrir por ejemplo que un transeúnte fuera alcanzado por una pedrada lanzada entre los que riñen y producirse lesiones graves, y después fortuitamente le alcanza un disparo de autor desconocido. Sabiendo quien causó las lesiones graves e ignorando el autor de la muerte, no habrá inconveniente en extender la responsabilidad en riña al extraño.

Uno de los problemas más arduos que plantea el delito de riña tumultuaria con resultado de muerte o lesiones graves es si estos resultados son condicionantes para la existencia de esta figura delictiva y en consecuencia para su punibilidad. Se señala que, para llevar a efecto la punibilidad de ciertos hechos típicos, antijurídicos y culpables, se exige en algunos casos la presencia de algunos elementos adicionales. Difícil es reducir esos elementos adicionales y excepcionales a una categoría común dada su diferente función y significación político-criminal. Entre estos elementos se encuentran las condiciones objetivas de punibilidad y propugna por la creación de una nueva categoría en la teoría general del delito en la que se incluyan estos elementos. Se ha puesto de relieve que el tipo penal está llamado a relacionar los hechos penalmente relevantes, no solo los que fundamentan positivamente al injusto, sino también los que condicionan su punibilidad. Por ello, las condiciones de punibilidad pertenecen al tipo penal, porque condicionan su objetiva relevancia penal.

La doctrina y la jurisprudencia clásica consideran que la muerte deducida de riña tumultuaria constituye una condición objetiva de punibilidad. En tal sentido, se reconoce el carácter de condición objetiva de punibilidad a los resultados más graves de muerte o lesiones, porque no consta que hayan sido causados por el sujeto, al que, en realidad, se imputan los resultados menos graves de lesión o violencias que efectivamente ha causado, con una agravante en razón de los primeros. Algunos parten de la original tesis de que la muerte no

constituye el resultado del delito de riña tumultuaria, pues no se trata de un delito de homicidio, sino de lesiones, único resultado de autor conocido producido con ocasión de riña tumultuaria. Para ellos, el concepto de condición objetiva de punibilidad veda el admitir que la muerte sea condicionante de esta figura delictiva, desde el momento en que ella bien pudiera ser intrínseca a la actividad del sujeto activo, a pesar de que no conste. Llegan a la conclusión de calificar la muerte como un simple síntoma objetivo de la virulencia de la riña ajena al tipo de injusto y que sirve para delimitar la figura delictiva. Con esta tesis se señala que el hecho de la muerte en el artículo 408 se desvincula de la polémica que la condición objetiva de punibilidad aporta, si es o no necesaria para la comisión del delito o si el error sobre su concurrencia es o no relevante. La muerte en el delito de riña solo significa para el citado autor un medio técnico de delimitación de la tipicidad ajeno al tipo de injusto; la concurrencia de la muerte es imprescindible para aplicar las penas previstas en el precepto y por otro lado no cabe error posible con la relevancia jurídico-penal.

A pesar de la originalidad de esta doctrina, la causación de muerte a que hace alusión el precepto que analizamos, supone una verdadera condición objetiva de punibilidad, en el sentido tradicional, atemperado a la moderna doctrina, con los criterios expuestos, incluyendo entre los delitos .que poseen condición objetiva de punibilidad a la figura descrita en el 408. Verdaderamente, debe considerarse que en este artículo existen dos condiciones objetivas de punibilidad indisolublemente unidas: la causación de muerte o lesiones y el desconocimiento del autor de estos resultados, sin las cuales el delito descrito en el artículo 408 es inviable ya que su punición depende de su concurrencia. La razón de sancionar a los que causan resultados de lesiones es una finalidad político-criminal por la que el legislador presume que el autor de la muerte en riña se encuentra entre los que causaron resultados lesivos.

La conducta consiste en participar en la riña y que se causen lesiones al muerto, o, al menos, se ejerzan violencias sobre el mismo. No debe constar el autor de la muerte. Cuando no se produce el resultado de muerte pero si lesiones

o violencias entre los contendientes, se da entrada a las figuras recogidas en los artículos 424 y 583-7.º del Código Penal, referidos a las lesiones graves y violencias respectivamente. Por lesiones graves deben entenderse las recogidas que el artículo 420 del Código Penal.

No parece admisible que el artículo 408 absorba la penalidad de las mutilaciones de los artículos 418 y 419, pues no puede ser menos grave una mutilación sin muerte en riña tumultuaria que otra mutilación en la que concurre además la situación del artículo 408. De ello se deduce que entre la mutilación y el homicidio en riña tumultuaria hay un concurso ideal del artículo 71 del Código Penal, impidiendo con ello que al autor conocido de las violencias no se le aplique el artículo 408 mientras conste el causante de unas mutilaciones o de unas lesiones graves en sentido estricto. Otros, por el contrario, ponen de relieve que en los artículos 418 y 419 se requiere un «propósito» de mutilar y que de lo contrario pasan a constituir una lesión grave del 420. Por consiguiente, no mediando lesiones graves sino mutilación causada de propósito, se aplicara el artículo 419 y no el 408, siguiendo la regla general.

Una vez conocido el autor de la muerte en riña, desaparece la especialidad del 408, pero no para borrar las otras responsabilidades, sino para que el homicidio o las lesiones se enjuicien como en cualquier supuesto ordinario con arreglo a la participación de cada cual.

Se señala que es singular la objetividad de las lesiones producidas en riña confusa y tumultuaria e imputadas a quienes causaron lesiones de menor.

Atendiendo al concepto de violencia, se dice que por violencias debe entenderse no sólo las lesiones menos graves, sino cualquier clase de vis física, incluso el simple golpear o maltratar a otro de obra sin causarle lesión. El término violencia es de naturaleza abstracta, pero en relación con esta figura de riña tumultuaria se concreta específicamente en la vis física, como una especie de impulso o fuerza que se ejerce sobre las personas. La violencia ha ido históricamente apareciendo en los textos punitivos como medio perturbador de

los derechos ajenos. Se dice que o no se puede pensar en un concepto de violencia sin la característica de la actuación sobre el cuerpo. Algunos entienden por violencia todas aquellas medidas de coacción que son sentidas por el coaccionado como presión corporal.

Debemos analizar si son posibles en esta figura delictiva las causas de justificación o causal modificativas de la responsabilidad.

En primer lugar, se plantea la posibilidad de admitir la legítima defensa en el homicidio en riña tumultuaria. Tradicionalmente, el Tribunal Supremo ha venido rechazando la aplicación de la eximente señalando que el acometimiento mutuo impide que pueda estimarse, sea de forma completa o incompleta, puesto que cuantos participan en la riña son agresores y provocadores de sus adversarios, conforme establece la sentencia de 12 de abril de 1947.

También se apunta que el mutuo acometimiento y fuerza excluye la agresión ilegítima, y, por lo tanto, la legítima defensa. En el caso de riña falta el requisito de la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión», puesto que según su opinión, el peligro en que se encontraba la víctima pudo evitarse perfectamente negándose a reñir. Este requisito, es el que viene a obstaculizar la apreciación de la legítima defensa en caso de riña, más que la ausencia del elemento de falta de provocación, pues la riña puede haber sido provocada por el otro bando.

La tesis del Tribunal Supremo merece ser criticada por su excesiva generalidad, y señala que puede que alguien se vea envuelto en una reyerta sin haberla aceptado o que intervenga en ella para apaciguar a los contendientes o a defender a uno de ellos, y en estas situaciones es perfectamente imaginable la legítima defensa.

Otros mantienen que pueden darse en situación de Tina los requisitos de la legítima defensa. Como señala la sentencia de 30 de mayo de 1935, «para apreciar la necesidad de la defensa y la proporcionalidad de los medios empleados, debe tomarse en cuenta no solamente la realidad del peligro, sino la

opinión fundada que el sujeto haya podido racionalmente formar sobre su existencia o gravedad».

Tomando en consideración este argumento, puede perfectamente aplicarse la eximente de legítima defensa en la figura delictiva de homicidio en riña tumultuaria.

El planteamiento del principio judicial o la riña mutuamente aceptada excluye la legítima defensa», es equivocado porque se trata de un problema exclusivo de la eximente de legítima defensa. La riña en el artículo 408, siendo el elemento básico, no es el requisito único ni el fundamental de este delito. Es necesario que concurren confusión y tumulto y que se produzca una muerte sin constar el autor, aunque si quien produjo las lesiones graves y de las violencias cometidas en una riña confusa y tumultuaria donde resulta muerte sin constancia de la persona que la ha causado, podrá quedar amparado por la legítima defensa si las lesiones graves o las violencias las ha practicado como medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión injusta. La exclusión de la legítima defensa no es automática en la riña que describe el artículo 408, por la razón de que no tiene por qué ser de forma necesaria mutuamente aceptada y nada excluye la concurrencia de los tres requisitos previstos en el número 4 del artículo 8. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, pueden servir de ejemplo las sentencias de 21 de octubre de 1976 o de 29 de septiembre de 1977.

También puede examinarse como causa de justificación el estado de necesidad, recogido en el número 7.º del artículo 8 del Código Penal. Se puede precisar el concepto de estado de necesidad como amenaza de un mal grave que solo puede ser evitado mediante lesión de bienes jurídicos ajenos. Podría apreciarse esta eximente en la riña en el supuesto por ejemplo, de una persona que ve que un menor se encuentra desvalido inmerso en una riña, y para evitarle un mal y protegerle, toma parte en ella.

Otra de las eximentes que podría tener aplicación en el homicidio en riña tumultuaria es la numero 11 del artículo 8, el que obra en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Sería el caso del agente de la autoridad que interviene en una riña para separar a los contendientes. No puede ser sujeto activo, pero si podría ser sujeto pasivo de este delito.

Haciendo mención de las agravantes, hemos de decir que la mayoría de ellas se encuentran inmersas en el propósito o intención de participar en la riña, si bien la sentencia de 14 de abril de 1984 aprecia en el caso de homicidio en riña tumultuaria concretamente la agravante de abuso de superioridad. La sentencia dice que esta agravante o tiene su razón de ser en una mayor dosis de culpabilidad, en cuanto que los sujetos activos conscientemente utilizan medios que debilitan la defensa, y en mayor antijurídica, porque la repulsa del ente social se deja sentir con mayor intensidad a la normal que produce el delito y necesita para su apreciación: una notoria desproporción entre el ataque ofensivo y la defensa susceptible de realizar la víctima o víctimas, que puede ser debido a una superioridad física del agente o a los instrumentos que el mismo utiliza».

También, en cuanto a los caracteres de la culpabilidad, resulta anómalo este delito, pues a pesar de tratarse de un homicidio, se puede cometer dolosamente sin intención de matar.

El dolo en esta figura de delito abarca el conocimiento y voluntad de intervenir en la riña, pero no la intención de matar, ya que entonces estaríamos en presencia de un homicidio.

El propósito de intervenir en la riña lleva íntimamente unido el ánimo de lesiones y causar violencias. Carrara dice que en la riña se obra ciegamente al rechazar o devolver las ofensas; así el hecho sale de los dominios de la voluntad para entrar en los dominios de lo fortuito pero el elemento intencional nunca puede demostrarse como dirigido a la muerte de un modo preciso.

La figura delictiva del artículo 408 se considera como de naturaleza dolosa, con un dolo genérico vulnerandi, sin precisión específica de matar ni en el ignoto autor de la muerte ni en los partícipes.

No se exige el dolo de matar, pues en caso de existir este habría que apreciar homicidio en grado de tentativa o frustración al autor de las lesiones.

Se entiende que si para el delito de lesiones previsto en el artículo 420 y siguientes se exige el dolo dirigido a lesionar las conductas allí descritas, se debe entender también que en el homicidio en Tina tumultuaria se ha de requerir el dolo de producir lesiones graves o violencias.

No cabe pues, según criterio doctrinal y reiterado de la jurisprudencia, que en los supuestos de acuerdo previo tácito o expreso, anterior o coetáneo, para matar, se aplique la figura del artículo 408, excluyéndose esta y dando entrada a una coautoría del artículo 14-1.º del Código Penal en relación al homicidio simple del artículo 407.

Es de creer que la muerte por imprudencia en el curso de una riña impondría la desaparición del tipo, por ser solo las violencias de los actos mínimos que la determinan y resulta extensivo y artificioso calificar de violencias a las no intencionales. Se entiende también, que este delito no es punible a título de imprudencia, aunque por razones distintas de las que parecen deducirse de los artículos 408, 424 y 583-7.o. La exquisita regulación escalonada que el legislador hace en estos tres preceptos, según la gravedad de la riña, parece dar a entender que las previsiones político-criminales del legislador quedan satisfechas con el castigo de tales supuestos cuando las violencias o las lesiones producidas se han cometido solo por dolo.

Si concurriera simple culpa por parte del autor, bastaría, para satisfacer las exigencias político-criminales, la aplicación del artículo 565 en relación a la figura delictiva correspondiente de lesiones. Son perfectamente pensables casos de violencias y lesiones en riña, por quien verifica su conducta de forma culposa e incluso podrían apreciarse supuestos de preterintencionalidad, por quien sólo

tenía intención de causar violencias y a consecuencia de su conducta se producen lesiones. La dificultad se centra en que el dolo en este delito esta contraído a la participación en riña.

Ahora bien, no todo el que interviene en una riña lo hace con el designio de producir lesiones o violencias. Tal ocurre con los agentes de la autoridad que intervienen para restaurar la paz y el orden público, el tercero que actúa con el fin de apaciguar a los contendientes o el que se constituye en legítima defensa entre los que riñen. Tales personas podrían ser sujetos pasivos de la riña tumultuaria, pero nunca deberán ser considerados como verdaderos participes ya que en ellos no concurre el ánimo de participar con animus vulnerandi.

La estructura de este delito no permite las formas imperfectas de ejecución. Al ser la muerte un resultado que cualifica por sí mismo y no por el propósito específico de matar, es claro que no caben en el delito del artículo 408, grados de ejecución imperfecta de frustración o de tentativa. Al ser la muerte una condición objetiva de penalidad, si esta no se produce, el delito no existe. Además, en cualquier caso, la tipificación escalonada en los dos párrafos del artículo 408 y en los artículos 424 y 583-7, ponen de relieve la imposibilidad de apreciar dichas formas imperfectas.

Tampoco puede admitirse la existencia de actos preparatorios, puesto que estos quedan ya absorbidos dentro de la figura delictiva. Se trata de un delito de resultado con una conductor activa o dinámica, por lo que no cabe tampoco apreciar la conducta omisiva.

Por autores en esta figura delictiva debemos entender los comprendidos en los números 1º, y 3º del artículo 14 del Código Penal, es decir, los que toman parte directa en la ejecución del hecho y los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado. Mayor dificultad ofrece el número 2.º del mismo artículo 14, por ser de complicada apreciación la participación ideal en la riña de aquella persona que induce a otro a reñir.

Se hace imposible hacer una valoración de la complicidad, pues la figura del cómplice prácticamente carece de relevancia jurídica debido al riguroso objetivismo que rige en este tipo delictivo, ya que el que coopera deberá hacerlo con un dolo específico de reñir.

En cuanto a los encubridores, serian valorables los del numero 2.º del artículo 17 del Código Penal, aquellos que ocultan los medios del delito para impedir su descubrimiento. No cabe duda tampoco de la posibilidad del encubrimiento entre parientes del artículo 18 del Código Penal.

La pluralidad de sujetos de la riña no supone una asociación, y que la participación es meramente material y no ideal. Toda conducta que vaya orientada a favorecer a un autor ha de ser dinámica y activa, pues el tipo recogido en el artículo 408 hace imposible la valoración de la conducta omisiva.

La doctrina jurisprudencial mantiene que si existe acuerdo para matar en una riña tumultuaria, todos los partícipes responden como autores. Se sostiene que esta postura jurisprudencial no puede aceptarse en toda su extensión porque entiende que la teoría del concierto o acuerdo previo es falsa. Pero, sigue diciendo, si se tiene la seguridad de que todos los partícipes realizaron actos ejecutivos y se desconoce solo quien realizo materialmente el hecho, todos son coautores.

El tema de los concursos está referido al carácter subsidiario de la riña tumultuaria en relación al delito de homicidio o de asesinato o parricidio, ya que siendo conocido el autor de la muerte se ha de atender a las figuras delictivas indicadas, siempre que concurren los elementos necesarios para tal calificación, con lo que la muerte en riña tumultuaria de autor desconocido, constituye un notable privilegio frente al homicidio del artículo 407 y frente al asesinato y al parricidio, cuya penalidad es superior a la del artículo 408.

Si se conoce el autor no es de aplicación el artículo 408. Más, si el que causo lesiones graves tenía intención de matar, deberá calificarse el hecho de homicidio en grado de tentativa o frustración, de lo contrario existiría un

concurso ideal del artículo 71 entre homicidio frustrado o en tentativa y homicidio en riña tumultuaria, contrario al sentido de la ley. Sigue diciendo este autor que la mayor desventaja de la fórmula adoptada por el Código Penal reside en los resultados injustos a que conduce la subsidiariedad, ya que si el autor del homicidio es descubierto una vez recaída la condena por el artículo 408, no hay otro posible correctivo que la vía de gracia. Sin embargo, esto último no es correcto, porque atendiendo al artículo 954-4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podría haber lugar a un recurso de revisión.

Con referencia al concurso de delitos, cuando son varios los muertos o muertos y lesionados, puede haber un concurso real de dos o más homicidios en riña tumultuaria, o si se trata de homicidio y lesiones, entre homicidio en riña tumultuaria y lesiones del artículo 424 o del 583-7º, siempre y cuando hayan sido realizados por la misma persona.

Estaríamos en presencia de un concurso real en aquellas hipótesis en que uno de los que interviene y causa lesiones graves, aprovecha la ocasión disparando el arma contra su enemigo que ocasionalmente pasa por las cercanías de la lucha sin intervenir en ella. En este caso habría que apreciar un concurso real de homicidio en riña y un homicidio simple del artículo 407. También habría lugar a este tipo de concurso en el caso de quien participando en riña, se apodera de un objeto de valor que ve en el suelo con ánimo de apropiárselo: concurso real de homicidio en riña y apropiación indebida. También puede darse en el que participa en riña y causa de propósito daños materiales en bienes muebles o inmuebles, si bien el sujeto que participa debe ser autor conocido de lesiones graves o violencias.

Quien utiliza la riña como medio de atentar contra la propiedad ajena, podrá ser reo de un delito contra el patrimonio con la agravante de astucia, porque se vale de la situación caótica de la riña para pasar desapercibido.

Para los que causan lesiones graves la pena prevista es la de prisión mayor, y para los que ejercen violencias es de prisión menor.

La regulación punitiva de la conducta tipificada en el artículo 408, se ha obtenido de la conjunción de dos elementos en pugna, el de personalidad de la pena o estricta culpabilidad personalista que exige que nadie sea penado por razones de proximidad o aproximación locales, parentales o comisivas, imputándoles actos que no ha cometido, y el deseo de que ningún delito quede a priori impune, aunque esto conlleve el riesgo de que se castigue como autor al que no lo es o puede no serlo. La penalidad prevista de prisión mayor para el resultado de muerte aplicable al causante de lesiones graves, es decir, la inferior en grado a la de reclusión menor asignada al homicidio, está perfectamente coordinada con este. También en el caso de los artículos 424 y 583-7' del Código Penal, la pena es ciertamente inferior a la correspondiente a las lesiones sufridas

El artículo 408 encierra en su seno una presunción de causación de la muerte. El legislador español no pune a los autores de lesiones graves o violencias porque presume que han causado la muerte, sino más bien porque han realizado lesiones graves o ejercido violencias en una riña y de tanta gravedad que en ella se ha causado una muerte. No se castiga, según en atención a una presunción, sino sencillamente porque ha quedado perfectamente probado quien es el autor de las lesiones o de las violencias, de tal forma que si esto último no se da, no puede decirse que las conductas sean punibles.

Así pues, debemos concluir que el legislador establece una pena inferior a la correspondiente a los delitos descritos, debido a que no es conocido el autor y hay que operar en base a presunciones de culpabilidad.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil, consumado el delito configurado en el artículo 408, se hace necesario determinar el alcance de la responsabilidad civil deducida de la criminal, a tenor de lo establecido en el artículo 19 del Código Penal. Se estima que es de escaso interés en nuestra dogmática, no lo son sus efectos prácticos, sobre todo si tenemos en cuenta que por unas simples violencias en el supuesto de que se desconozca a los que causaron las lesiones graves, se le puede imponer una indemnización por muerte

en cuantía igual a si hubiese cometido un homicidio doloso, lo cual no solo es una incongruencia sino una notable injusticia.

Una vez analizado dogmáticamente este precepto del Código Penal, se puede hacer un estudio de la presunción de inocencia con referencia a esta figura delictiva, y ver de qué forma le afecta este derecho constitucional.

Nuestra Constitución de 1978 proclama como dogma el de la presunción de inocencia, que es un derecho fundamental de la persona, tanto por su mismo nomen como por su ubicación entre los preceptos constitucionales.

Según se observa, hay que llegar a la conclusión de que cualquier tribunal, de cualquier orden, también del penal por dos en la Constitución, deberá aplicar directamente esta y atribuir al derecho fundamental de que se trata la totalidad de su eficacia.

Por su parte, Díaz Palos dice que no cabe duda en torno a la posibilidad de revisión casacional que la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene en orden a la aplicación de la presunción de inocencia, a condición de que no afecte al principio de libre valoración de la prueba.

Hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, que sostiene que la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos». «Al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción ha quedado desvirtuada», estimación que «ha de hacerse respetando el principio de la libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de Instancia. Es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales».

Con la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1982 aparece el cauce casacional para la invocación del precepto constitucional. Este cauce es

el artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y así se reitera en la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1982.

De la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo podemos destacar lo siguiente: la valoración de pruebas corresponde al Tribunal de Instancia, sin mengua de la actividad del artículo 24-2 de la Constitución española referido a la presunción de inocencia, para cuya comprobación el cauce adecuado es el artículo 849-2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acudiendo a la aplicación directa del texto constitucional por obra de su artículo 53.

La presunción de inocencia influye en la actividad probatoria, puesto que la inocencia de cualquier persona acusada o sospechosa de delito debe ser tenida por cierta salvo prueba en contrario. Este derecho subjetivo público deroga o condiciona la interpretación de cualquier norma que establezca presunciones directa o indirectamente encaminadas a restringir el valor de aquella o dispongan discriminaciones que tienen como fundamento una culpabilidad presunta antes que una presunta inocencia.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental contenido en la Constitución. Sin embargo, no existe en el Derecho positivo español una proclamación expresa del principio de culpabilidad con rango constitucional. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, el párrafo primero del artículo 1 del Código Penal dispone que «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley», añadiéndose que «no hay pena sin dolo ni culpa». De este modo, el principio de culpabilidad se proclama en forma incompleta, por referencia al dolo y a la culpa y no a la imputabilidad y a la exigibilidad.

El derecho a la presunción de inocencia es de aplicación inmediata y puede ser invocado y restablecido dentro de la jurisdicción ordinaria a través de los recursos de apelación y casación, al ser un derecho que surge de la Constitución. La presunción de inocencia responde a un propósito político inspirado en el principio de dignidad de la persona humana.

Se puede definir la presunción de inocencia como el derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que esta investido toda persona física acusada de un delito y consistente en desplazar sobre la parte acusadora la carga cumplida de los hechos de la acusación viniendo obligado el juez o tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar. El titular es aquella persona acusada de una infracción penal. La presunción de inocencia no afecta a toda pretensión procesal, sino únicamente a las que son propias del proceso penal, puesto que esta presunción tiene sentido en el campo de la acusación correspondiente al proceso penal. Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos, pero obliga de forma particular a los Tribunales de justicia, a la vista de los artículos 53-1 .o y 117-3.º de la Constitución española.

En relación con la extensión del derecho a la presunción de inocencia surge el problema de la posible inconstitucionalidad de las presunciones inversas -de culpabilidad- contenidas en el Código Penal. En este sentido, se pueden mencionar entre otros el artículo 226 del Código Penal, referente a los padres, tutores o guardadores de los menores de 16 años, que supone una inversión de la carga de la prueba contraria a la presunción de inocencia. También hay presunciones contrarias a la inocencia en el artículo 502 del Código Penal, en relación con los robos ejecutados en cuadrillas; el artículo 546 bis, que impone una agravación a los receptadores habituales; o el artículo 483, que supone la agravación al reo de detención ilegal que no diera razón del paradero de la persona detenida o no acreditara haberla dejado en libertad.

La prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia tiene que tener lugar con posterioridad al nacimiento del derecho. La presunción, como derecho subjetivo, no puede actuar hasta el momento en que es susceptible de ser violado.

El derecho a la presunción de inocencia tiene una existencia temporal. Nace con la pretensión acusatoria y a partir de la sentencia puede entrar en su fase de ejercicio a instancia del titular, pretendiendo el reconocimiento del derecho. El condenado dispone de medios jurídicos para hacer valer este derecho. En sede jurisdiccional ordinaria, puede invocarlo mediante recursos de apelación o casación en su caso.

Pero el medio de ejercicio propio es el recurso de amparo constitucional. En este caso, la dificultad radica en hacer compatible el control de este derecho subjetivo por

parte del Tribunal Constitucional con la potestad de los Tribunales ordinarios de valorar la prueba practicada en el proceso penal. En el supuesto del derecho a la presunción de inocencia, la legitimación para el recurso de amparo esta atribuida al condenado y al defensor del pueblo.

La función de control atribuida al Tribunal Constitucional debe hacerse con un doble límite : a) respetando el principio de libre valoración de la prueba por parte del Tribunal de Instancia, y b) respetando la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso. El derecho a la presunción de inocencia es una nueva regla de valoración de la prueba que, además de ser mandato constitucional, responde a unas objetivas necesidades de racionalidad y de garantía del ciudadano frente al posible arbitrario proceder de los tribunales de Instancia.

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, sometida a demostraciones en contrario, que ha de tener la virtualidad suficiente como para no permitir duda alguna sobre el hecho de que quien aparece en el procedimiento como acusado, inculcado o reo de algún delito, ha sido autor de los hechos tipificados como constitutivos de infracción penal.

Por lo que respecta al principio *in dubio pro reo*, hay que hacer constar que conforme a dicho principio, el juez penal no puede condenar por un hecho que, según su libre convencimiento, posiblemente no es punible. Lo que ocurre es que, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, los hechos excluyentes deben quedar probados con la misma certeza que el hecho constitutivo. Podemos formular el principio diciendo que la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia, o como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980, a considerarlo como un principio que posibilite el que la prueba de la inocencia equivalga a la no prueba de la culpabilidad.

La constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia supone la plena positivación de un derecho, a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios y su elevación al rango de derecho fundamental de los encomendados al amparo del Tribunal Constitucional.

El derecho a la presunción de inocencia supone que mientras no se pruebe a un sujeto que ha llevado a cabo un delito, debe quedar exento de toda pena. Este derecho puede ser vulnerado por actos de diversa naturaleza. La vulneración puede resultar de resoluciones judiciales o incluso de los propios preceptos legales.

Las resoluciones judiciales pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia siempre que, sin haberse probado que una persona ha cometido un delito, se le imponga una pena. Para poder afirmar que se ha probado que una persona ha cometido un delito es preciso: a) que se haya practicado una prueba; b) que tal práctica haya cumplido las exigencias formuladas por la ley; c) que el juzgador haya valorado debidamente la prueba practicada. Deberá entenderse que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia si deja de concurrir alguno de estos tres requisitos. El modo o forma en que el tribunal debe apreciar la prueba practicada resulta del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Haciendo referencia a la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la presunción de inocencia, existen algunas sentencias significativas.

Así, la sentencia de 26 de septiembre de 1984 señala que el principio de presunción de inocencia, consagrado por el artículo 24-2 de la Constitución, perfectamente compatible con el principio de soberanía en apreciación de la prueba conferido al Tribunal de Instancia por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solo requiere para su prosperabilidad la falta de una mínima actividad probatoria o una penuria de prueba, que han de decantarse en favor de aquella presunción y que hoy en día encuentra su robustecimiento en el campo de la culpabilidad conforme a la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 1 del Código Penal.

La sentencia de 24 de octubre de 1984 señala que el cauce adecuado para el recurso es el número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y continua diciendo que «dada la naturaleza del precepto que la ampara (artículo 24-2 de la Constitución), su análisis y estudio debe realizarse aunque se articule al amparo del número primero de dicho artículo 849, e incluso ser susceptible de aplicarse de oficio...».

Una reflexiva crítica sobre el nuevo derecho constitucional plantea que se ha minimizado su significado y contenido, pues su aplicación entera y completa iría mas allá de un mero criterio o actitud en la exigencia y valoración de la prueba en el proceso penal, a la hora de dictar sentencia.

A la hora de crear o modificar las leyes, la presunción de inocencia debería tener operatividad vetando por ejemplo los delitos de sospecha. Delitos como los previstos en los artículos 408, 483 párrafo último y 485 del Código Penal, son ejemplos de lo que se conoce como delito de sospecha. Estos delitos deberían ser declarados inconstitucionales por conculcar la presunción de inocencia. Efectivamente, si en determinados tipos legales se prevé una pena para un sospechoso (no culpable), su aplicación significaría castigar a un ciudadano por un hecho cuya comisión o autoría no ha sido probado, y si la presunción de inocencia dispone precisamente lo contrario, existe una colisión de normas en la que debe prevalecer la superior. Así, en el artículo 408, homicidio en riña tumultuaria, se castigaría al autor de las lesiones inferidas al fallecido aunque se demostrara que estas no tenían ni la gravedad ni el carácter mortal.

En el momento de aplicación de la norma, hay que considerar a la presunción de inocencia como criterio interpretativo de la ley sancionadora, que debe sumarse a las modalidades interpretativas que prevé el artículo 3 del Código Civil, y en coherencia además con la exclusión de la analogía para las leyes penales prevista en el artículo 4 también del Código Civil.

El campo penal es el ámbito tradicional de aplicación del derecho a la presunción de inocencia. A pesar de la constitucionalización de este derecho, no se han empleado todas las posibilidades que ofrece la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución. En efecto, si esta Disposición establece que se derogan todos los preceptos legales que se opongan a la Constitución, tal derogación debe afectar a todos aquellos preceptos penales que de alguna forma se opongan al derecho a la presunción de inocencia. No puede dudarse de la necesidad de suprimir del Código Penal todos aquellos preceptos que violen este derecho. Así, se pueden señalar los artículos 15 bis (directivo u órgano de una persona jurídica que responde personalmente aunque no concurren las condiciones para ser sujeto activo del delito), 216 (cuando no hay jefes

conocidos en una rebelión) y 257 (no se conocen los jefes de los depósitos de armas no autorizados), 227 (no se descubren los autores de rebelión o sedición), 315 (quien tuviera instrumentos de falsificación y no diere descargo sobre su adquisición), 408 (homicidio en riña tumultuaria), 424 (lesiones en riña tumultuaria), 483 (reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida), 485 (encargado del menor que no lo presente a sus padres o guardadores) 583-7.o (lesiones menos graves en riña tumultuaria), 502-2.º (malhechores presentes en un robo en cuadrilla). Por lo que hace referencia a los delitos llamados de sospecha, esto es, los artículos 408, 424, 483, 485 y 583-7.º, hay que decir que este tipo de delitos no pueden dar lugar a la condena de ninguna persona que sea acusada de ellos, pues hay que estimar que son inconstitucionales en base a que la sospecha, indicios, conjeturas o posibilidades no constituyen prueba de que el ilícito fue cometido por un sujeto determinado y no pueden derivarse consecuencias jurídicas desfavorables para el procesado si se prueba, o mejor dicho, si no se prueba que este cometido el delito. Además, su aplicación significaría castigar a un ciudadano por un hecho cuya comisión o autoría no ha sido probada.

Si nos centramos en concreto en el homicidio en riña tumultuaria, vemos que al desconocer el autor de un homicidio, se castiga a los causantes de lesiones graves, y, subsidiariamente, a los que hubieran ejercido violencia en la persona del ofendido. Esta figura supone la vulneración del principio de personalidad de la pena, constituye una figura anómala, un delito en el que se establece una responsabilidad en cascada o descendente pues se desconoce la identidad del verdadero autor. El Proyecto de 1980 simplificó la figura, castigando no un homicidio en riña tumultuaria sino, más bien, la agresión en riña tumultuaria a una persona que luego resulta muerta o con lesiones sin que conste el autor. Pero esta redacción no eliminó la consideración de este tipo como delito de sospecha.

Si analizamos el precepto, vemos que el artículo 408 del Código Penal es inconstitucional por conculcar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues se imputa a una persona la muerte de otra sin prueba alguna, dependiendo además tal imputación de que se sepa o no quien mató. La solución adoptada en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal parece correcta, al obviar las actuales previsiones constitucionales, pues castiga la participación en riña «utilizándose medios o

instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas o, acaezca o no la muerte.

Hay que entender que la totalidad de las regulaciones preconstitucionales de regulación de los derechos fundamentales contrarias a la regulación constitucional han quedado directamente derogadas por la promulgación de la Constitución, a tenor de su disposición derogatoria, sin que resulte precisa una declaración expresa de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. La derogación puede ser comprobada por el juez que este entendiendo el caso, incluso de oficio, por virtud de la regla *iura novit curia*, y no precisa la entrada en juego del Tribunal Constitucional. Esto supone que los jueces penales estén sometidos a la eliminación de tipos penales contruidos por leyes anteriores que sean incompatibles con los derechos fundamentales proclamados en la Constitución.

El problema es distinto respecto de las leyes posteriores a la Constitución, que al regular los derechos fundamentales o incidir sobre los mismos puedan incluir preceptos inconstitucionales. Cabe preguntarse si en estos supuestos perderá el juez ordinario la posibilidad de aplicación directa de la Constitución y si deberá plantear ante el Tribunal Constitucional previamente la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes. Utilizando como parámetro el texto constitucional, hay que observar si con ocasión de aplicación de la Constitución se aprecia que la ley de desarrollo de la misma no la contradice. Si esto es así, se aplicaran simultáneamente observando la superioridad de rango de la Constitución. Si se estima que la ley no respeta el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, el tribunal deberá atenerse a dicho contenido esencial para dispensar el amparo. Fuera de este supuesto de tutela directa de los derechos fundamentales, habrá que aplicar la regla común sobre el monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Analizando la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución, observamos que tiene un alcance claro: la derogación se entiende producida para todas aquellas normas que regulaban de una manera distinta a la Constitución aquellas materias en que esta es de indiscutible aplicación directa. El efecto derogatorio implica que cualquier aplicador del Derecho ha de concluir en la falta de vigencia de las normas anteriores y

ha de proceder a la aplicación directa de los preceptos constitucionales. No hay ninguna necesidad de remitir la cuestión de la contradicción entre norma anterior sobre dichas materias y norma constitucional al Tribunal Constitucional. El texto del artículo 163 de la Constitución es básico: el juez ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sólo «cuando considere en algún proceso que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución»>. Esto presupone la vigencia de la ley de que se trate en el caso, y excluye la posibilidad de aplicar esta mecánica respecto de las normas derogadas ya de manera formal. No se debe convertir un problema de derogación en un problema de inconstitucionalidad.

En última instancia, y para establecer la diferencia entre leyes preconstitucionales y leyes postconstitucionales, podemos hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, que textualmente viene a decir lo siguiente: «Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad»>. Como se observa, esta sentencia es clave para diferenciar normas anteriores y normas posteriores a la Constitución.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, cabe preguntarse por qué todos esos artículos que hemos mencionado del Código Penal no han sido derogados después de la Constitución, y por qué se han seguido dictando sentencias manifiestamente contrarias al derecho constitucional de presunción de inocencia, en particular por lo que respecta al homicidio en riña tumultuaria, del que podemos mencionar las sentencias de 29 de marzo de 1984, 14 de abril de 1984; 30 de octubre de 1984 o 17 de diciembre de 1984, todas ellas posteriores a la Constitución, y en contra de la presunción de inocencia.

Sin embargo, existen una serie de sentencias del Tribunal Supremo referidas al delito de receptación, otro de los afectados por el derecho de presunción de inocencia, en las que si se atiende a este derecho y se deja fuera de aplicación la presunción de culpabilidad. En este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1985, mantiene que «al impugnar la presunción legal de habitualidad contenida en el artículo 546 bis b) plantea el alcance de la reforma parcial y urgente del Código Penal por la ley 8/83 de 25 de junio, al proclamar que no hay pena sin dolo ni culpa, en cuanto es una derivación del principio de presunción de inocencia, si inocencia y culpabilidad son términos contrarios, en la misma medida que se destruya la primera ocupara su lugar la segunda», y más adelante señala que no es aventurado afirmar que el precepto en examen adolece ya inicialmente de inconstitucionalidad sobrevenida, con posibilidad de, declararla por los tribunales ordinarios». Del mismo modo, la sentencia de 28 de mayo de 1985 señala que no puede hacerse valer la presunción iuris et de iure de habitualidad del artículo 546 bis b) porque este precepto pugna con el principio de culpabilidad constitucionalmente afirmado e inspirador de la reforma introducida por la ley de 25 de junio de 1983». Por su parte, la sentencia de 22 de octubre de 1985 mantiene que o la presunción de habitualidad que el artículo 546 bis b) contiene, ha de considerarse de por si totalmente inconstitucional si se quiere que el Estado de Derecho se conforme sobre principios seguros en los que las presunciones de culpabilidad nada tienen que hacer en buena garantía jurídica, artículo 24.2 de la Constitución»; y la sentencia de 23 de octubre de 1985 dice que la presunción de habitualidad o se halla en contradicción con el elemental principio de culpabilidad según el cual esta no puede presumirse, sino que ha de ser probada y además con el principio de presunción de inocencia enunciado en el artículo 24.2 de la Constitución, por lo que la presunción equivale a una derogación tacita de dicho precepto en tanto en cuanto se muestra contraria o incompatible con los preceptos constitucionales citados que deben prevalecer sobre el mismo que resulta inaplicable por inconstitucionalidad sobrevenida». La sentencia de 21 de diciembre de 1985 mantiene que es una «singular presunción que... hoy merece la más decidida censura y proscripción por su abierta y frontal oposición al principio culpabilístico enseñoreado en el artículo 1.º del Código tras la reforma operada por Ley 8/83 de 25 de junio. Sólo el dolo o la culpa pueden servir de fundamento a cualquier resolución condenatoria... Supone a la vez, una vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado y

garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución, el cual adquiere el rango y la significación de norma directa, invocable como garantía constitucional, con fuerza impositiva sobre todos los poderes públicos». También señala esta misma sentencia la primacía constitucional sobre el ordenamiento precedente y optar por el efecto abrogador dimanante de la Disposición Derogatoria de la Constitución que, establece la derogación de cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en la misma».

Se puede analizar también la regulación de esta figura delictiva en los diferentes Proyectos de Reforma del Código Penal, en concreto el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983. Por lo que se refiere al Proyecto de 1980, suponía un esfuerzo a medias de remediar los defectos que actualmente plantea la regulación de este delito. Se sustituía la responsabilidad en cascada vigente por una responsabilidad subsidiaria. Se seguía operando en este Proyecto en base a una presunción de culpabilidad con todos los defectos que ello acarrea. En la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, se dice que en el Libro II se produce la adaptación definitiva de la Ley Penal a la Constitución, tanto en su aspecto orgánico como dogmático, dotando de protección penal tanto a las instituciones constitucionales como a los derechos fundamentales. Establece el artículo 154 de este Anteproyecto que «Quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses». Con esta redacción desaparece la presunción de culpabilidad y se adapta a los principios constitucionales.

El precepto goza de una mejor ubicación, puesto que se encuentra en las disposiciones comunes a los títulos anteriores, entre los que se halla el homicidio y sus formas.

Se configura este artículo como un delito de peligro contra la vida e integridad corporal, en el que se castiga la riña con independencia de las conductas individuales de cada participante. Es un delito de peligro que supone que la sola participación en riña se rige por el principio de equivalencia de las causas. Quedan a cargo de todos los copartícipes en la riña las consecuencias que en ella se producen, suprimiéndose el

anterior principio de presunción que tan conflictivas situaciones proporciona. Se incluye en este precepto la valoración de los medios peligrosos empleados, es un elemento de gran interés pues puede ser indiciario de la intensidad criminal del sujeto y de los fines a que viene subordinado. Con esta redacción se pierde la actual, imperfecta y anómala figura de delito de sospecha, cuya existencia se hace depender de dos condiciones objetivas de punibilidad: presunción de muerte y desconocimiento del autor. La nueva figura del Anteproyecto permite castigar la riña per se, adecuando el grado de la pena a la culpabilidad del sujeto, e identificándose con el principio de personalidad de las penas y con el de culpabilidad, que actualmente se consideran inviables. La responsabilidad civil se reparte entre todos al ser ya un delito colectivo. El modelo del Anteproyecto presenta un delito de peligro condicionado a un resultado, cual es poner en peligro la vida o la integridad corporal, pues, de otro modo, no sería punible.

## **X. SUPUESTOS ESPECIFICOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

La jurisprudencia constante en el delito de homicidio, ha venido perfilando a lo largo de los años las dualidades surgidas en torno al mismo.

### **a. COMISIÓN POR OMISIÓN**

En relación a la conducta delictiva ha venido admitiendo la comisión por omisión del mismo en casos, donde existió omisión del deber de cuidado de la persona gravemente enferma que el autor tenía a su cargo, o de aquella madre que no impidió las agresiones del padre contra su hija de dos años, con el manifiesto consentimiento y conocimiento de ésta (Sentencias del Tribunal Supremo 20/02, de 22 de enero y 1286/97, de 27 de octubre).

## **b. AUSENCIA DE ALEVOSIA**

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de noviembre de 1958, se ocupa del siguiente caso: El procesado, "en acción rápida e inopinada que impidió que el ofendido pudiera darse cuenta, saco una pistola de la que iba provisto e hizo dos disparos contra el Belarmino que no hicieron blanco y al oír tales disparos el acometido se volvió, estando en el mismo plano, distancia y de frente al procesado, haciéndole el procesado rápidamente otro tercer disparo que alcanzo a Belarmino penetrando le la bala por la región inframamaria derecha, cayendo la victima desplomada y falleciendo a los pocos momentos".

La dificultad del supuesto de hecho objeto de esta sentencia reside en lo siguiente: El agente dispara alevosamente dos tiros que no alcanzan a la víctima; al disparar el tercer tiro, el que mata, el que hace que el delito se consume, ha desaparecido la alevosía. ¿Qué hacemos en un caso así castigamos por homicidio, o por asesinato, o por asesinato frustrado en concurso con homicidio consumado?.

Se han apuntado tres posibles soluciones -homicidio, o asesinato, o concurso.

A favor de punir por homicidio consumado se declara la mencionada decisión del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1958, casando así la sentencia de is Audiencia que había condenado al procesado como autor de un delito de asesinato del artículo 406, circunstancia 1ª del Código penal.

Abogan por esta solución, más que los argumentos positivos, los negativos, a saber: la inviabilidad que aparentemente presentan las otras dos alternativas posibles. Castigar por asesinato consumado supone desconocer que al fin y al cabo, no se mató alevosamente, supone desconocer que el culpable de la muerte no mato con alevosía. La otra posibilidad, la de hacer entrar en juego un concurso, ofrece también, a primera vista, serias objeciones: pues es anómalo una doble imputación de muerte con una única víctima; y además imputar al autor dos delitos contra la vida -uno frustrado y otro consumado- llevaría, al tener que aplicarse las reglas del concurso, a una pena

evidentemente excesiva: esta doble calificación concursal, repugna a nuestra sistemática de aplicación de penas.

En pocas palabras y resumiendo: Negativamente, la tesis del homicidio tiene en que apoyarse; pues si solo hay tres posibilidades imaginables de solución y dos de ellas (asesinato y concurso) son descartadas, ya no hay donde elegir: hay que inclinarse por la única solución que aún queda en pie: la de castigar por homicidio consumado.

Pero a esta tesis se le presentan las problemas cuando lo negativamente fundamentado se intenta argumentar positivamente. Veamos como lo hace el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 12 de noviembre de 1958, aun cuando no cabe desconocer que los dos primeros disparos han sido hechos hacia la víctima rápida e inopinadamente, sin que esta pudiera darse cuenta, la circunstancia de no haber sido alcanzado el acometido con ninguno de esos disparos, aleja toda creencia de obrar a traición y sobre seguro por cuanto al ruido de las detonaciones se vuelve el agredido enfrentándose con quien disparase que le hace rápidamente el tercer y mortal disparo, porque en estos últimos momentos del suceso que son los que dan realidad punible al hecho de autos sancionado no se aprovechaba el agresor de ventaja alguna buscada de propósito, estando va prevenido el agredido no obstante la rapidez del ultimo disparo.

En este Considerando se contienen dos argumentos con los que se trata de demostrar, no por la vía de descartar las otras dos soluciones posibles, sino por la de exponer lo que habla a favor de la tesis del homicidio aisladamente considerada, que lo que procede es castigar en base al artículo 407. Ninguno de los dos argumentos jurisprudenciales convence.

Por lo que al primer argumento se refiere, no se entiende bien como es posible afirmar, primero, que no cabe desconocer que los dos primeros disparos han sido hechos hacia la víctima, rápida e inopinadamente, sin que esta pudiera darse cuenta, esto es, no cabe desconocer que los dos primeros disparos han sido hechos a traición, y sobre seguro, y, a continuación, desconocer lo que no cabía desconocer la circunstancia de no haber sido alcanzado el acometido, con, ninguno de esos disparos esto es, los hechos a traición y sobre seguro, aleja toda creencia de obrar a traición y sobre seguro. Pero no es solo que la primera frase citada de la sentencia sea

incompatible con la segunda es que, además, en esta segunda frase se contiene un razonamiento sumamente raro. Pues la circunstancia de que los dos disparos hechos a traición y sobre seguro no alcanzaron a la víctima, solo aleja, una creencia, la de que fueron estos tiros los que mataron pero esa circunstancia no sirve para que esos dos primeros disparos se esfumen en el mundo del no ser, como parece pensar el Tribunal Supremo cuando niega que haya habido comportamiento alevoso.

El segundo argumento de la sentencia de que estos últimos momentos del suceso, los momentos del disparo no alevoso, son los que dan realidad punible al hecho de autos sancionado equivale a afirmar que dos tiros alevosos que no dan en el blanco no son realidad punible, que eso es un hecho ajeno a todo juicio penal de desvalor.

Contra esto hay que decir: Si un asesinato frustrado no es una realidad punible, entonces es que el artículo 3.º del Código penal no está en el Código penal.

La tesis del homicidio no solo fracasa porque los argumentos que en su favor se aducen son insatisfactorios; fracasa, también, porque no está en situación de hacer frente a estas dos objeciones.

Primera objeción: El primer sorprendido sería, sin duda, el mismo autor del delito si, después de haber realizado los dos fallidos disparos alevosos, se le dijese: "Ahora ya te da lo mismo disparar que no disparar; puedes matar a tu víctima impunemente (entendiendo impunemente en su sentido literal y estricto). Por muy sorprendido que se quedase el delincuente: la tesis del homicidio lleva a esa consecuencia de que al autor le es lo mismo, a efectos de pena, matar que no matar.

Pues la pena de reclusión menor que se le impone por homicidio consumado si realiza el tercer disparo no alevoso, se la ha ganado ya con los dos tiros que si fueron alevosos, esto es: con el asesinato frustrado.

Segunda objeción: Calificar de homicida al que dispara dos veces alevosamente y mata, finalmente, sin alevosía, es equiparar a este sujeto con el que "solo" es homicida desde un principio y durante todo el proceso que desemboca en la muerte de la víctima; o sea: es equipararle con el sujeto que no actuó con alevosía ni en los dos primeros disparos fallidos ni en el último mortal.

Se ha afirmado que el apoyo más sólido lo encontraba la tesis del homicidio en una consideración de orden negativo: en la consideración de que era la única que ofrecía una salida, dado que ni la tesis del asesinato ni la del concurso parecían viables. Pero ahora hemos llegado a otra conclusión ulterior que complica el problema: la tesis del homicidio no ofrece tampoco una salida. Como evidentemente son estas tres soluciones las únicas imaginables calificaciones del supuesto de hecho objeto de nuestro estudio, es preciso volver a examinar las dos primeramente descartadas, para ver si no lo han sido precipitadamente.

Tesis del asesinato. Conocemos ya una objeción contra ella que no es posible castigar por haber matado con alevosía a quien ocasiono la muerte cara a cara. Todavía es posible oponerla un reparo más: Si la tesis de castigar por asesinato consumado en estos casos fuese correcta, y volviésemos a tener oportunidad de hablar con el agente después de los dos disparos alevosos fallidos, quizás le sorprenderíamos, otra vez, con lo que ahora habría que decirle. Que sería esto: "Ahora te da lo mismo que tu tercer tiro sea también alevoso o que esta última vez dispares sin cobardía; no tienes escapatoria: en cualquier caso se lo va a castigar por asesinato consumado".

Con ello, la tesis del asesinato hace iguales al que conserva hasta el final su maldad asesina, matando alevosamente, y al que, en última instancia, rebaja su ánimo criminal y mata sin que concurra la circunstancia cualificativa de asesinato. En este punto dejamos la tesis del asesinato. Pero no para siempre: aun vamos a tener que volver a ella una tercera vez. Pues frente a estas objeciones es posible alegar una sólida defensa que, no obstante y en última instancia, tampoco puede prevalecer.

Tesis del concurso. En realidad, la tesis del concurso encierra, a su vez, tres posibilidades: entre el asesinato frustrado y el homicidio consumado puede haber un concurso de leyes, o bien pueden figurar ambos delitos en concurso real, o bien, por último, concurrir idealmente.

La tesis de aplicar el concurso real (entre asesinato frustrado y homicidio consumado) al supuesto de hecho que nos ocupa no es sostenible ni en su fundamentación ni en sus resultados.

a) Por lo que se refiere a su fundamentación, hay que tener en cuenta que el concurso real exige que el sujeto haya cometido dos acciones independientes (esto se deduce de la definición del artículo 69 en relación con la del párrafo primero del artículo 71). Por eso no existe concurrencia material en casos como el que sirve de base a la sentencia de 12 de noviembre de 1958; pues ahí solo existe una acción.

No es posible decir que cada disparo constituye una acción por si misma. Como no es posible decir que el que hurta las frutas de un árbol dándole sacudidas, realiza una acción cada vez que agita el tronco y que, por ello, hay que castigarle por tantos hurtos (en concurso real) como sacudidas dio y no por un único hurto de una cuantía equivalente a la totalidad de las frutas sustraídas. Sería incompatible con el concepto de acción, dividir en estadios, mediante cesuras arbitrarias, este proceso fluido que no solo es dirigido por una voluntad unitaria de acción, sino que representa una progresiva realización de la voluntad. A este argumento hay que añadir, además, este otro: una concepción que vincule el calificativo de acción a cada movimiento corporal esta irremediamente condenada al fracaso. Pues ya podemos tomar el movimiento corporal que queramos: siempre podremos dividirlo en dos movimientos corporales aún más breves; y así sucesivamente ad in finitum: la nueva subdivisión nos hará ver, cada vez, que aún no habíamos alcanzado la unidad de acción independiente buscada.

Hasta aquí los argumentos de por qué el asesinato frustrado y el homicidio consumado no constituyen dos acciones y, por ello, no pueden figurar en concurso real.

Pero no es solo en su fundamentación donde la tesis del concurso real se presenta inadmisibile; mas inadmisibile aún lo es en sus resultados. Se pensaba evidentemente en el concurso real cuando hacía referencia a la "imposibilidad de esta doble calificación que repugna a nuestra sistemática de aplicación de penas". Y es que, en efecto, si se aplican las reglas del artículo 70, la pena es insatisfactoriamente excesiva. Que ello es así, lo demuestra la siguiente consideración. Si castigamos por un concurso real de asesinato frustrado y homicidio consumado, entonces el juez, al

imponer la pena, ha de moverse dentro, del siguiente marco punitivo: de veinticuatro años y dos días a treinta - años (art. 70). Por ello, de aceptarse esta tesis, lo que le interesa al delincuente que ha fallado dos tiros alevosos es disparar el tercero también con alevosía, pues entonces se le castiga, por asesinato consumado, a una pena cuyo marco va, si -como en el caso que comentamos- no concurren agravantes, de veinte años y un día a treinta años. Mientras que si en el último disparo prescinde de la alevosía, el, "premio" que recibe por ello es el de aumentársele el límite mínimo de punición en cuatro años y un día.

Rechazada la tesis del concurso real, queda por examinar si la aplicación del concurso de leyes o del ideal está en situación de resolver satisfactoriamente el problema planteado.

De modo general se puede decir que existe concurso de leyes cuando un mismo hecho constituye dos delitos y se da la circunstancia de que con la sola aplicación de un tipo penal queda totalmente agotado el juicio de desvalor. Concurso de leyes existe, por ejemplo, entre el robo del artículo 501, número 5, y el delito de coacción. El que se apodera del dinero de otro amenazándole con una pistola está realizando un hecho que es subsumible en dos tipos distintos: roba y coacciona al mismo tiempo. Pero el desvalor de su comportamiento queda agotado por completo castigándole únicamente por robo; pues el legislador ya ha tenido en cuenta, en el 501, número 5, que el hecho allí tipificado va acompañado de coacciones; por eso no es posible castigar al autor, además, por este último delito: aplicándole el tipo del robo no queda ya ningún "cabo suelto" que haya que someter a un ulterior juicio desvalorativo.

En cambio, existe concurso ideal cuando ninguno de los dos tipos infringidos agota totalmente el desvalor del comportamiento. Pensemos en el funcionario público que abre una carta y se apropia de su contenido. Si aplicamos el artículo 192 abarcaremos un trozo del desvalor de su acción: la violación del secreto de correspondencia; pero nos quedara un "cabo suelto" que no ha sido tenido en cuenta al imponer la pena: el "cabo suelto" de la lesión de la propiedad. Si, por el contrario, solo le castigamos- por hurto, no habremos tenido en cuenta el otro trozo de reprochabilidad de su acción: la lesión de su deber funcional al violar el secreto de correspondencia. Para agotar por completo, en un juicio de desvalor, la reprochabilidad

de esta conducta, solo queda una salida: aplicar los dos tipos penales, abarcando, así, los dos aspectos juridicopenalmente relevantes de su acción. Aquí entra en juego, par consiguiente, no el concurso de leyes, sino el ideal.

Que el ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio no puede regirse por las reglas del concurso de leyes difícilmente puede ponerse en duda. La acción única ha constituido, al mismo tiempo, un asesinato frustrado y un homicidio consumado. Si castigamos solo por el primer delito frustrado, entonces nos queda un "cabo suelto" de la conducta que no es sometido a juicio de desvalor: el "cabo suelto" de que el sujeto ha consumado la lesión del bien jurídico "vida". Si condenamos únicamente por homicidio consumado, estamos prescindiendo de un sector del desvalor contenido en el comportamiento: no estamos tomando en consideración que antes de matar cara a cara el autor había disparado, sin acertar, dos tiros alevosos. De todo ello se sigue: el concurso de leyes no es aplicable a este supuesto de hecho.

La aplicación del concurso ideal ofrece la solución correcta. Correcta en su fundamentación, porque en el ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio, estamos ante una acción que constituye dos delitos (asesinato frustrado y homicidio consumado) y cuyo desvalor solo queda agotado teniendo en cuenta los dos aspectos de su reprochabilidad. Estamos, pues, ante un caso paradigmático de concurso ideal.

Los resultados a que llega la tesis del concurso ideal son también convincentes. Pues al imponer al autor la pena de reclusión menor en su grado máximo (art. 71, párrafo 2) le estamos castigando con más rigor que si los dos primeros disparos no hubiesen sido alevosos (reclusión menor en toda su extensión) y con menos rigor que si el tercer disparo hubiese ido acompañado, también, de la alevosía (asesinato consumado).

Tesis del asesinato.

A pesar de haber tomado posición ya a favor de la tesis del -concurso ideal, a pesar de haber rechazado, la del asesinato, a pesar de todos los argumentos a favor de

aquella y de todas las -objeciones en contra de esta, la opinión de que es un asesinato consumado lo que en realidad existe en los supuestos que examinamos tiene, que volver a ser objeto de estudio. Pues contra la solución la tesis del asesinato puede alegar reparos bastante bien fundamentados.

Los reparos son los siguientes: ¿Qué es eso de ir examinando el proceso de causación de muerte tiro por tiro sometiendo cada uno, por así decir, a una investigación microscópica?, ¿No equivale eso a violentar la estructura del comportamiento punible tal como se dio en -la, realidad?, ¿Por qué considerar el comportamiento someténdole a cortes artificiales?, ¿Por qué no considerarle en su totalidad?.

Hasta aquí las objeciones de la tesis del asesinato contra la solución concursal, y contra el procedimiento que ha conducido a ella.

Pero la tesis del asesinato no está solo en situación de atacar otras soluciones; puede también defenderse y alegar argumentos en su favor. Estos argumentos consistirían en mostrar que el supuesto aquí examinado no se diferencia en nada de un asesinato, donde la circunstancia cualificativa subsiste hasta que la muerte se produce. Es indiscutible que el autor cuya conducta enjuicio el TS el 12 de noviembre de 1958, había demostrado ya, con sus dos primeros disparos, que estaba dispuesto a asesinar, a matar a traición; y si no lo -consiguió no fue mérito suyo, sino que fue la misma víctima la que se volvió y la que hizo imposible que en el disparo final concurriese la alevosía. ¿No son las circunstancias del tiro final meramente anecdóticas?, ¿Es, que disminuye o aumenta en algo la reprochabilidad del autor dispuesto a asesinar -y que demuestra que lo está disparando dos veces alevosamente- porque la víctima (lo que el autor no puede controlar) se dé o no sé de la vuelta?, Además: Si la tesis del concurso ideal aquí defendida fuese correcta, la mayor o menor pena del delincuente dependería de circunstancias carentes en absoluto de fundamento material. Pues el destino de la alevosía basada en la sorpresa -del ataque es el de desaparecer rápidamente si el autor no consigue, la muerte en los primeros momentos: el ataque alevoso pone -en guardia a la víctima y, con ello, deja de existir la circunstancia cualificativa -del asesinato. Lo que quiere decir: cuanto más nervioso sea el autor -o peor puntería tenga, más

probabilidades de que consume la muerte -como homicidio y se le imponga, así, una pena menor.

Estas consideraciones representan un argumento más a favor de la tesis del asesinato y una objeción más contra el concurso. Un argumento a favor de aquella solución en cuanto que con dichas consideraciones parece quedar demostrado que no existe diferencia alguna en la reprochabilidad entre quien mata disparando dos tiros con alevosía y el ultimo -el definitivo- sin ella, y el autor que, después de fallar tres tiros alevosos, mata, definitivamente, con otro alevoso también; y como no existe diferencia, los dos sujetos merecen el mismo castigo: el de asesinato consumado. Los razonamientos de la tesis del asesinato representan, asimismo, una objeción contra la posición aquí mantenida en cuanto que parecen echar por tierra una de las alegaciones en la -que nos habíamos apoyado, a saber: la de que nuestra solución es justa porque trata con menos rigor al que dispara dos tiros alevosos fallidos y uno (el que acierta) sin alevosía que al que hasta el final es un asesino -tres tiros (también el ultimo) alevosos. Si, como parece, no existe diferencia entre estos dos comportamientos, entonces no se ha tratado lo desigual desigualmente, sino que se ha tratado desigualmente lo igual; por ello, no se puede aducir en su favor la idea de la justicia: es, en realidad, una tesis injusta.

La solución del concurso ideal es, no obstante, la correcta. Lo es, fundamentalmente, porque ella es la única que se basa en "hechos" de los que el Código penal declara expresamente que son penalmente relevantes, mientras que la tesis del asesinato acude al examen de circunstancias a las que nuestra ley penal no concede relevancia alguna. Naturalmente que tengo que examinar microscópicamente cada disparo; pues el Código penal exige que se mate alevosamente (no basta con que se intente matar alevosamente), y si en el último disparo no hay la alevosía, no hay asesinato consumado. Ciertamente que la tesis del asesinato demuestra, bastante convincentemente, que este sujeto al que su mala puntería le libra de un -ultimo disparo a traición realiza un comportamiento en todo equivalente al que consuma el hecho alevosamente. Pero no lo demuestra cómo lo quiere el Código: al Código Penal no le basta para castigar por asesinato con que se demuestre que un sujeto es igual de depravado que un asesino; exige, además, que esta demostración la proporcione el

autor ejecutando el "hecho" que el legislador penal ha tipificado como asesinato. Y si no realiza ese "hecho" no podemos condenar por asesinato, por mucho que en base a otros "hechos" no recogidos en la legislación penal lleguemos al convencimiento de que el sujeto no se diferencia en nada del que asesina realizando el tipo del artículo 406. Porque no deja de ser extraño que concedamos a la tesis del asesinato que demuestra, sin lugar a dudas, la igual reprochabilidad del que dispara el tiro final sin y con alevosía y luego defendamos para este la pena de asesinato consumado y para aquel una inferior. Pues bien: lo extraño deja de serlo si consideramos la cuestión dentro de un marco más amplio: dentro del principio básico del pensamiento penal accidental de la tipicidad. Las consideraciones sobre la mayor o menor reprochabilidad del sujeto carecen de trascendencia si no se han traducido en un hecho que el legislador ha convertido expresamente en un elemento del tipo. Este principio es absoluto y no, admite quiebra alguna, porque de él depende la garantía del ciudadano frente al poder punitivo estatal. Admitir la tesis de castigar por asesinato a quien -por nerviosismo, por mala puntería o por lo que, sea- no ha cometido un asesinato, sería conceder al juez la facultad -que, con razón, solo está reservada a la ley- de castigar al sujeto por delitos que no ha cometido, pero por los que se les hace responder porque el magistrado, en base a criterios que no han sido recogidos por el Código penal, estima que el comportamiento es equivalente en reprochabilidad a la acción delictiva tipificada.

c. **HOMICIDIO CULPOSO**

Ira sentencia dictada por la Audiencia provincial respectiva estimó como aprobados» los hechos siguientes: «Que sobre las 23 horas y 30 minutos del 12 de febrero de 1952, el procesado V. H. C., mayor de edad, de buena conducta y sin antecedentes penales, guarda jurado al servicio de la Hermandad de Labradores y Ganaderos de V., desde 27 de enero de 1948 y que a la sazón se hallaba de servicio vistiendo el uniforme propio de su cargo; y llevando, por razón del mismo, una

carabina para cuyo uso se hallaba autorizado, sorprendió junto a unos campos en el camino de M. en las inmediaciones de P. N. a cuatro individuos que le infundieron sospechas, por lo que les dio voces de «alto», huyendo tres de ellos y consiguiendo detener al otro, que ha resultado llamarse I. R. R., al que pidió explicaciones sobre los motivos de hallarse a la hora indicada en el lugar referido; al no ser satisfactorias, puesto que manifestó ir a visitar a una persona en calle que no existía en aquel pueblo, le invitó a acompañarle a la Comisaria, resistiéndose T. R. y negándose- con forcejeo contra el guarda, para escapar, por lo que este trató de esposarle, en cuyo momento sacó aquel una navaja con la que intentó agredirle, consiguiendo soltarse y huyendo. El procesado repitió las voces de (alto) y como T. R. no se detuviese hizo con, la carabina un disparo al aire para amedrentarle y obligarle así a detenerse, teniendo la desgracia de que la bala le produjese una herida que penetra por la región occipital, atravesó el bulbo y salió por la región manotórica, herida que le ocasionó la muerte, instantáneamente. El interfecto había sido condenado por delito de hurto y, últimamente, alternaba con individuos desconocidos de aspecto sospechoso; y el servicio que prestaba el procesado era el especial de vigilancia montado al efecto por ser muchos los robos cometidos por entonces en aquella zona.

La Audiencia que conoció los hechos los valoró exentos de significación penal, por cuanto no apreció en el comportamiento del guarda voluntariedad alguna, según preceptúa el párrafo primero del artículo primero. Y, en consecuencia, por carencia de dolo absolvió; máxime cuando en el plenario quedó demostrado, según razona en uno de los «considerandos», que el solo disparo se hizo al aire con el solo objeto de amedrentar y lograr detener al fugitivo, que por otra parte, «había hecho resistencia de obra e intentado agredir con arma blanca al Agente de la Autoridad, que solo con aquella finalidad hizo el disparo».

El Ministerio Fiscal la impugna en gracia a las consideraciones siguientes:

Por aplicada indebidamente la eximente onceava del artículo octavo «el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ya que estima que el supuesto presente no encaja en ninguna de las hipótesis exencionadoras de responsabilidad criminal, porque no estaba intentando cometer un delito, ni era fugado, ni estaba procesado, ni tampoco condenado en rebeldía. Tampoco

cabe pensar que se tratase del caso en que se efectúa una detención por agente de autoridad, pues según alega la acusación la frase probada de «ser muchos los delitos cometidos por entonces en aquella zona» no es de suyo suficiente; con lo que dicho está que no se ampara en el «cumplimiento de un deber» la actuación del guarda jurado.

De igual modo no cabe traer a colación la eximente octava del artículo del mismo número (caso fortuito), ya que mal se compagina las exigencias de esta causa con el argumento de justificarla en el cumplimiento del deber. Por si no bastase que la debida diligencia decae a las claras, desde punto y hora que da como resultado la muerte del detenido.

De resultas de los anteriores razonamientos, -nada de extraño tiene por supuesto, que el Ministerio Fiscal aduzca la existencia y como contrapartida la violación del párrafo primero del artículo del mismo número, estos es, la presencia de dolo, radicado en un comportamiento voluntario, con cuya forma de culpabilidad se monta la correspondiente figura delictiva, que no es otra, en el sentir de la acusación, que un homicidio doloso.

La sentencia del más alto Tribunal de Justicia establece una doctrina, digna de estimar, por cuanto nos expone agudamente, de una parte, cómo es inexcusable, en un caso como el actual, ponderar objetiva, y serenamente tanto la dimensión externa cuanto la interna. Y para ello, apela al fondo radicalmente humano de toda sentencia, o por mejor decir, como el juzgador debe situar en el cruce humano, del problema jurídico-penal para no incidir en radicalismos, reñidos a todas luces con la objetividad, requerida en cualquier valoración; jurídica; todavía más, si se trata de la penal por hallarse aquella reclinada en su supuesto antropológico, que hemos llamado, del Pensamiento punitivo, que no es otro sino la humana persona del delincuente.

A esta, primera reflexión, cabría decir, del primero de los «considerandos», cuando puntualiza del modo siguiente: «Que inatacada, la declaración de hechos probados hay que respetar los términos en que esta concedida y de ella se deducen consecuencias distintas de las obtenidas por la Sala de instancia y por la acusación pública recurrente, porque la actuación del procesado ni es, en todo momento digna de

encomio ni hay que recargarla con negras tintas, puesto que está fuera de toda duda que el recurrido, en la ocasión de autos, se hallaba en el ejercicio de las funciones propias del cargo de Guarda Jurado, vestía el uniforme correspondiente y portaba, debidamente autorizado una carabina, y al sorprender, a las 23 horas y 30 minutos de la noche del mes de febrero a cuatro individuos que infundieron sospechas, les dio voces de (<alto>) que fueron desatendidas por tres de ellos, que huyeron, y al cuarto le detuvo e interrogó sobre los motivos de hallarse a la hora indicada en aquellos campos, y como no diera explicaciones satisfactorias, por alegar que iba a visitar a una persona que habitaba en calle que no existía en el pueblo, le invitó a acompañarle a la Comisaria a lo que resistía forcejeando con el guarda para escapar, y al tratar este de esposarle, sacó una navaja con la que intentó agredirle, logrando soltarse y huir», etc., etc. . . He aquí, por tanto, como se acudía el razonamiento que, dicho sea de paso, es a todas luces impecable, puesto que es insostenible alegar que el Guarda, revestido de autoridad para cuyo menester la ejerció y actuó, -dígase lo que se quiera-, externamente en el ejercicio de sus funciones; la antijuricidad de su actuación, desde el plano objetivo es insostenible, so pena de abocar a la postura de que solo cuando materialmente se quebranta la norma entra en juego los fines de la autoridad. Aquí carece de sentido apurar el termino hasta el punto de cruzarse los brazos en espera de que realice la infracción, sobre todo, si se piensa que existían poderosos argumentos para presumir la sospechosa conducta del detenido, que, por otra parte, fueron aquellas las que determinarían la invitación a que le acompañara a la Comisaria. Si las explicaciones hubiesen sido satisfactorias y no hubiese -habido huida por sus compañeros, cabría pensar que el Guarda se ha excedido externamente en el ámbito de sus funciones. Sin embargo, la cosa no sucedió de esta forma, sino antes al contrario, se comporta correctamente, desde el punto de vista, exterior. Y a ello se debe, por de pronto, que posteriormente quedó raída su acción de forma dolosa.

Ahora bien, con esto no basta. Porque si se detiene la atención en la segunda parte de la narración se llegara, a una conclusión distinta a la pura exención de responsabilidad, esto es; a la inaplicabilidad de la eximente onceava, por cuanto no es suficiente con un comportamiento externo, encajable dentro del estamento de las funciones asignadas, sino que requiere insoslayablemente que su actitud psíquica

discurra por entre las paredes de sus funciones, sin que las traspase, claro está. En una palabra, la exigente desaparece desde el instante en que la forma o use que hace de su autoridad, es decir, del cumplimiento de un deber, no se efectúa con la diligencia, cautela y ponderación, Se desvanece el cuarto de los requisitos, que asignara la Sala de 22 de enero de 1943, cuando resultaba que era necesario que el, empleo del medio violento fuere adecuado para imponer el respeto a la Ley.

Y aquí es donde quiebra, efectivamente, el cumplimiento del Guarda, puesto que solo cerrando los ojos a la realidad fáctica, encuadrada en el resultando correspondiente es hacedero hablar de que actúo de una forma inculpable. La sentencia dibuja nítidamente como se da la culpa, puesto que el disparo se hace imprudentemente, dando como resultado la muerte de la víctima y como no atendiera - argumenta el considerando- las repetidas voces de alto que le dio el procesado, este hizo un disparo al aire con la carabina, para amedrentarlo y obligarle a detenerse, que alcanza al fugitivo en la región occipital produciéndole la herida que determinó su muerte instantánea; es, pues, evidente que no puede calificarse de ilícita y legal la actuación del procesado al, tratar de detener a quien, en unión de tres más merodeaban a altas horas de una noche de invierno por unos campos en los que se ejercía una vigilancia especial por ser muchos los robos cometidos por entonces en aquella zona, y era motivo para infundir sospechas no solo la hora expresada, sino la huida de los compañeros del interfecto y el decidido propósito de este de esquivar su detención recurriendo, incluso, al empleo de un arma blanca, todo ello justificaba la actuación del Guarda y hubiera determinado su irresponsabilidad, convenientemente declarada por el Tribunal Sentenciador, si en el momento culminante del trágico suceso hubiese procedido con el exquisito cuidado que el use de las armas de fuego exige, por, la potencia mortífera de las mismas, y hubiese adoptado las medidas de precaución más indispensables que todo ser humano observa al realizar actos que puedan ocasionar graves males y como el procesado no obstante su propósito de amedrentar al que huía, no hizo el disparo al aire dirigiendo el arma en cualquier sentido que pudiera hacer blanco en el cuerpo del fugitivo y la consecuencia de este lamentable descuido y falta de debida diligencia era previsible a toda persona, por mucha que sea su incultura, se está, en presencia de un caso que reviste las características de la influencia, elevada al

rango de temerario, porque un disparo al aire no realizado en forma adecuada para evitar riesgos corporales es un acto de manifiesta temeridad Y si se relaciona con el resultado producido, queda perfilada una figura delictiva que traza el primer párrafo del artículo 565 del Código Penal por el nexo que enlaza el acto del culpable con el mal derivado del mismo».

Así, acertadamente, la sentencia actual destaca, con buen sentido, la legitimidad del acto del Guarda Jurado, con lo que nos hallamos, sin quererlo, en que quiebra la eximente, tantas veces citada, como causa de justificación, ya que da por sentado que actuó lícitamente y, sin, embargo, se le condena como autor de un delito culposo. Y una de dos: o este aserto viene impuesto por el arranque lícito de la culpa en la criticable doctrina jurisprudencial o resulta, que la eximente onceava es una causa de inculpabilidad, con, lo que se daría un mentís rotundo a la conocida y siempre reiterada tesis científica de que se trata de una causa de justificación. Sólo cabe salvar tamaña contradicción en base a construir la causa de justificación teñida de elementos subjetivos, es decir, que habría que buscar apoyatura en la proposición o en la defensa de extraño, del efímero sexto del artículo octavo, nos hallaríamos, por tanto, con que se requiere para que cubra la eximente once del artículo octavo, concretamente el párrafo “el que obra en cumplimiento de un deber”, que concurra no solo una conducta objetivamente lícita, sino que ésta dependerá, pues, de la position psíquica del sujeto, sea dolosa o culposa, anticipando en la problemática de la antijuricidad, mejor todavía, en cuanto a la legitimidad o no de la acción una parte de la culpabilidad, siquiera sea discutible si los elementos subjetivos del injusto son anticipaciones de la culpabilidad o simplemente-ingredientes de la antijuricidad. En fin de cuentas, será una vez más, reiterada la naturaleza subjetiva de la antijuricidad, al modo como se preconiza en la dogmática penal de corte alemán.

#### **d. PRETERINTENCIONALIDAD**

La preterintencionalidad tiene su origen en la conjunción de los términos latinos praeter (más allá) e intentio-onis (intención, propósito), por lo que significa

"más allá de la intención". En Derecho Penal existirá cuando el sujeto activo del delito causa un resultado que va más allá de su intención.

En el Derecho Canónico se construyó la responsabilidad fundada en el *versari in re illicita*, es decir, a quien comete un hecho inicial ilícito le es imputable todo lo cometido, incluso lo accidental que se deriva de ese hecho (*versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*). Se trata en definitiva de supuestos de responsabilidad objetiva, en los que no concurre ni dolo ni imprudencia.

En Derecho penal español es posible distinguir tres etapas.

La primera etapa se extiende hasta la reforma de 1983; en el Código Penal había varios preceptos cuya aplicación práctica determinaba supuestos de preterintencionalidad: el párrafo 3º del artículo 1, el artículo 50 y el artículo 9.4. Se hablaba, en primer lugar, de preterintencionalidad heterogénea en los casos en los que el autor atentaba contra un bien jurídico distinto más grave que el que quería lesionar; por ejemplo, el sujeto quería solamente cometer una lesión pero causaba la muerte de la víctima; en estos casos se aplicaban los artículos 1, 3 y 50 del Código Penal. Por otra parte, la preterintencionalidad homogénea concurría cuando el autor lesionaba el mismo bien jurídico, pero con un resultado más grave que el que quería cometer; en estos casos, se condenaba por el delito doloso, aunque se aplicaba la circunstancia atenuante de preterintencionalidad recogida en el artículo 9.4 del Código Penal; a título de ejemplo, se causaba una lesión a la integridad física más grave que la pretendida.

La segunda etapa se inicia con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal. Esta Ley Orgánica cambió el marco normativo de la preterintencionalidad: derogación de los artículos 1,3º y 50 del Código Penal (aplicados a la preterintencionalidad heterogénea); mantenimiento de la circunstancia atenuante del artículo 9.4; introducción del párrafo segundo del artículo 1 según el cual "no hay pena sin dolo o culpa" (principio de culpabilidad); e introducción del artículo 6 bis b), que excluía por principio la responsabilidad por caso fortuito; de esta forma, el último rastro de preterintencionalidad se encontraba en el artículo 9.4.

La propia jurisprudencia acabó con la preterintencionalidad a través de la sentencia de 28 de marzo de 1984: se trata de un supuesto en el que la Audiencia dictó sentencia condenatoria por un delito de parricidio, concurriendo las circunstancias de preterintencionalidad y arrepentimiento espontáneo, y en el que el Tribunal Supremo dicta una nueva sentencia en la que condena por una falta dolosa de maltrato al cónyuge en concurso con un delito de parricidio por imprudencia temeraria. Entiende la mencionada sentencia que "no quiere decir sino aquello que está fuera de la intención o más allá de la misma (ultra intentionem, extra propositum, según las variadas denominaciones de los prácticos) es, sin embargo fértil en toda suerte de dificultades jurídicas, no obstante su vieja prosapia o, tal vez, por ello, con cuya carga polémica ha llegado hasta nuestros días, después de un dificultoso curso histórico-doctrinal y haber plasmado con una u otra modalidad en las legislaciones, no obstante lo cual, en la moderna dogmática penal parecen como más seguras las siguientes conclusiones: en primer lugar, que no se trata de una nueva especie o grado de la culpabilidad, a modo de tertium genus de la misma, a pesar de la equívoca alusión al respecto del Código Penal italiano, sino de una alianza, consorcio o enlace de dolo en la conducta inicial y de culpa en el resultado finalmente causado. Y, en segundo lugar que esta exigencia de culpa en el último trazo de la actuación del agente, emancipa al delito preterintencional de toda calificación por el resultado o de otra suerte de responsabilidad objetiva; por lo que, en resumen, la estructura del mismo se integra:

Primero, por un hecho-base doloso (minus delictum);

Segundo, por un hecho consecuencia (maius delictum) no querido pero previsible (culpa inconsciente), o previsto pero no aceptado (culpa consciente);

Tercero, un nexo causal entre aquel primer hecho y el segundo.

Ahora bien, tal amalgama de dolo inicial y culpa final impele al legislador — como afirma la mejor doctrina— a sancionar el hecho final con mayor gravedad que si se tratara de un mero delito culposo, pero con menor severidad que si se proyectara el dolo a todo el decurso de la conducta. Y ello por la tendencia que conlleva toda actividad violenta, propia de los delitos contra la vida e integridad física en que con más frecuencia se plantea la hipótesis de la preterintencionalidad, a desembocar en

resultados más graves, sin que esto signifique, por esa natural tendencia, que haya de presumirse la culpa o imprudencia en la segunda etapa de la actuación del sujeto, puesto que si el riesgo desatado es incalculable o imprevisible (casus) entonces desaparece el delito preterintencional quedando subsistente tan sólo la inicial especie dolosa".

En relación con la preterintencionalidad heterogénea, es destacable la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1985, según la cual "que la atenuante de preterintencionalidad, recogida como causa modificativa de la responsabilidad penal en el número 4 del artículo 9.º del Código Penal, después de la modificación operada por la Ley 8/83, de 25 de junio, al dejar sin contenido el artículo 50 del citado Código, se refiere, de acuerdo con el criterio de esta jurisprudencia, a la denominada homogénea, ya que a partir de la modificación indicada, la heterogénea ha sido abolida, debiéndose resolver, en este último caso, por la concurrencia de dos delitos o infracciones, una de ellos a título de dolo, y el otro a título de culpa, siendo necesario o preciso para poder ser apreciada la primera, que se ponga de relieve, por la naturaleza de los hechos, circunstancias de los mismos, y medios empleados en la actividad o conducta del delito, una evidente desproporción entre la acción y su resultado, que no se quiere ni se acepta".

La tercera etapa aparece con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que ha terminado con todos los vestigios de la preterintencionalidad, derogando la circunstancia atenuante del artículo 9.4. Por otra parte, también se ha derogado el párrafo segundo del anterior artículo 1 según el cual "cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa".

Hay que destacar la sentencia del Tribunal Supremo 1526/2000 de 3 de octubre, que se planteó expresamente la apreciación de la atenuante analógica del artículo 21.6º del Código Penal de 1995 en relación con la atenuante de preterintencionalidad del artículo 9.4ª del Código derogado; la citada sentencia denegó dicha posibilidad razonando que "la falta de dolo respecto al resultado supondría la no aplicación, por ausencia de tipo subjetivo, de la figura delictiva del artículo 149 del Código Penal, porque así lo exige el principio de culpabilidad proclamado en nuestro

Código desde el artículo 5". Y la sentencia entiende que la conducta fue dolosa en relación con las lesiones causadas, porque "el acusado vio a su mujer, la agarró de la cintura, la tiró al suelo, la golpeó y cogiéndola del brazo tiró de ella hasta el vehículo... donde continuó agrediéndola de forma tan brutal y contundente en el rostro (boca, nariz y ojos) que inmediatamente aparecieron hematomas... diciéndole que eso era poco para lo que tenía que hacerle ya que la iba a matar y quemar viva".

Por otra parte, se han eliminado numerosos supuestos de delitos cualificados por el resultado: el aborto con resultado de muerte (artículo 411,1º del Código Penal de 1973), el abandono de niños con resultado de muerte (artículo 488 del Código Penal de 1973) y los tipos contra la salud pública con resultado de muerte (artículo 348 del Código Penal de 1973). Aunque la doctrina mayoritaria estima que todavía existen algunos supuestos en el Código Penal vigente. De esta manera se alude, entre otros, a los daños con el resultado de ruina para el perjudicado; recordemos que el artículo 264.1 dispone una pena agravada para el delito de daños cuando "arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica" (circunstancia 5ª del artículo 264.1); al incendio forestal del que se deriven se grandes o graves efectos erosivos en los suelos (artículo 353.1, 2º Código Penal); al abandono de menores de edad con concreto peligro para el menor recogido en el artículo 229.3 Código Penal, según el cual "se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave"; o al supuesto del último inciso del artículo 418, que dispone que "el particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años". Como vemos, se trata de supuestos en los que el tipo utiliza expresiones tales como se derivare, resultare y similares. En todo caso, hay que tener en cuenta que se ha derogado el párrafo segundo del anterior artículo, y que artículo 5 proclama con claridad que "no hay pena sin dolo o imprudencia".

e. **CASO FORTUITO**

i. **DELIMITACIÓN CONCEPTUAL**

En Derecho Romano, el denominado casus hacía referencia a un acontecimiento casual, es decir, no imputable al sujeto, produciendo efectos en distintos ámbitos del Derecho.

El caso fortuito también despliega importantes efectos en Derecho Penal. Dentro de esta figura cabe incluir (véase la Sentencia del Tribunal Supremo 2883/1993 de 17 de diciembre) aquello que no pudo preverse (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1980 y 7 de febrero de 1985); y también aquello que previsto resulte inevitable, esto es, no pueda evitarse (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1946).

ii. **HASTA 1983: EL CASO FORTUITO COMO CIRCUNSTANCIA EXIMENTE**

Tradicionalmente el caso fortuito ha sido recogido como una eximente en los distintos Códigos Penales españoles, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. Con anterioridad a esta reforma, se recogía en el artículo 8.8 la siguiente eximente: "el que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo".

Afirmaba la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo nº 220/1979 de 22 de febrero) que esta circunstancia se hallaba estructurada sobre una doble vertiente subjetiva-objetiva:

a) En primer lugar, exigía una completa exclusión de las formas de la culpabilidad (el que causa un mal sin culpa ni intención de causarlo) o sea, sin dolo ni culpa

b) Y, en segundo término, la existencia de un elemento objetivo, representado por un accidente sobrevenido que altera el curso normal del proceso causal, o sea, una conducta humana en la que se ha injertado, interpuesto o interferido un accidente inesperado, que no es ni doloso ni culposo, sino solamente causal o fortuito, por lo que resulta evidente que en dicha formulación legal no basta simplemente la inexistencia de la culpabilidad, sino que todavía es necesaria la intervención del destino, creando e introduciendo en el curso causal previsto y querido por el agente un accidente, es decir, un elemento fáctico estadísticamente anormal o por lo menos extraordinario del mismo y que en virtud del respetado principio que rige universalmente en Derecho penal, de que "no existe pena sin culpabilidad" exime al sujeto activo de responsabilidad criminal a tenor de lo establecido en el mentado precepto

La doctrina destacaba que la redacción del artículo 8.8 del Código Penal, con la exigencia del arranque mediante acto lícito, era un reflejo del principio "versari in re illicita", rechazable por resultar contrario al principio de culpabilidad.

### **iii. REFORMA 1983: REFERENCIA EXPRESA AL CASO FORTUITO**

El artículo 6 bis b) del Código Penal de 1973 (según redacción dada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal) disponía que "si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible".

La doctrina destacó que esta reforma era positiva porque, dados sus términos, excluía toda exigencia de arranque lícito del acto y, por tanto, desterraba las negativas consecuencias del versari in re illicita.

Para la concurrencia de caso fortuito, la jurisprudencia exige los siguientes requisitos (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1998 y de 15 de octubre de 1992):

a) Objetivo, en tanto la producción del hecho ha de ser debida a un mero accidente.

b) Subjetivo, por cuanto no debe haber dolo ni culpa.

c) Imprevisibilidad, porque el evento no hubiera podido preverse por cualquier persona de capacidad psíquica normal.

#### iv. SITUACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

El Código Penal de 1995 no se refiere de forma expresa al caso fortuito. Sin embargo, su artículo 5 establece que "no hay pena sin dolo o imprudencia". Se entendía que no era necesaria una alusión expresa en el precepto al caso fortuito en un sistema basado en la culpabilidad del sujeto.

De esta manera, solamente pueden ser objeto de pena aquellas conductas del sujeto en las que concurra culpabilidad, ya sea a título de dolo o a título de imprudencia. Téngase en cuenta que la esencia de la culpabilidad radica en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto (Bacigalupo). Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 956/1998 de 16 de julio, el caso fortuito no es una excepción a la responsabilidad criminal sino un límite general a la intervención del derecho penal.

#### f. AUSENCIA DE RUPTURA DEL NEXO CAUSAL

Considera la doctrina constante la falta de ruptura del nexo causal, apreciándose delito de homicidio, en supuestos donde el autor del delito ejecutó actos idóneos para matar a la víctima, aunque la muerte devino posteriormente por complicaciones hepáticas.

Sin duda la mayor parte de la jurisprudencia obrante en materia de homicidio ha recaído con la finalidad de diferenciar el ánimo de matar del ánimo de lesionar del sujeto activo, toda vez, realizada esta operación, se podrá señalar con mayor seguridad el tipo delictivo cometido por el sujeto activo, habida cuenta que desde un punto de vista externo y puramente objetivo la única y sola diferencia existente entre las figuras de lesiones, homicidio y asesinato frustrado, radica en el ánimo del sujeto de lesionar o matar. Así, a falta de la confesión o reconocimiento de su verdadera intención, por el acusado, la jurisprudencia ha venido empelando indicios externos, para averiguar el propósito del autor, siendo los más relevantes:

- La zona del cuerpo a la que se dirige el golpe, la violencia empleada o el número de agresiones. Toda vez si la zona del cuerpo atacada es vital, (tórax, cuello abdomen), podrá afirmarse que existía ánimo de matar y no de lesionar.
- La clase de arma utilizada en el ataque, las dimensiones, y si esta es idónea para causar resultados mortales. En caso de armas blancas (navaja, cuchillo, puñal u otros de semejante naturaleza que tiene aptitud para introducirse dentro del cuerpo humano.
- La intensidad del golpe, de modo que este sea apto para introducirse en el cuerpo de una persona con cierta profundidad (Sentencias del Tribunal Supremo 140/05, de 3 de febrero; 1281/04, de 10 de noviembre; 271/05, de 28 de febrero, entre otras).

Menos relevantes pero de usual consideración por el Tribunal para diferenciar el auténtico ánimo del autor del hecho punible serán: Las relaciones existentes previas entre el autor y la víctima, el móvil del delito, las manifestaciones del culpable que acompañaron a la agresión, así como su actividad anterior y posterior a la misma, condiciones de espacio y tiempo. (Sentencias del Tribunal Supremo 964/04, de 16 de julio, 1645/03, de 9 de diciembre; 133/05, de 7 de febrero, entre otras).

## **g. RESPONSABILIDAD CIVIL**

El establecimiento por Ley de un baremo, prevalorando los daños corporales, no afecta ni al derecho a la igualdad -se aplica a todos los que son víctima en accidente de automóvil-, ni a la exclusividad jurisdiccional, -en cuanto no se impide al Juez verificar la realidad del daño, la conducta y la imputación objetiva del agente- (TC 9/2002, 15-1; ATC 317/1992, 26-10). Es de aplicación el baremo por analogía a muertes dolosas; de manera que el daño moral producido a una madre por la muerte de su hijo es siempre indemnizable con independencia de la edad y del trato personal entre madre e hijo (TS 12161/2005, 15-3). Interpretación del Grupo IV de la Tabla I del Baremo: en el supuesto de fallecimiento de «Víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes» en tanto que expresamente se atribuye a los «Padres», ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad, legalmente fijada, a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de ambos, ni reducirla a la mitad de la prevista, cuando fuere uno solo el superviviente. (JGTS 14-3-2003). La responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por el mal uso del arma reglamentaria, se deriva de que, aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo generado con el hecho de portarla sí es una consecuencia directa del modo de organización del Servicio de Seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad, pero que entraña este tipo de riesgos. Pero el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del Servicio de Seguridad. Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él. Si bien incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos, debidamente acreditados, de que el arma debió habersele retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión (JGTS 12-7-

2002). El Estado -en general las entidades públicas- pueden responder civilmente de forma subsidiaria, ya por la vía del art. 120.3º -por razón del lugar de comisión- ya por la vía de la dependencia funcional o contractual del art. 121 (TS 1046/2001, 5-6; 316/1996, 20-4 y 1246/1995, 13-12). El Estado, o la Comunidad Autónoma, por falta de controles genéricos en la prisión, siendo irrelevante la individualización o no del funcionario negligente (TS 1163/2004, 18-10). El art. 121 exige: 1. Condena penal con producción de daños. 2. Por delito o falta -dolosos o culposos-. 3. Responsable penal que sea autoridad, funcionario público, agente de la autoridad, o contratados. 4. Producido en el ejercicio de sus cargos o funciones. 5. Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio público (TS 294/2003, 16-4). No lo es el Estado, porque el delito lo comete un penado en libertad condicional, por propia decisión, sin que concurren los requisitos normativos del art. 120 ó 121, ni como dependiente, ni como funcionario de aquél (TS 780/2003, 29-5). El propietario del arma que utilizó el autor es responsable civil subsidiario con fundamento, ya en el art. 120.3º -al infringir el Reglamento de Armas, por no guardarla en lugar seguro-, ya en el art. 120.5ª; pues éste se ha de extender no sólo al caso de autorización al uso de vehículos, sino, en general, a la utilización de objetos o instrumentos creadores de riesgo por su dueño (TS 928/2003, 27-6). Lo es el empleador del portero del bar (art. 120.4º), pues existe una relación de dependencia -en general, cualquier relación jurídica o de hecho, onerosa o gratuita, esporádica o permanente- y se produjo el hecho en el ejercicio de su cargo, aunque fuera extralimitándose (TS 1022/2003, 7-7). El resarcimiento de la víctima por el responsable civil subsidiario, sin que el autor reconociera los hechos ni realizase acción alguna de compensación económica o moral, no permite apreciar la atenuante de reparación (TS 1643/2003, 2-12). Cabe la moderación si la víctima contribuye a la causación del daño (art. 114) (TS 1740/2001, 11-10). Si bien frente a la víctima se modera el quantum indemnizatorio en cuanto aquélla con su comportamiento previo provocó en cierta medida la causación de los daños, frente a un tercero -INSALUD- el autor ha de indemnizarlo en el coste total de los servicios (TS 1581/2002, 27-11). Es aplicable la moderación prevista en el art. 114, pues quien resultó lesionado, provocó la pelea con una conducta agresiva desencadenante del curso causal (AP, Cantabria, 1ª, 25/2003, 3-3). La víctima recibió una indemnización por Aseguradora de invalidez permanente derivada del accidente. Esta indemnización es descontada de la que le correspondería en

otro caso; pues si bien una y otra obligación tienen distintas fuentes (contractual y delictiva), ambas surgen de un mismo hecho, de modo que si se sumasen las dos estaríamos ante un doble gravamen al deudor y un enriquecimiento injusto por parte del acreedor (TS 795/2004, 25-6).

## **XI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 1990**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

Primero: el Juzgado de Instrucción de Betanzos instruyó sumario con el núm. 4/1985, contra Cesar , y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña, que, con fecha 15 de mayo de 1987, dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado: «Como tal expresamente se declaran: que sobre las tres horas del día 22 de junio de 1984 en la discoteca "Noa", de Curtís, ya terminado el baile y próxima la hora de cierre, se encontraba con unos amigos el procesado Cesar, que a consecuencia de las bebidas alcohólicas que había ingerido se hallaba en estado de ligera embriaguez, en lo que no es habitual, surgiendo, por motivos banales no bien concretados, una discusión en el joven Jose Enrique , nacido el 5 de marzo de 1960, soltero, estudiante, que estaba en compañía de un hermano, en el curso de la cual el procesado propinó un golpe en la cara a su contrincante, no consta si con el puño cerrado o con la mano abierta, que dio con Jose Enrique en el suelo, donde quedó tendido inconsciente, al golpearse la cabeza contra el pavimento, recuperándose a los pocos minutos, incluso marchando por su pie y después en el coche de su hermano hasta su domicilio, donde se acostó; al día siguiente, como no despertase, fue llevado a la ciudad sanitaria "Juana Canalejo", de La Coruña a eso de las dieciséis horas, ingresando en parada

cardiorrespiratoria y falleciendo a consecuencia de hemorragia epidural, a consecuencia del traumatismo craneano sufrido.

Después del incidente que se deja relatado, el procesado fue expulsado de la discoteca por el dueño del local, esperando en la puerta al lesionado, arrepentido de lo hecho, para darle una satisfacción, cosa que así hizo, cuando éste salió en compañía de su hermano, dándose la mano ambos jóvenes. Aquel mismo día, a las veintitrés horas y treinta minutos, cuando se enteró del fallecimiento de José Enrique, se presentó en el Cuartel de la Guardia Civil de Curtís confesándose autor del golpe que había originado su caída y que se golpeará con la cabeza contra el suelo, manifestando su pesar por el fallecimiento, que no había tenido intención de causar.» Segundo: La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Cesar, como autor responsable de un delito de homicidio, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de embriaguez no habitual, arrepentimiento espontáneo y preterintencionalidad, esta última como muy calificada, a la pena de un año de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante la condena y al pago de las costas procesales; así como a que indemnice a Augusto y Margarita , padres del fallecido Jose Enrique , en la cantidad de 2.000.000 de ptas., con el interés legal, incrementado en dos puntos, desde hoy hasta su pago. Aprobamos lo actuado por el Instructor en la pieza de responsabilidad civil y declaramos la solvencia parcial del procesado hasta la cantidad de 80.000 ptas.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.» Tercero: Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el procesado Cesar , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto: El recurso interpuesto por la representación del procesado Cesar se basa en los siguientes motivos de casación: 1.º Por infracción de ley, amparado en el núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal : La Sala a quo en la sentencia y fallo recurrido incidió en error en la apreciación de la prueba, con base en documentos que obran en autos, demostrativos de su equivocación, no contrastados ni contradichos por ningún otro elemento probatorio. La sentencia recurrida, cual expresa su fundamento jurídico segundo, tomó como base decisoria para determinar la causalidad de la muerte y de su condena «el informe de autopsia», que como prueba documental aportaron al juicio las partes acusadoras, añadiendo que la defensa «negó su eficacia» y afirmando que su valor deviene «porque no fue contradicho por ningún otro informe pericial», que según resulta de ese fundamento jurídico segundo, del acta del juicio y de los escritos de calificación de las partes, no fue propuesta ni practicada en el acto del juicio oral. Frente a ello, tomando las afirmaciones y examinando el informe nominado de autopsia, que determinó la condena, resulta que legalmente no existe, que el cuerpo de lo que contiene no determina la relación de causalidad, no es apto para excluir la presunción de inocencia, y en el peor de los supuestos constituiría prueba raquítica e insuficiente para determinarla. 2.º Amparado en el núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal : la sentencia recurrida y su fallo, al condenar por homicidio y determinar la relación de causalidad de la muerte, vulneró en contra del recurrente, don Cesar , la presunción de inocencia del art. 24.2.º de la Constitución , toda vez que incidió en notorio error en la apreciación de la prueba cual resulta de los documentos que obran en autos y practicada en el acto del juicio oral y obrante en los autos. En los hechos proba2 de la sentencia recurrida está que después de una incidencia habida en la discoteca "Noa", entre el procesado, Cesar , y Jose Enrique , en que éste se fue contra el suelo, se reconciliaron, se dieron la mano, y el último, consciente, recuperado, se marchó por su pie, en coche se dirigió a su domicilio, en donde se acostó, y que en la tarde siguiente, por encontrarse mal, fue llevado a la residencia sanitaria "Juan Canalejo", donde falleció por hemorragia epidural a consecuencia de un traumatismo craneano sufrido en aquella incidencia, cual resulta, dice en su fundamento jurídico primero, «del informe de autopsia que como prueba documental fue aportado al acto del juicio oral por las partes acusadoras y que no fue contradicho por ningún otro informe pericial», toda vez que ninguna pericia fue propuesta ni practicada en ese juicio oral. El

examen de los autos revela la inexistencia en derecho del nominado informe de autopsia, que no es más que una sumarial manifestación testifical, no llevada ni ratificada como testigo o como perito en el juicio oral, no constitutiva de prueba documental, inhábil para una condena, y para establecer, cual se hizo, la relación de causalidad del homicidio. Con el contenido del acta del juicio oral y de los autos, resulta una manifiesta insuficiencia de prueba de cargo, para la condena impuesta, sin que sea de recibo, so pena de vulnerar la invocada presunción, lo que la sentencia expresa en ese fundamento segundo de que la defensa (como si no rigiera el principio acusatorio) debía de haber propuesto prueba pericial y no limitarse a «negar eficacia al aludido informe pericial». 3.º Se ampara en el núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal : la sentencia recurrida y su fallo condenatorio, por su tenor (y de lo que establece en su fundamento legal segundo, que no tiene valor de prueba acusatoria), ha infringido por aplicación indebida el art. 407 del Código Penal . Nadie puede ser condenado por homicidio sin intención de matar y sin relación de causalidad determinativa del evento. En los hechos probados está que el condenado no tuvo intención necandi.

Quinto: Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Sexto: Hecho el señalamiento para la vista, se celebró el día 3 de abril de 1990. Asistió el Letrado recurrente don Jorge Cabeza San Simón. El Ministerio Fiscal impugnó el recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: Los dos primeros motivos del recurso, formulados al amparo del art. 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , vienen sustancialmente a coincidir en la invocación de que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24 de la Constitución Española , por falta de actividad probatoria sobre la relación de causalidad.

Y al respecto, el Tribunal ha contado con un dictamen de autopsia y con 3 declaraciones testificales, además de la del procesado.

Segundo: En lo que concierne a los requisitos de la operación necrópsica en sí, es cierto que no parece en el sumario seguido por el Juzgado de Betanzos, y al que se unieron determinadas actuaciones practicadas por el núm. 3 de La Coruña, entre las que se encontraba aquélla, la diligencia secretarial que prevé el art. 353 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; -pero ello no permite inferir que la autopsia se haya practicada con tal quebrantamiento de las normas establecidas en los arts. 353 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , como para que deba apreciarse la radical ineficacia prevista en los arts. 11.1.º y 238.3.º Ley Orgánica del Poder Judicial , siendo oportuno hacer notar que el dictamen, en que el forense manifiesta haber examinado y autopsiado el cadáver, consta emitido ante el Juez y bajo la fe del Secretario.

Más particularmente, el que, al desarrollarse la necropsia legal, hubieran sido ya extirpados los riñones y el bazo no influye de modo relevante en el valor de la operación, si se tiene en cuenta la clara ubicación en la cabeza de las causas fundamental e inmediata de la muerte: traumatismo cráneo-encefálico, localizado en región parieto-temporal izquierda, y hemorragia epidural traumática con comprensión de centros vitales.

Tercero: En orden a las garantías de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción, relacionadas con el art. 24 de la Constitución Española, ciertamente que las partes no propusieron la presencia del médico en el juicio, para que en él actuara como perito. Pero: a) Difícilmente, abierto el juicio tras haber discurrido dos años desde los hechos, hubieran podido obtenerse datos más fiables que los recogidos en una autopsia que se practicó al día siguiente del suceso, en junio de 1984. b) El dictamen del forense sobre el resultado de la necropsia, en el que se contenían los elementos que permitían la valoración y la contradicción del propio informe, se hallaba unido al sumario cuando, en septiembre de 1986, se tuvo por designado al Letrado que ha defendido al procesado hasta la interposición del presente recurso, c) En su escrito de calificación, fechado el 12 de noviembre de 1986, el Ministerio Fiscal, aunque no interesó la comparecencia de perito alguno sí propuso como prueba «documental» lo actuado al folio 37, que incorpora aquel dictamen. Comunicada el 25 de noviembre de

1986, esa petición a la defensa, su Letrado también propuso como «documental» dicho folio.

Y el 12 de mayo de 1987 se celebró el juicio, en cuya acta figura la lectura de los documentos.

Resulta así que el contenido documentado del dictamen sumarial, sobre alcanzar las garantías de oralidad, publicidad e intermediación en el juicio, quedó ampliamente sometido a la oportunidad de contradicción por el defensor del acusado; de manera que, al tomar en cuenta el informe, la Audiencia no infringió el art. 24 de la Constitución Española .

Cuarto: De vuelta al fondo del informe, ha de rechazarse la afirmación del recurrente sobre «al no haberse apreciado ninguna contusión externa en cabeza, ni ninguna fisura ósea en cráneo, lo único que resulta es la comprobación de una hemorragia interior, o sea, un derrame sanguíneo». Pues olvida cómo el médico expone que, al separar la calota, el hueso temporal se rompió, apreciándose una gran «finura» de su pared; sin que la aparición del término «finura» pueda tener en el contexto otro sentido que la sustitución, a causa de un claro error cometido por el mecanógrafo, de la palabra fisura.

Quinto: Junto al dictamen examinado, el Tribunal ha contado con las declaraciones en el juicio de tres testigos presenciales de los hechos ocurridos en cierta discoteca durante las primeras horas del 22 de junio de 1984: el dueño del establecimiento, el camarero y un hermano de la víctima. Las versiones son contestes en que, a consecuencia de un golpe o empujón que le propinó el acusado, Jose Enrique cayó de espalda al suelo, donde perdió el conocimiento por un tiempo de tres a cinco minutos; y el hermano añade que hacia las 4 de la tarde, siempre del día 22, encontró a Margarita , inconsciente, tendido sobre el suelo en posición de decúbito ventral, dentro de la habitación a que Jose Enrique se había retirado a dormir tras el episodio de la discoteca, muriendo poco después de ese hallazgo.

A lo que debe agregarse el reconocimiento en el juicio por el procesado de que en la discoteca empujó a Jose Enrique, y de que éste cayó al suelo de baldosas y se desmayó.

Sexto: El que en la apreciación a que se refiere el artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Audiencia haya llegado al convencimiento, disponiendo de los expuestos medios de prueba, sobre la relación de causalidad natural entre un golpe propinado por el acusado a Jose Enrique, la caída de éste, el choque así de su cabeza contra el suelo y la ulterior muerte, no parece quebrantar regla alguna de la lógica, de otra disciplina o de la experiencia general. Consiguientemente, debe afirmarse que el Tribunal a quo contó con un mínimo adecuado de actividad probatoria de cargo, obtenida con las correspondientes garantías constitucionales y de legislación ordinaria y hábil para enervar la presunción de inocencia; por lo que el art. 24 de la Constitución Española no ha sido vulnerado - confrontar Sentencias de 3 de noviembre de 1989 del Tribunal Constitucional y 15 de abril de 1989 del Tribunal Supremo-.

Séptimo: En el restante motivo, y por la vía del art. 849.1.º se denuncia la aplicación indebida del art. 407 del Código Penal, por no haber existido intención de matar ni relación de causalidad.

En la narración fáctica no aparece elemento alg1 del que pueda desprenderse dolo homicida en el procesado. No directo, inmediato o mediato; pues no se vislumbra que pretendiera el fallecimiento, ni que lo previera como ineludible consecuencia de su conducta. Tampoco indirecto, pues no cabe aseverar que quisiera eventualmente la muerte, en cuenta la estimara muy probable, la hiciera suya o le fuere indiferente.

Sí en cambio se desprende que: a) pese a que el procesado no quiso la muerte, sí se extendió su voluntad a la agresión corporal, iniciadora de la cadena concluida con el fallecimiento del agredido; b) pudo prever ese prohibido resultado natural de su comportamiento; c) omitió con la agresión el deber objetivo de cuidado que, exigible a la persona menos diligente, hubiera evitado la caída del agredido al suelo, y los hitos concatenados; d) la lesión del bien jurídico vida le es objetivamente imputable, porque supuso la actualización del riesgo creado por el acusado con su conducta inicial.

No son, así las cosas, calificables los hechos como constitutivos de un delito de homicidio doloso previsto en el art. 407 del Código Penal, con la atenuante de preterintencionalidad contemplada en el art. 9.º.4.º. Y sí constituyen una falta dolosa de maltrato de obra, prevista en el art. 585.1.º del Código Penal - hoy en el 582.2.º-, en

concurso con un delito de imprudencia temeraria y resultado muerte, comprendido en el art. 565 en relación con el 407 -confrontar Sentencia de 4 de julio de 1988 y anteriores a que se refiere-.

Y el último motivo debe ser parcialmente estimado.

En virtud de todo lo cual,

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, por estimación parcial del motivo tercero, al recurso de casación por infracción de ley que ha interpuesto el procesado Cesar contra la Sentencia dictada el 15 de mayo de 1987, por la Audiencia Provincial de La Coruña , en causa contra aquél seguida sobre homicidio, y casamos y anulamos esta sentencia. Se declaran de oficio las costas del recurso. Y devuélvase al recurrente el depósito constituido.

Comuníquese esta sentencia y la que a continuación se dicte a la Audiencia de origen.

## **2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MAYO DE 1990**

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero: El Juzgado núm. 13 de los de Valencia instruyó sumario con el núm. 86/1987, contra Guillermo , y una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de la misma ciudad, que con fecha 23 de diciembre de 1988 dictó sentencia , que contiene el siguiente fallo: Condenamos a Guillermo como criminalmente responsable en concepto de autor de una falta de lesiones y de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de diez días de arresto menor por la falta, y de un año de prisión menor, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena por el delito, al pago de las costas del proceso y a que en

concepto de responsabilidad civil abone la cantidad de 3.000.000 de ptas. a los perjudicados por la muerte de Carlos Ramón , suma la expresada que devengará el interés legal anual.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de ella por esta causa.

Declaramos su solvencia parcial, aprobando el auto que a tal fin dictó el Instructor. Firme que sea la presente, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Segundo: El referido fallo se basó en el hecho probado del tenor literal siguiente: Que Guillermo , mayor de edad, y sin antecedentes penales, sobre las 21,30 horas del día 8 de agosto de 1987 entró en el bar «Record», sito en la calle Mayor de Mislata, donde en la barra se hallaba Carlos Ramón tomando una consumición y dirigiéndose a él, con quien estaba enojado por ciertos roces que con su esposa había tenido, sin mediar palabra alguna, le propinó un puñetazo en la cara que le hizo caer al suelo, golpeándose la cabeza y sufriendo un traumatismo craneo- encefálico del que derivó una hemorragia y edema cerebral que le causó la muerte el día 1 de septiembre de 1987. El finado estaba casado con Victoria y tenía 43 años de edad.

Tercero: Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, y remitidas las pertinentes certificaciones al Tribunal Supremo, se formó el rollo correspondiente, formalizándose el recurso que se basa en los siguientes motivos: 1.º Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender se ha infringido, por aplicación indebida, el párrafo 1.º del art. 565 del Código Penal en relación con el art. 407 del mismo: «El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor». «El que matare a otro será castigado, como homicidio, con la pena de reclusión menor.» 2.º Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender se ha infringido el art. 1.º del Código Penal , por inaplicación, pues dice «no hay pena sin dolo o culpa». 3.º Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender se ha infringido, por inaplicación el núm. 3.º del art. 586 del Código Penal . 4.º Por infracción

de ley, al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender se ha infringido por inaplicación del art. 9.º del Código Penal, circunstancia 10 en relación con la 8.ª. 5.º Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender se ha infringido por aplicación indebida del art. 104 del Código Penal.

Cuarto: El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

Quinto: Hecho el señalamiento para fallo, se celebró la votación prevenida el día 4 de abril de 1990.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: El primer motivo del recurso, acogido al art. 849.1.º, denuncia la indebida aplicación del párrafo 1.º del art. 565 del Código Penal , en relación con el 407, alegando que no se llegó al resultado de la muerte de la víctima de la agresión directamente por la acción del procesado, que sólo propinó un puñetazo, sino que el golpe que se dio al caerse al suelo, por lo que el resultado letal fue accidental, por su propio «mal estado general previo», de lo que no se puede culpar al recurrente.

Aunque sea cierto que la muerte no la produce directamente el puñetazo, no lo es menos que la caída es consecuencia directa de ese golpe voluntariamente asestado, por lo que es causa del traumatismo mortal.

Este motivo ha de respetar íntegramente los hechos probados, y no cabe admitir ni ese «mal estado» que no consta en ellos, ni que la caída sea «accidental».

Porque el puñetazo no es causa directa, es por lo que la muerte no es querida por el agente y por eso la sentencia considera el homicidio como culposo, en concurso con la falta dolosa de lesiones. Pero el resultado no es accidental o fortuito, sino desencadenado por la falta de cautela y previsión del agresor, de cuarenta y tres años, que golpea vigorosamente en la cabeza al agredido, de setenta años, con fuerza suficiente para derribarlo al suelo, caída violenta de la que una previsión normal puede presumir resultados graves, como se produjeron en efecto.

Lo que conduce a la apreciación de temeridad en tal conducta. Cuando el recurrente alega que hubiera sido más apropiada la calificación de la falta de imprudencia simple del art. 586.3.º está contradiciendo su propia tesis de accidentalidad. La imprudencia temeraria, que el Tribunal a quo apreció está más que justificada en la conducta descrita.

La diferencia entre ambas clases de imprudencia es cuantitativa por la intensidad del elemento psicológico de la imprevisión, que en este caso -además de partir de un inicio ilícito, aunque de otra entidad, que condujo al concurso ideal-, es máxima por la mayor previsibilidad de un resultado grave, por la omisión de las más elementales precauciones exigibles a todo adulto medio y por la mayor repulsa social a la falta del deber de cuidado omitido.

Por qué no hubo causa directa «es por lo que no se aprecia dolo en relación con el homicidio y se califica de culposo y porque es flagrante ese dolo en la agresión en sí es por lo que calificó la falta en cuanto a su resultado directo, lesiones.

Reformado el art. 1.º del Código por la Ley Orgánica 8/1983 y desaparecida por la misma reforma la preterintencionalidad heterogénea del art. 50 antiguo, es correcta la solución aplicada por la Audiencia del concurso ideal del homicidio culposo con la falta dolosa de lesiones (Sentencias de esta Sala de 28 de marzo, 12 de julio y 28 de octubre de 1984, 21 de enero, 23 de abril, 12 de noviembre y 20 de diciembre de 1985, y 7 de febrero, 21 y 25 de mayo de 1986, 7 de febrero, 24 de julio y 27 de noviembre de 1987, entre otras). Por consiguiente, la calificación se ajusta a Derecho y no cabe hablar de accidentalidad en el hecho resultante.

El motivo debe ser desestimado.

Segundo: El segundo motivo del recurso entiende indebidamente aplicado el art. 1.º del Código Penal, volviendo a la tesis de que el resultado ulterior y más grave no fue causado por culpa del recurrente, sino como consecuencia de la accidental caída al suelo que produjo a la víctima el traumatismo causante del fallecimiento.

Como puede verse, se incurre en redundancia del motivo al reiterar la versión y razonamientos del anterior.

Ello nos excusa de repeticiones innecesarias, remitiéndonos a la refutación del motivo precedente.

El motivo incurre en incongruencia con los hechos probados que tiene que respetar y, por lo tanto, en el núm. 3.º del art. 884, causa de inadmisión que en este momento procesal es de desestimación.

Tercero: El motivo tercero impugna la aplicación indebida del art. 586.3.º del Código Penal por no apreciarse temeridad en la conducta del recurrente. Vuelve a la alegación de falta de simple imprudencia que ya consignó en el motivo primero, con igual base expositiva.

Por lo que igualmente se dan por reproducidas las razones expuestas para el primer motivo que apoyan la apreciación de temeridad.

Y se desestima el motivo igualmente.

Cuarto: El cuarto motivo se interpuso por inaplicación de la circunstancia atenuante 8.ª del art. 9.º del Código Penal, arrebato u obcecación.

Un motivo del art. 849.1 debe ajustarse absoluta e íntegramente a los hechos probados y en ellos no vemos base alguna para apoyar la concurrencia de tal causa de atenuación, y así lo razona el Tribunal a quo en su fundamento jurídico tercero, al rechazar la alegación de la defensa, por carecer de toda prueba y estar incluso contradicha tal versión del procesado por otra declaración que acredita una prolongación temporal en el propósito agresor que excluye ese estado pasional. Por otra parte, incompatible con una calificación culposa. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

Quinto: El quinto motivo entiende indebidamente aplicado el art. 104 del Código Penal. Alega que, al no haber más hecho delictivo que la falta del art. 582 del Código, la indemnización no puede referirse sino a sus resultados y los 3.000.000 de ptas. fijados por la muerte no guarda relación con los perjuicios irrogados por esa falta.

Olvida incomprensiblemente el recurrente que ha sido condenado también por un delito de homicidio culposo de imprudencia temeraria con resultado de muerte, por

lo que el Tribunal ha fijado correctamente la obligación de indemnizarla conforme a los artículos 19, 101 y 104 del Código Penal y 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El motivo carece manifiestamente de fundamento (artículo 885.1.º de la Ley Procesal) y debe ahora ser objeto de desestimación.

En consecuencia, procede y

**FALLO:**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a la estimación del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el procesado Guillermo , contra Sentencia dictada por la Audiencia de Valencia, con fecha 23 de diciembre de 1988 , en causa seguida contra el mismo por delito de imprudencia y falta lesiones.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso, y a la pérdida del depósito que constituyó en su día, al que se le dará el destino legal.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos.

### **3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 1999**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

1º.- El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Murcia, incoó sumario con el número 1/97, contra Juan Carlos , siguiéndose su tramitación por la L.O. 5/95 del Tribunal del Jurado con el número de procedimiento 2/97, dictándose sentencia con el número 1 de 1.997 por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Murcia, el veintinueve de Septiembre de mil novecientos noventa y siete, en base al veredicto emitido por el Jurado, y que contiene el siguiente F A L L O : "Que debo CONDENAR Y CONDENO a Juan Carlos como autor responsable de un delito de lesiones dolosas en concurso ideal con otro de homicidio por imprudencia, sin que concurran circunstancias

modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de cuatro años, con sus accesorias correspondientes de suspensión de cargo público e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Y a que indemnice en un millón quinientas mil pesetas a cada uno de sus nueve hijos por la muerte de su madre.

Notifíquese la presente resolución conforme a lo dispuesto en el artículo 348.4 de la Ley Orgánica 6/85".

2.- Contra mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Juan Carlos , que fue elevado a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que, con fecha 19 de Diciembre de 1.997, dictó el siguiente pronunciamiento: "F A L L A M O S : Que con estimación de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, contra la sentencia del Tribunal del Jurado de fecha veintinueve de Septiembre de mil novecientos noventa y siete, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando otra por la que se condena a D. Juan Carlos como autor de un delito de homicidio, a la pena de 11 (once) años de prisión manteniendo la sentencia recurrida en sus demás pronunciamientos, y sin hacer expresa condena en las costas causadas en esta instancia.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma según el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia, que solicitará ante este Tribunal".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el procesado Juan Carlos, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación procesal de Juan Carlos, basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 138 y 11 del Código Penal; en relación por infracción del artículo 53 y 63 en relación con el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del principio acusatorio contenido en el marco del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 de la Constitución Española.

TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de los artículos 147.1 y 142, en relación de concurso ideal del artículo 77 todos ellos del Código Penal de 1.995.

5.- Las partes se instruyeron del recurso interpuesto, y la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la Vista, ésta se celebró el 7 de Julio de 1.999. El Excmo. Sr. DELGADO ha sido sustituido por el Excmo. Sr. Excmo. DE VEGA. Las partes manifiestan que no tienen nada que alegar.

El Letrado recurrente D<sup>a</sup> Guadalupe GONZALEZ FERNANDEZ, y conjuntamente D. Miguel PARDO DOMINGUEZ en defensa de Juan Carlos, pidió la estimación del recurso.

La acusación particular no compareció.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso y pidió la confirmación de la sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El motivo inicial del recurso, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia infracción de Ley determinada por la indebida aplicación al caso de los artículos 138 y 11 del Código penal en relación con

infracciones de los artículos 52, 53 y 63 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Señala el recurrente que la resolución combatida se aparta del respeto escrupuloso que ha de prestarse a los hechos probados y vulnera el principio acusatorio. Como el segundo motivo del recurso se centra en esta segunda cuestión procede dedicarse a la consideración de la primera.

En un motivo en que se alega infracción de Ley hay que aceptar inexcusablemente los hechos declarados probados. En este caso en los de la sentencia, basada en los que el juzgador estima probados, dictada en la instancia se dice que en las primeras horas de la noche del 3 de Marzo de 1.996 el acusado sin querer causar muerte, y sin representarse la posibilidad de que muriera, golpeó en la cabeza, brazos, piernas y tronco a su esposa, la cual era obesa y diabética y sufría problemas circulatorios, vasculares y hepáticos, así como arterioesclerosis, y cayó al suelo, sin que el acusado solicitara ayuda en el tiempo que la mujer continuó en el suelo hasta que se produjo el fallecimiento, tras lo cual fue, a las 21.45 horas del siguiente día 4 de Marzo, al servicio de urgencia en busca de un médico para su esposa.

La infracción legal que se denuncia no solo se refiere a la del artículo 138 del Código Penal que sanciona la muerte de otro como delito de homicidio, sino que plantea la corrección de aplicar al caso lo que dispone el artículo 11 del mismo Código que regula cuando cabe estimar la comisión por omisión de delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado. Este precepto establece en términos generales, y sin entrar a enumerar específicamente qué delitos son los que son de resultado, los requisitos precisos para esa forma comisiva. En primer lugar la equivalencia para determinar la causación entre lo que sería acción comisiva y la no evitación del resultado, que, a su vez ha de generarse por infracción de un especial deber jurídico del autor, infracción que el propio texto legal define en dos casos de equiparación de acción y omisión: una la existencia de una específica obligación contractual o legal de actuar, otra cuando el que omite actuar ha creado un riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente, de tal manera que con ese previo comportamiento activo u omisivo, que ha de ser también doloso, ha devenido garante de la evitación del resultado lesivo que la ocasión de peligro genera.

Ha de comprobarse si en este caso concurren todas las dichas exigencias. Y la observación de los hechos probados permite la respuesta afirmativa. En efecto, el agente del hecho golpea fuertemente a su esposa en diversas partes del cuerpo, entre ellas la cabeza, hasta que cae al suelo, es decir produce dolosamente una situación de riesgo para la vida de la mujer, de la que sabe, además, los padecimientos de varias clases que le afectan y comprende la dificultad de moverse por sí sola dada su obesidad. A partir de ello deviene garante de que no se produzca el resultado lesivo para el que ha desencadenado activamente el riesgo, creando para él una obligación de actuar y, sin embargo, escoge voluntariamente la inactividad omitiendo durante muchas horas buscar medios que contrarresten el riesgo para la vida de la mujer que él mismo ha creado. Tal conducta tiene para la causación del fallecimiento los mismos efectos que una conducta activa dirigida a causar la muerte, es decir esa conducta de omisión de actuación, a la que estaba obligado por su anterior actividad dolosa, provoca en vía causal el fallecimiento. Es evidente que la correcta aplicación del artículo 11 del Código Penal determina la corrección de aplicar el 138 del mismo Código ya que la omisión del agente ha determinado que matara a la víctima.

Las infracciones que se alegan de los artículos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado no pueden acogerse, porque las que se dicen infringidas no son normas penales de carácter sustantivo que hayan de observarse en la aplicación de la Ley Penal, como exige para la infracción de Ley el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su número primero.

El motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo correlativo se consagra a la alegación, con base en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la vulneración del principio acusatorio que el recurrente sitúa en el marco del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que expresa el artículo 24 de la Constitución. Tal vulneración afirma el recurrente que se produce por no haberse expresado por las partes acusadoras en sus calificaciones que la conducta del acusado causante de la muerte fuera omisiva.

En el proceso penal español rige el principio acusatorio por exigencias derivadas de las garantías procesales y de proscripción de toda indefensión que el artículo 24 de la

Constitución recoge y, en un marco más amplio, se fundamenta en el valor justicia que, como superior del ordenamiento, propugna el texto constitucional de este Derecho en que el país se organiza. Para su aplicación es preciso una correlación entre la acusación formulada y la sentencia que se pronuncie, con lo que se habrá posibilitado temporáneamente al acusado conocer la infracción penal que le es atribuída y permitido hacer alegaciones contrarias, proponer prueba y participar en toda la que se practique con una estrategia defensiva. El tribunal está vinculado para dictar sentencia por la descripción del hecho por las partes acusadoras en cuanto se refieren a los precisos para definir y delimitar el delito, la participación en él del acusado y configuran circunstancias agravantes, y, de otra parte, vincula al tribunal la calificación jurídica de los hechos realizados en las calificaciones definitivas, de tal modo que no se podrá condenar más gravemente de lo que corresponda a esa previa delimitación por la acusación, ni apreciarse grados de ejecución superiores ni agravantes que en las acusaciones no se expresen, ni condenar por delitos distintos a los que han sido objeto de la acusación, salvo en los casos de homogeneidad entre los elementos tipificadores de uno y otro delito (sentencias de esta Sala de 2 de Abril, 22 de Mayo, 12 y 23 de Junio, 22 de Septiembre, 7 de Octubre y 18 de Noviembre de 1998).

En el presente caso desde las conclusiones provisionales tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular estimaron ser los hechos constitutivos de un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal y describieron detalladamente que la omisión de cuidados a la mujer por parte del acusado había durado en torno a veinticuatro horas hasta el fallecimiento, tras haber propinado golpes a la mujer por todo el cuerpo y en la cabeza. El acusado pues estaba apercibido de los actos que se le atribuían y de la calificación que a las partes acusadoras merecían. Y así intentó una exculpación en el sentido de que alimentó y medicó a la mujer durante el tiempo en que estaba caída en el suelo, aunque sus explicaciones de ayuda no fueron admitidas como probadas por el jurado. Ese conocimiento previo de la conducta de la que era acusado y de la calificación jurídico-penal que las acusaciones le atribuían excluye admitir que se infringió en su contra el principio acusatorio.

El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El último motivo del recurso denuncia infracción de Ley por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y señala como infringidos por su no aplicación los artículos 142 y 147.1 del Código Penal en relación de concurso ideal del artículo 77 del mismo Código. Es decir el recurrente pretende se admita que en la sentencia de apelación se han infringido los preceptos penales que se acogieron en la primera sentencia, dictada por el tribunal del jurado, que calificó los hechos como un delito de lesiones en concurso ideal con un homicidio por imprudencia.

La pretensión que incorpora el motivo podría admitirse si la conducta del inculcado se hubiera terminado tras golpear a su esposa sin ánimo de matarla y el óbito se hubiera producido a consecuencia inmediata de su actuación, pero, como se explica en el primer fundamento de esta resolución, la causa final del fallecimiento es atribuible a su omisión en evitar prestar asistencia a quien había lesionado y de cuyo ulterior cuidado era garante, para evitar el riesgo letal que con su previa conducta había determinado y que le obligaba a actuar para evitarlo. Esa omisión de cuidados necesarios para la sobrevivencia de su víctima ha sido acogida como probada en el veredicto del jurado y pasó a integrar los hechos probados de la sentencia.

El motivo ha de ser desestimado.

FALLO:

F A L L A M O S: Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por Juan Carlos contra sentencia dictada el diecinueve de Diciembre de 1.997 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en apelación de la dictada por el tribunal del Jurado en causa contra el mismo seguida por delito de homicidio, con expresa condena al recurrente en las costas ocasionadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos y con devolución a la misma de la causa que, en su día, remitió.

**4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1999**

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

1º.- El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Murcia, incoó sumario con el número 1/97, contra Juan Carlos , siguiéndose su tramitación por la L.O. 5/95 del Tribunal del Jurado con el número de procedimiento 2/97, dictándose sentencia con el número 1 de 1.997 por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Murcia, el veintinueve de Septiembre de mil novecientos noventa y siete, en base al veredicto emitido por el Jurado, y que contiene el siguiente F A L L O : "Que debo CONDENAR Y CONDENO a Juan Carlos como autor responsable de un delito de lesiones dolosas en concurso ideal con otro de homicidio por imprudencia, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de cuatro años, con sus accesorias correspondientes de suspensión de cargo público e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Y a que indemnice en un millón quinientas mil pesetas a cada uno de sus nueve hijos por la muerte de su madre.

Notifíquese la presente resolución conforme a lo dispuesto en el artículo 348.4 de la Ley Orgánica 6/85".

2.- Contra mencionada sentencia se interpuesto recurso de apelación por la representación de Juan Carlos, que fue elevado a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que, con fecha 19 de Diciembre de 1.997, dictó el siguiente pronunciamiento: "F A L L A M O S : Que con estimación de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, contra la sentencia del Tribunal del Jurado de fecha veintinueve de Septiembre de mil novecientos noventa y siete, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando otra por la que se condena a D. Juan Carlos como autor de un delito de homicidio, a la pena de 11 (once) años de prisión manteniendo la sentencia recurrida en sus demás pronunciamientos, y sin hacer expresa condena en las costas causadas en esta instancia.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma según el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar,

petición que formulará mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia, que solicitará ante este Tribunal".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el procesado Juan Carlos , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación procesal de Juan Carlos, basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 138 y 11 del Código Penal; en relación por infracción del artículo 53 y 63 en relación con el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del principio acusatorio contenido en el marco del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 de la Constitución Española.

TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de los artículos 147.1 y 142, en relación de concurso ideal del artículo 77 todos ellos del Código Penal de 1.995.

5.- Las partes se instruyeron del recurso interpuesto, y la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la Vista, ésta se celebró el 7 de Julio de 1.999. El Excmo. Sr. DELGADO ha sido sustituido por el Excmo. Sr. Excmo. DE VEGA. Las partes manifiestan que no tienen nada que alegar.

El Letrado recurrente D<sup>a</sup> Guadalupe GONZALEZ FERNANDEZ, y conjuntamente D. Miguel PARDO DOMINGUEZ en defensa de Juan Carlos , pidió la estimación del recurso.

La acusación particular no compareció.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso y pidió la confirmación de la sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El motivo inicial del recurso, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia infracción de Ley determinada por la indebida aplicación al caso de los artículos 138 y 11 del Código penal en relación con infracciones de los artículos 52, 53 y 63 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Señala el recurrente que la resolución combatida se aparta del respeto escrupuloso que ha de prestarse a los hechos probados y vulnera el principio acusatorio. Como el segundo motivo del recurso se centra en esta segunda cuestión procede dedicarse a la consideración de la primera.

En un motivo en que se alega infracción de Ley hay que aceptar inexcusablemente los hechos declarados probados. En este caso en los de la sentencia, basada en los que el juzgador estima probados, dictada en la instancia se dice que en las primeras horas de la noche del 3 de Marzo de 1.996 el acusado sin querer causar muerte, y sin representarse la posibilidad de que muriera, golpeó en la cabeza, brazos, piernas y tronco a su esposa, la cual era obesa y diabética y sufría problemas circulatorios, vasculares y hepáticos, así como arterioesclerosis, y cayó al suelo, sin que el acusado solicitara ayuda en el tiempo que la mujer continuó en el suelo hasta que se produjo el fallecimiento, tras lo cual fue, a las 21.45 horas del siguiente día 4 de Marzo, al servicio de urgencia en busca de un médico para su esposa.

La infracción legal que se denuncia no solo se refiere a la del artículo 138 del Código Penal que sanciona la muerte de otro como delito de homicidio, sino que plantea la corrección de aplicar al caso lo que dispone el artículo 11 del mismo Código que regula cuando cabe estimar la comisión por omisión de delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado. Este precepto establece en términos generales, y sin entrar a enumerar específicamente qué delitos son los que son de resultado, los

requisitos precisos para esa forma comisiva. En primer lugar la equivalencia para determinar la causación entre lo que sería acción comisiva y la no evitación del resultado, que, a su vez ha de generarse por infracción de un especial deber jurídico del autor, infracción que el propio texto legal define en dos casos de equiparación de acción y omisión: una la existencia de una específica obligación contractual o legal de actuar, otra cuando el que omite actuar ha creado un riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente, de tal manera que con ese previo comportamiento activo u omisivo, que ha de ser también doloso, ha devenido garante de la evitación del resultado lesivo que la ocasión de peligro genera.

Ha de comprobarse si en este caso concurren todas las dichas exigencias. Y la observación de los hechos probados permite la respuesta afirmativa. En efecto, el agente del hecho golpea fuertemente a su esposa en diversas partes del cuerpo, entre ellas la cabeza, hasta que cae al suelo, es decir produce dolosamente una situación de riesgo para la vida de la mujer, de la que sabe, además, los padecimientos de varias clases que le afectan y comprende la dificultad de moverse por sí sola dada su obesidad. A partir de ello deviene garante de que no se produzca el resultado lesivo para el que ha desencadenado activamente el riesgo, creando para él una obligación de actuar y, sin embargo, escoge voluntariamente la inactividad omitiendo durante muchas horas buscar medios que contrarresten el riesgo para la vida de la mujer que él mismo ha creado. Tal conducta tiene para la causación del fallecimiento los mismos efectos que una conducta activa dirigida a causar la muerte, es decir esa conducta de omisión de actuación, a la que estaba obligado por su anterior actividad dolosa, provoca en vía causal el fallecimiento. Es evidente que la correcta aplicación del artículo 11 del Código Penal determina la corrección de aplicar el 138 del mismo Código ya que la omisión del agente ha determinado que matara a la víctima.

Las infracciones que se alegan de los artículos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado no pueden acogerse, porque las que se dicen infringidas no son normas penales de carácter sustantivo que hayan de observarse en la aplicación de la Ley Penal, como exige para la infracción de Ley el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su número primero.

El motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo correlativo se consagra a la alegación, con base en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la vulneración del principio acusatorio que el recurrente sitúa en el marco del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que expresa el artículo 24 de la Constitución. Tal vulneración afirma el recurrente que se produce por no haberse expresado por las partes acusadoras en sus calificaciones que la conducta del acusado causante de la muerte fuera omisiva.

En el proceso penal español rige el principio acusatorio por exigencias derivadas de las garantías procesales y de proscripción de toda indefensión que el artículo 24 de la Constitución recoge y, en un marco más amplio, se fundamenta en el valor justicia que, como superior del ordenamiento, propugna el texto constitucional de este Derecho en que el país se organiza. Para su aplicación es preciso una correlación entre la acusación formulada y la sentencia que se pronuncie, con lo que se habrá posibilitado temporáneamente al acusado conocer la infracción penal que le es atribuída y permitido hacer alegaciones contrarias, proponer prueba y participar en toda la que se practique con una estrategia defensiva. El tribunal está vinculado para dictar sentencia por la descripción del hecho por las partes acusadoras en cuanto se refieren a los precisos para definir y delimitar el delito, la participación en él del acusado y configuran circunstancias agravantes, y, de otra parte, vincula al tribunal la calificación jurídica de los hechos realizados en las calificaciones definitivas, de tal modo que no se podrá condenar más gravemente de lo que corresponda a esa previa delimitación por la acusación, ni apreciarse grados de ejecución superiores ni agravantes que en las acusaciones no se expresen, ni condenar por delitos distintos a los que han sido objeto de la acusación, salvo en los casos de homogeneidad entre los elementos tipificadores de uno y otro delito ( sentencias de esta Sala de 2 de Abril, 22 de Mayo, 12 y 23 de Junio, 22 de Septiembre, 7 de Octubre y 18 de Noviembre de 1998).

En el presente caso desde las conclusiones provisionales tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular estimaron ser los hechos constitutivos de un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal y describieron detalladamente que la omisión de cuidados a la mujer por parte del acusado había durado en torno a veinticuatro horas hasta el fallecimiento, tras haber propinado golpes a la mujer por todo el cuerpo y en la cabeza. El acusado pues estaba apercebido de los actos que se le

atribuían y de la calificación que a las partes acusadoras merecían. Y así intentó una exculpación en el sentido de que alimentó y medicó a la mujer durante el tiempo en que estaba caída en el suelo, aunque sus explicaciones de ayuda no fueron admitidas como probadas por el jurado. Ese conocimiento previo de la conducta de la que era acusado y de la calificación jurídico-penal que las acusaciones le atribuían excluye admitir que se infringió en su contra el principio acusatorio.

El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El último motivo del recurso denuncia infracción de Ley por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y señala como infringidos por su no aplicación los artículos 142 y 147.1 del Código Penal en relación de concurso ideal del artículo 77 del mismo Código. Es decir el recurrente pretende se admita que en la sentencia de apelación se han infringido los preceptos penales que se acogieron en la primera sentencia, dictada por el tribunal del jurado, que calificó los hechos como un delito de lesiones en concurso ideal con un homicidio por imprudencia.

La pretensión que incorpora el motivo podría admitirse si la conducta del inculcado se hubiera terminado tras golpear a su esposa sin ánimo de matarla y el óbito se hubiera producido a consecuencia inmediata de su actuación, pero, como se explica en el primer fundamento de esta resolución, la causa final del fallecimiento es atribuible a su omisión en evitar prestar asistencia a quien había lesionado y de cuyo ulterior cuidado era garante, para evitar el riesgo letal que con su previa conducta había determinado y que le obligaba a actuar para evitarlo. Esa omisión de cuidados necesarios para la sobrevivencia de su víctima ha sido acogida como probada en el veredicto del jurado y pasó a integrar los hechos probados de la sentencia.

El motivo ha de ser desestimado.

FALLO:

F A L L A M O S : Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por Juan Carlos contra sentencia dictada el diecinueve de Diciembre de 1.997 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en apelación de la dictada por el tribunal del

Jurado en causa contra el mismo seguida por delito de homicidio, con expresa condena al recurrente en las costas ocasionadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos y con devolución a la misma de la causa que, en su día, remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE 2000**

### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Torrelavega, instruyó Sumario nº 3/90, contra Manuel y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Santander (Sección Tercera) que, con fecha ocho de enero de mil novecientos noventa y nueve, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "UNICO.- Ha resultado probado y así se declara que sobre las 1,30 horas del día 22 de marzo de 1.990, el acusado, Manuel , nacido el tres de abril de 1.965 y sin antecedentes penales, con ánimo de obtener un beneficio económico, abordó a Darío , de 50 años, que caminaba por la calle El Cid, de la localidad de Torrelavega, el cual se opuso a sus pretensiones y comenzó a pedir auxilio, por lo que se entabló un forcejeo entre ellos, en el curso del cual Manuel golpeó a Darío en los testículos y le agarró por el cuello, presionando sobre el mismo, produciéndose la muerte de Darío como consecuencia de una arritmia cardíaca, consecutiva a la estimulación traumática de zonas reflexógenas.- El acusado se apoderó de un reloj marca "Wittnaver" y de un anillo de oro de piedra roja, que portaba la víctima, así como de una cartera. Estos objetos fueron recuperados; el reloj en poder del acusado y el anillo en el lugar en el que se produjo su detención.- Darío se encontraba casado y con tres hijos mayores de edad, que no estaban a su cargo".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado Manuel , como autor de un delito de homicidio (sic) y de un delito de robo con intimidación, antes descritos, a la pena de diez años de prisión e inhabilitación absoluta durante la condena, por el primer delito, y a la pena de dos años de prisión, por el segundo, condenándole igualmente al pago de las costas procesales y a que indemnice a los herederos legales de D°. Darío en la suma de 12.000.000 de pesetas".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de Manuel, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Manuel, formalizó su recurso, alegando los siguientes motivos:

PRIMERO.- Infracción de ley acogida por el artículo 642 de la L.E.C., por haber habido infracción en la apreciación de la prueba, y ello porque según ha resultado acreditado, se ha producido una agresión, pero no se ha acreditado ni probado suficientemente quien ha sido su autor, habiéndose conculcado de este modo lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución.

SEGUNDO.- Infracción del artículo 142.1 del Código Penal. Para el caso de que fuera condenado por delito de homicidio, lo fuese este como culposo, del artículo 142.1 del vigente Código Penal, pues no hay un animus necandi o intención de matar como se deriva de los hechos reflejados en el acta o en la propia sentencia, donde como se desprende claramente incluso de los informes médicos obrantes en autos, el fallecido muere por problemas pulmonares y cardiacos, no como resultado de la agresión.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 16 de febrero de 2000.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Invocando infracción de ley "por haber habido infracción en la apreciación de la prueba", con evidente error, lo que plantea el primer motivo es la infracción de precepto constitucional ex artículo 5.4. LOPJ, aunque expresamente no lo diga, invocando el artículo 24.2 C.E., argumentando sustancialmente falta de actividad probatoria, cuestionando los indicios consignados en la sentencia recurrida y falta de reconocimiento del recurrente por el testigo presencial de los hechos.

SEGUNDO.- El hecho que constituye el objeto de la prueba de cargo es la muerte a manos del recurrente de la víctima. El único testigo conocido presente en el escenario del crimen no ha reconocido, identificándolo precisamente, a dicho impugnante. Ello significa la inexistencia de prueba de cargo directa, desde luego la más segura y fiable, en el presente caso, y así lo admite el Tribunal Provincial cuando basa ex art. 741 LECrim.su convicción "en concluyente prueba indiciaria" (F.D. 1º).

TERCERO.- Es Jurisprudencia consolidada del T.C. y del T.S., cuya cita sería interminable, que el derecho constitucional a la presunción de inocencia puede ser también enervado, a falta de dicha prueba de cargo directa, cuando la convicción judicial se asienta sobre la llamada prueba indiciaria o circunstancial, que precisamente por ello plantea mayores exigencias desde el punto de vista del razonamiento de la conclusión judicial, puesto que tiene por objeto fijar la certeza de unos hechos, los indicios, que por si solos no son constitutivos de delito, de forma que es preciso inferir de aquéllos los constitutivos del hecho penal relevante en su integridad -hecho, participación del acusado y circunstancias jurídicamente relevantes-, lo que conlleva la exposición suficiente por el Tribunal de las razones o motivos de su convicción, es decir, el nexo causal y razonable entre los hechos-base acreditados y los constitutivos de la infracción que se trata de probar, constituyendo un proceso lógico similar al previsto para la prueba de presunciones por los arts. 1249 y 1253 C.C., y la corrección de dicha inferencia sí es revisable en casación como consecuencia necesaria del control sobre la existencia o inexistencia de prueba suficiente de cargo, mediante la denuncia de infracción de precepto constitucional (art. 5.4 L.O.P.J.). Ello no limita propiamente el

alcance del artículo 741 LECrim en relación con la facultad soberana del Tribunal de instancia para apreciar en conciencia las pruebas practicadas, pero sí residencia en la Casación la potestad de verificar la existencia de actividad probatoria suficiente e incriminatoria capaz potencialmente de desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que necesariamente determina, por lo dicho, la revisión del nexo causal cuando aquélla es indiciaria atendiendo a su propia estructura lógica, depurando los verdaderos indicios de las meras conjeturas o sospechas, las diversas consecuencias o alternativas presentes y el número y calidad de los primeros.

CUARTO.- Pues bien, la sentencia recurrida asienta sólidamente su conclusión fáctica sobre la base de los indicios expuestos en sus consideraciones jurídicas, motivando expresa y suficientemente el engarce lógico existente entre aquéllos y la primera. El recurrente cuando es detenido tiene en su poder el reloj perteneciente a la víctima e igualmente se halla en el lugar de la detención el anillo también perteneciente a aquélla. Indicio también relevante, valorado justamente por la Sala, es el lapso de tiempo transcurrido desde el momento de la agresión hasta el de la detención, tres cuartos de hora aproximadamente. Por último, hecho-base decisivo es la descripción aportada por el testigo que conduce a los agentes en el lapso de tiempo referido directamente a su detención. Son varios los ingredientes fácticos, interdependientes entre sí, que conducen e integran en el enlace preciso y directo entre los mismos y la conclusión que no es otra que la participación y autoría del recurrente. Además, los indicios se obtienen directamente de la prueba testifical evacuada por los agentes intervinientes y el propio testigo presente en el lugar de los hechos, sin que las alegaciones defensivas del acusado alcancen verosimilitud.

El motivo, pues, no debe ser acogido.

QUINTO.- Por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, aunque no lo cite expresamente, acusa el recurrente, en segundo lugar, falta de aplicación al caso del art. 142.1 C.P., que tipifica el homicidio por imprudencia.

Argumenta sustancialmente la ausencia de "animus necandi" y la muerte por patologías ajenas a la propia agresión "como se desprende claramente incluso de los informes médicos obrantes en autos, el fallecido muere por problemas pulmonares y cardíacos, no como resultado de la agresión".

SEXTO.- Dicha vía casacional debe partir necesariamente del relato histórico de la sentencia (artículo 884.3 LECrim).

Se afirma en los hechos probados ".....en el curso del cual Manuel golpeó a Darío en los testículos y le agarró por el cuello, presionando sobre el mismo, produciéndose la muerte de Darío como consecuencia de una arritmia cardíaca, consecutiva a la estimulación traumática de zonas reflexógenas", añadiendo en el fundamento jurídico segundo, primer párrafo, con valor fáctico integrador, "la existencia de un hematoma testicular, relacionable con un golpe de importante intensidad, así como desgarros en la túnica íntima y media de las arterias carótidas, con origen en una acción mecánica, no banal, de tracción y de constricción sobre el cuello.....".

SEPTIMO.- La existencia del "animus necandi" se infiere de lo anterior y está comprendida en la ejecución de la acción típica. Basándose la culpa en la negligencia o ligereza del comportamiento del agente, que no persigue ni mucho menos acepta el resultado, es evidente que las formas de agresión descritas, su contundencia, son incompatibles con el tipo de imprudencia pretendido, y conllevan el elemento intelectual (saber) y volitivo (querer) propio del dolo. La Audiencia entiende que concurre el llamado eventual, donde no se persigue directamente el resultado, aunque sí se prevé su posible producción, que se acepta caso de que se produzca, criterio que tampoco es incompatible con el relato histórico, siendo irrelevante la concurrencia del directo o eventual a efectos penológicos.

OCTAVO.- En cuanto al cuestionamiento de la relación de causalidad, se dice en el recurso "el fallecido muere por problemas pulmonares y cardíacos, no como resultado de la agresión", desconociendo los hechos probados que engarzan el fallecimiento como subsiguiente o "consecutivo" a la estimulación traumática de zonas reflexógenas (golpe de importante intensidad en la zona testicular y tracción y

constricción sobre el cuello con desgarros en la túnica íntima y media de las arterias carótidas).

La Jurisprudencia de esta Sala, partiendo de la idoneidad de la acción para desencadenar el fallecimiento, como es el caso, ha señalado que únicamente pueden interferir el curso causal del resultado de la acción los llamados "accidentes extraños", debidos a comportamientos maliciosos o negligentes del propio ofendido o a la conducta dolosa de un tercero, pero no las denominadas "concausas preexistentes", tales como los padecimientos crónicos del ofendido, su estado de salud o su debilidad física, lo que es aplicable al presente supuesto (por todas la S.T.S. de 4/7/97 citada por la propia Audiencia). Y no se trata solo de la aplicación de la llamada teoría de la equivalencia o de la condición, causalidad natural, sino igualmente debe constatar que las agresiones descritas constituyen indudablemente, desde el punto de vista normativo, la creación de un riesgo prohibido para la vida de la víctima, aceptando de antemano el agente el posible resultado de su acción como ya hemos señalado más arriba.

Por todo ello, también procede la desestimación del segundo motivo.

NOVENO.- Ex artículo 901.2 LECrim las costas del recurso deben ser impuestas al recurrente.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional interpuesto por Manuel frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Tercera, en fecha 8/1/99, en causa seguida al mismo por delitos de robo y homicidio, con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Anticípese el presente Fallo a dicha Audiencia dada la situación personal del recurrente.

6. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 1999**

ANTECEDENTES DE HECHO:

1º.- El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Murcia, incoó sumario con el número 1/97, contra Juan Carlos, siguiéndose su tramitación por la L.O. 5/95 del Tribunal del Jurado con el número de procedimiento 2/97, dictándose sentencia con el número 1 de 1.997 por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Murcia, el veintinueve de Septiembre de mil novecientos noventa y siete, en base al veredicto emitido por el Jurado, y que contiene el siguiente F A L L O : "Que debo CONDENAR Y CONDENO a Juan Carlos como autor responsable de un delito de lesiones dolosas en concurso ideal con otro de homicidio por imprudencia, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de cuatro años, con sus accesorias correspondientes de suspensión de cargo público e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Y a que indemnice en un millón quinientas mil pesetas a cada uno de sus nueve hijos por la muerte de su madre.

Notifíquese la presente resolución conforme a lo dispuesto en el artículo 348.4 de la Ley Orgánica 6/85".

2.- Contra mencionada sentencia se interpuesto recurso de apelación por la representación de Juan Carlos, que fue elevado a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que, con fecha 19 de Diciembre de 1.997, dictó el siguiente pronunciamiento: "F A L L A M O S: Que con estimación de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, contra la sentencia del Tribunal del Jurado de fecha veintinueve de Septiembre de mil novecientos noventa y siete, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando otra por la que se condena a D. Juan Carlos como autor de un delito de homicidio, a la pena de 11 (once) años de prisión manteniendo la sentencia recurrida en sus demás pronunciamientos, y sin hacer expresa condena en las costas causadas en esta instancia.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma según el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia, que solicitará ante este Tribunal".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el procesado Juan Carlos , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación procesal de Juan Carlos , basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 138 y 11 del Código Penal; en relación por infracción del artículo 53 y 63 en relación con el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del principio acusatorio contenido en el marco del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 de la Constitución Española.

TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de los artículos 147.1 y 142, en relación de concurso ideal del artículo 77 todos ellos del Código Penal de 1.995.

5.- Las partes se instruyeron del recurso interpuesto, y la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la Vista, ésta se celebró el 7 de Julio de 1.999. El Excmo. Sr. DELGADO ha sido sustituido por el Excmo. Sr. Excmo. DE VEGA. Las partes manifiestan que no tienen nada que alegar.

El Letrado recurrente D<sup>a</sup> Guadalupe GONZALEZ FERNANDEZ, y conjuntamente D. Miguel PARDO DOMINGUEZ en defensa de Juan Carlos , pidió la estimación del recurso.

La acusación particular no compareció.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso y pidió la confirmación de la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El motivo inicial del recurso, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia infracción de Ley determinada por la indebida aplicación al caso de los artículos 138 y 11 del Código penal en relación con infracciones de los artículos 52, 53 y 63 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Señala el recurrente que la resolución combatida se aparta del respeto escrupuloso que ha de prestarse a los hechos probados y vulnera el principio acusatorio. Como el segundo motivo del recurso se centra en esta segunda cuestión procede dedicarse a la consideración de la primera.

En un motivo en que se alega infracción de Ley hay que aceptar inexcusablemente los hechos declarados probados. En este caso en los de la sentencia, basada en los que el juzgador estima probados, dictada en la instancia se dice que en las primeras horas de la noche del 3 de Marzo de 1.996 el acusado sin querer causar muerte, y sin representarse la posibilidad de que muriera, golpeó en la cabeza, brazos, piernas y tronco a su esposa, la cual era obesa y diabética y sufría problemas circulatorios, vasculares y hepáticos, así como arterioesclerosis, y cayó al suelo, sin que el acusado solicitara ayuda en el tiempo que la mujer continuó en el suelo hasta que se produjo el fallecimiento, tras lo cual fué, a las 21.45 horas del siguiente día 4 de Marzo, al servicio de urgencia en busca de un médico para su esposa.

La infracción legal que se denuncia no solo se refiere a la del artículo 138 del Código Penal que sanciona la muerte de otro como delito de homicidio, sino que plantea

la corrección de aplicar al caso lo que dispone el artículo 11 del mismo Código que regula cuando cabe estimar la comisión por omisión de delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado. Este precepto establece en términos generales, y sin entrar a enumerar específicamente qué delitos son los que son de resultado, los requisitos precisos para esa forma comisiva. En primer lugar la equivalencia para determinar la causación entre lo que sería acción comisiva y la no evitación del resultado, que, a su vez ha de generarse por infracción de un especial deber jurídico del autor, infracción que el propio texto legal define en dos casos de equiparación de acción y omisión: una la existencia de una específica obligación contractual o legal de actuar, otra cuando el que omite actuar ha creado un riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente, de tal manera que con ese previo comportamiento activo u omisivo, que ha de ser también doloso, ha devenido garante de la evitación del resultado lesivo que la ocasión de peligro genera.

Ha de comprobarse si en este caso concurren todas las dichas exigencias. Y la observación de los hechos probados permite la respuesta afirmativa. En efecto, el agente del hecho golpea fuertemente a su esposa en diversas partes del cuerpo, entre ellas la cabeza, hasta que cae al suelo, es decir produce dolosamente una situación de riesgo para la vida de la mujer, de la que sabe, además, los padecimientos de varias clases que le afectan y comprende la dificultad de moverse por sí sola dada su obesidad. A partir de ello deviene garante de que no se produzca el resultado lesivo para el que ha desencadenado activamente el riesgo, creando para él una obligación de actuar y, sin embargo, escoge voluntariamente la inactividad omitiendo durante muchas horas buscar medios que contrarresten el riesgo para la vida de la mujer que él mismo ha creado. Tal conducta tiene para la causación del fallecimiento los mismos efectos que una conducta activa dirigida a causar la muerte, es decir esa conducta de omisión de actuación, a la que estaba obligado por su anterior actividad dolosa, provoca en vía causal el fallecimiento. Es evidente que la correcta aplicación del artículo 11 del Código Penal determina la corrección de aplicar el 138 del mismo Código ya que la omisión del agente ha determinado que matara a la víctima.

Las infracciones que se alegan de los artículos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado no pueden acogerse, porque las que se dicen infringidas no son normas

penales de carácter sustantivo que hayan de observarse en la aplicación de la Ley Penal, como exige para la infracción de Ley el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su número primero.

El motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo correlativo se consagra a la alegación, con base en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la vulneración del principio acusatorio que el recurrente sitúa en el marco del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que expresa el artículo 24 de la Constitución. Tal vulneración afirma el recurrente que se produce por no haberse expresado por las partes acusadoras en sus calificaciones que la conducta del acusado causante de la muerte fuera omisiva.

En el proceso penal español rige el principio acusatorio por exigencias derivadas de las garantías procesales y de proscripción de toda indefensión que el artículo 24 de la Constitución recoge y, en un marco más amplio, se fundamenta en el valor justicia que, como superior del ordenamiento, propugna el texto constitucional de este Derecho en que el país se organiza. Para su aplicación es preciso una correlación entre la acusación formulada y la sentencia que se pronuncie, con lo que se habrá posibilitado temporáneamente al acusado conocer la infracción penal que le es atribuida y permitido hacer alegaciones contrarias, proponer prueba y participar en toda la que se practique con una estrategia defensiva. El tribunal está vinculado para dictar sentencia por la descripción del hecho por las partes acusadoras en cuanto se refieren a los precisos para definir y delimitar el delito, la participación en él del acusado y configuran circunstancias agravantes, y, de otra parte, vincula al tribunal la calificación jurídica de los hechos realizados en las calificaciones definitivas, de tal modo que no se podrá condenar más gravemente de lo que corresponda a esa previa delimitación por la acusación, ni apreciarse grados de ejecución superiores ni agravantes que en las acusaciones no se expresen, ni condenar por delitos distintos a los que han sido objeto de la acusación, salvo en los casos de homogeneidad entre los elementos tipificadores de uno y otro delito ( sentencias de esta Sala de 2 de Abril, 22 de Mayo, 12 y 23 de Junio, 22 de Septiembre, 7 de Octubre y 18 de Noviembre de 1998).

En el presente caso desde las conclusiones provisionales tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular estimaron ser los hechos constitutivos de un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal y describieron detalladamente que la omisión de cuidados a la mujer por parte del acusado había durado en torno a veinticuatro horas hasta el fallecimiento, tras haber propinado golpes a la mujer por todo el cuerpo y en la cabeza. El acusado pues estaba apercibido de los actos que se le atribuían y de la calificación que a las partes acusadoras merecían. Y así intentó una exculpación en el sentido de que alimentó y medicó a la mujer durante el tiempo en que estaba caída en el suelo, aunque sus explicaciones de ayuda no fueron admitidas como probadas por el jurado. Ese conocimiento previo de la conducta de la que era acusado y de la calificación jurídico-penal que las acusaciones le atribuían excluye admitir que se infringió en su contra el principio acusatorio.

El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El último motivo del recurso denuncia infracción de Ley por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y señala como infringidos por su no aplicación los artículos 142 y 147.1 del Código Penal en relación de concurso ideal del artículo 77 del mismo Código. Es decir el recurrente pretende se admita que en la sentencia de apelación se han infringido los preceptos penales que se acogieron en la primera sentencia, dictada por el tribunal del jurado, que calificó los hechos como un delito de lesiones en concurso ideal con un homicidio por imprudencia.

La pretensión que incorpora el motivo podría admitirse si la conducta del inculpado se hubiera terminado tras golpear a su esposa sin ánimo de matarla y el óbito se hubiera producido a consecuencia inmediata de su actuación, pero, como se explica en el primer fundamento de esta resolución, la causa final del fallecimiento es atribuible a su omisión en evitar prestar asistencia a quien había lesionado y de cuyo ulterior cuidado era garante, para evitar el riesgo letal que con su previa conducta había determinado y que le obligaba a actuar para evitarlo. Esa omisión de cuidados necesarios para la sobrevivencia de su víctima ha sido acogida como probada en el veredicto del jurado y pasó a integrar los hechos probados de la sentencia.

El motivo ha de ser desestimado.

FALLO:

F A L L A M O S: Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por Juan Carlos contra sentencia dictada el diecinueve de Diciembre de 1.997 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en apelación de la dictada por el tribunal del Jurado en causa contra el mismo seguida por delito de homicidio, con expresa condena al recurrente en las costas ocasionadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos y con devolución a la misma de la causa que, en su día, remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 1975**

ANTECEDENTES DE HECHO:

RESULTANDO que el fundamento de hecho de la sentencia recurrida dice así: Resultando probado y así se declara, que la procesada Victoria , de 20 años de edad, sin antecedentes penales, de estado soltera y de irregular conducta, vivía en el domicilio de sus padres Gabriel y Valentina , sito en la CALLE000 , proyecto NUM000 , número NUM001 , NUM002 NUM000 , en la localidad de Silla que dio a luz el día 1 de octubre de 1970; que habiendo de nuevo quedado embarazada, estado que durante el período de su gestación ocultó a sus padres y compañeros de trabajo, por haberlo disimulado con una faja que llevaba puesta en todo momento; que el día 7 de octubre de 1973 encontrándose la procesada con sus hermanos e hijo en un cine, sobre las 19,15 horas empezó a sentir los dolores previos al parto, por lo cual marchó a su domicilio, y hallando a su padre viendo la televisión, entró en el cuarto de baño donde le movió el parto; que en tal situación y como el feto asomara la cabeza y quedara retenido en la vagina por los hombros tuvo que sacarlo haciendo presión hacia fuera cogiéndolo de la

cabeza y cuello con ambas manos, dejando estampadas doce marcas de sus dedos, que una vez fuera del claustro materno la criatura que resultó ser hembra, con vida por haber respirado y con constitución fisiológica normal para sobrevivir decidió hacerla desaparecer la acusada, para lo cual en lugar de avisar a su padre para que la auxiliara llamando a otras personas rompió el cordón umbilical dejándolo sin anudar y golpeó la cabeza del nuevo ser humano contra el suelo produciéndole la fractura del cráneo en doble línea, una que discurre desde la región occipital izquierda a la región parietal derecha y la otra que va paralela a la anterior; que tanto la rotura del cordón como la fractura craneal fueron la causa de la muerte de la recién nacida; que después envolviendo a ésta ya cadáver en una toalla la llevó al cobertizo existente en el corral y la escondió entre un cajón de cebollas y otro de patatas; que a continuación la procesada se metió en la cama y llamando a su padre le dijo que avisara al médico porque tenía hemorragia en las partes sexuales, lo cual hizo y presentándose el facultativo le recetó unas inyecciones para detener la sangre las cuales fueron puestas por el practicante; que la procesada no advirtió al facultativo que había dado a luz una criatura y el mismo acordó el traslado a Valencia de aquélla a la residencia General Sanjurjo; que una vez la acusada en este establecimiento sanitario al intervenirla el médico se dio cuenta de que la placenta había sido expulsada y el no dar razón de la criatura que había dado a luz la procesada lo comunicó al Juzgado de Guardia que trasladándose a Silla la encontró en estado cadáver en el lugar donde aquélla la había escondido. La criatura privada de vida ha sido inscrita en el legajo correspondiente; que la procesada desde que tuvo edad para alternar con hombres, observó una vida bastante libre e inmoral, lo cual unido al carácter débil de sus padres r originaba que su actuar fuera dirigido por su propia voluntad sin freno de ninguna clase, lo que motivó que tuviera relaciones sexuales con varios hombres que eran de dominio público, fruto de los cuales han sido los dos embarazos de la procesada, de paternidad unánime; que en toda la actuación de la procesada desde que se sintió los primeros dolores del parto en el cine hasta el momento de dejar escondido al cadáver de la hija que había dado a luz en el cobertizo estuvo afectada por un estado de ofuscación originado por un lado, por el espectáculo tan desagradable que había presenciado y del que había sido la protagonista y por otro el pensar que se había hecho público en el pueblo de Silla el secreto que había mantenido varios meses, estando el referido que no tiene relación de ninguna clase con la salud

mental e inteligencia de la acusada, que la Sala estima han sido normales en todo momento.

RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos probados constituían un delito de parricidio del artículo 495 del Código Penal con la agravante primera del artículo 10 y la atenuante octava del noveno, y otro de inhumación ilegal del artículo 339 del mismo Código , con la atenuante octava del artículo noveno, y reputándose autora a la procesada, sin circunstancias, se dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos que debemos condenar y condenamos a la procesada Victoria , como responsable, en concepto de autora, de dos delitos, uno de parricidio con la concurrencia de las circunstancias atenuantes del número octavo del artículo noveno y agravante número primero del artículo 10, y otro de inhumación ilegal con la concurrencia de la circunstancia atenuante número octavo del artículo noveno, todos del Código Penal , a las penas siguientes: Para el delito de parricidio la pena de veinte años y un día de reclusión mayor, con la accesoria de interdicción civil e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo y el pago de las costas procesales; y para el delito de inhumación ilegal un mes y un día de arresto mayor, y 5.900 pesetas de multa, a la accesoria de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales. Declaramos la insolvencia de dicho procesado aprobando el auto que a este fin dictó el Juzgado Instructor. Y si no satisficiera la expresada multa en el plazo de quince días, sufrirá el arresto de diez días como responsabilidad personal subsidiaria. Y, por último, para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone en esta resolución, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

RESULTANDO que el presente recurso se basa en el siguiente motivo: Único admitido por auto de esta Sala de 3 de abril de 1975 Al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , recurso que se fundamenta en plurales motivos: aplicación indebida del artículo 405 del Código Penal ; no aplicación, alternativamente, a tesis intencional, siempre revisable en casación, cabría subsumir la conducta en el área del artículo 565, en relación con el 407 del Código Penal ; por no aplicación, subsidiariamente, de la eximente total del número 8 del artículo 8, la eximente total del número primero del artículo octavo, o alternativamente, como

atenuantes muy cualificadas según el número primero del artículo noveno, y, asimismo, inaplicación de la atenuante cuarta del artículo noveno.

RESULTANDO que el Ministerio Fiscal se instruyó del recurso.

RESULTANDO que en el acto de la vista el Letrado recurrente mantuvo su recurso y el Ministerio Fiscal lo impugnó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que inadmitidos por auto de esta Sala de 3 de abril de 1973 los motivos primero y tercero alegados, el uno de forma y el otro de error de hecho, sólo ha quedado vigente el segundo articulado con principal fundamento en el número primero del artículo 849 de la Ley Procesal , pero en el cual el recurrente arguye que se fundamenta en plurales motivos, que pudieran agruparse en dos órdenes de razones, una afectante al tipo delictivo, y las otras dos sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y al desarrollar su idea concreta cita en un motivo sobre aplicación indebida del artículo 405 del Código Penal , porque dice que el golpe que dio la madre a su hija, es absolutamente indeterminante, no pudiéndose precisar si el feto respiraba antes del golpe, alegando que pudo suceder que esto no ocurriera, lo que quitaría la posibilidad de homicidio, reduciéndolo a infanticidio del artículo 410 del Código Penal , si la procesada actuó bajo el móvil de ocultar su deshonra, ante su padrastro, (marido de su madre); pero si se examinan, los hechos probados y su clara redacción sé advierte que se Habla de criatura hembra que tenía vida por haber respirado y" con constitución fisiológica para vivir, que fue lo que impulsó a la madre a actuar en términos concretos para suprimir la vida, por lo que se trata simplemente de una madre que de estado soltera tenía un hijo natural y que suprime voluntariamente la vida del nuevo ser acabado de nacer, de la manera más eficaz, cortando el cordón umbilical y quebrando la cabeza de la nacida, que ha respirado, a golpes que ocasionaron la fractura del cráneo, tratándose, por tanto, de un parricidio, que no puede confundirse con un infanticidio a causa de ocultar la deshonra ante el padrastro de persona ya deshonrada con anterioridad y de muy mala conducta social, que justifica el rigor de la Ley para imposición de la pena adecuada de reclusión mayor, impuesta aquí precisamente en el tope mínimo de la misma, por efecto de la apreciación por el

Tribunal de instancia, de una causa de atenuación como la del número octavo del artículo noveno del Código punitivo.

CONSIDERANDO que lo dicho es lo esencial del recurso que se cita, porque seguidamente el recurrente, olvidando que cada fundamento de recurso debe articularse separadamente, acumula sobre la tesis citada, incluida en la corriente infracción de Ley, otras tesis distintas formando unidad con la citada, y así arguye la tesis de ser el delito una infracción del artículo 565 en relación con el 407 del Código Penal , aunque para ello no argumenta ninguna razón seria, y perdido ya el sentido del recurso y en un verdadero alud de causas de impugnación contra la sentencia, se refiere de modo subsidiario de lo dicho al caso fortuito (artículo octavo, número octavo), al trastorno mental transitorio (artículo octavo, número primero), a las mismas cosas como atenuantes (artículo noveno, número primero) y, por fin, a la atenuante de preterintencionalidad (artículo noveno, número cuarto); arguyendo en fin hasta ocho causas de recurso, que debiendo, en su caso, haber sido articuladas con independencia no lo han sido, quebrándose así la doctrina reiterada de esta Sala, articulando bajo el amparo de la corriente infracción de ley, causas diversas que sólo podrían discutirse alegándolas separadamente y en la debida forma.

CONSIDERANDO que todo lo expuesto determina que haya de ser desestimado el recurso, tan complejamente formulado y con falta de respeto debido a los hechos probados.

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Victoria contra la sentencia dictada por la Audiencia de Valencia, el 2 de julio de 1974 , en causa seguida al mismo por parricidio, y la condenamos en las costas y al pago, si mejora de fortuna, de 250 pesetas por depósito no constituido. Comuníquese esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución de las actuaciones, a los efectos procedentes.

**8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE DICIEMBRE DE 1984**

ANTECEDENTES DE HECHO:

RESULTANDO: Que el fundamento de hecho de la sentencia recurrida dice así:

1.º Resultando: Probado y así se declara que A) Eugenio , perteneciente al Cuerpo de la Policía Nacional en el que había ingresado el 1 de enero de 1980, estando destinado en el País Vasco desde el de mayo del mismo año, con residencia en el acuartelamiento de Basauri, estando libre de servicio durante 48 horas seguidas que se iniciaron a las ocho horas del día 5 de septiembre de 1980, en la madrugada del día siguiente, que era sábado, salió acompañado del Capitán del mismo Cuerpo, Roberto , de 59 años de edad, que también vivía en el acuartelamiento, ambos de paisano, sin armas el último y llevando Eugenio su pistola reglamentaria Star, modelo SS, semiautomática, de 9 mm corto, recamarada para cartuchos 8,81 x 17 Brownig- Cpurt, con número de serie 1.262.926, provista de cargador con ocho balas, en perfecto estado de funcionamiento, aunque el seguro de transporte no funcionaba, y tras entrar en un bar y una cafetería de Basauri, vinieron a Bilbao, pero estando los locales cerrados, se dirigieron al barrio de Las Cortes, que ya era conocido por Eugenio , no obstante estar desaconsejado el lugar por el Mando; siendo zona periférica, con gran concentración de tabernas, bares de alterne, salones de espectáculos de escasa categoría y prostitución, metiéndose los dos en 1 de los establecimientos de la calle de La Laguna, que tiene unos siete metros de anchura y es perpendicular a la de las Cortes, con un tramo ligeramente ascendente de unos 45 metros de longitud que girando 90º a la izquierda continúa por otros de unos 21 metros hasta desembocar en la Plaza de la Cantera, a cuyo fondo tiene esta salida por la corta calle Cantalojas, que por ser paralela a la mencionada de La Laguna, también incide perpendicularmente en la de Las Cortes; estando situada en la Plaza una Comisaría de la Policía Municipal; B) Sobre las 4,15 horas salieron del local, situado a media distancia del tramo ascendente y de inmediato Eugenio fue abordado por Amparo , conocida en el barrio por "La Curro», de 60 años de edad, dedicada más a la mendicidad que a efectuar encargos y comisiones propios de la zona, pidiéndole a su modo y con peculiar lenguaje coloquial que le diera cien pesetas como auxilio

económico, respondiéndole en forma desabrida que no tenía por qué darle nada, añadiendo la expresión "so puta», a lo que Generosa respondió con otros improprios tales como "cabrón», que surgió con la fluidez propia del lugar y hora, bajando seguidamente hasta la cercana confluencia con la calle de Las Cortes, parándose, y siendo alcanzada por el procesado, que excitado por la expresión que le había dirigido, y sin que mediare ninguna otra incitación, la recriminó, y diciéndole que era Policía Nacional y enseñando su carné profesional, exigió que exhibiere el Documento Nacional de Identidad, y a pesar de sus reiteradas protestas, asustada, se lo entregó; pero a consecuencia de la actitud humillante con Generosa, intervino Filomena -de 35 años de edad; habitual del barrio--, desconocedora inicialmente de que Eugenio fuera un funcionario policial, y le pidió que cesara en su actitud y dejara a la mujer mayor a lo que contestó que no se metiera en aquella cuestión que a ella no le concernía, pero al persistir Filomena en sus propósitos de apaciguamiento, la zarandéo y pidió también el Documento Nacional de Identidad, y aunque el Capitán le insistió para que dejara zanjado el incidente, el procesado llegó a parar a un taxi que circulaba por la calle de Las Cortes con la pretensión de que subieran las dos mujeres y llevarlas a una Comisaría; y no lo consiguió porque su actuación estaba siendo observada por las distintas personas que transitaban por la calle de Las Cortes donde se acababa de cerrar o se estaban cerrando los locales, produciéndose una reacción favorable hacia las mujeres que se iban transformando en indignación al no cesar el tratamiento desconsiderado, formándose un grupo de unas quince personas, algunas atraídas por la curiosidad y otras en decidida ayuda, que en los más activos consistía en reiteradas imprecaciones e injurias verbales, sin que hubiera agresión, amago de ella o amenazas graves; pero Eugenio estimando que la situación se había vuelto comprometida para él, extrajo su pistola que llevaba sujeta con el cinturón del pantalón, y empuñándola, amenazó al grupo e hizo un disparo al aire empezando a andar rápidamente por el tramo ascendente de la calle de La Laguna en dirección a la Plaza de la Cantera, interviniendo Roberto pidiéndole que le entregase el arma, siendo desobedecido; C) Cuando el procesado llegaba al inicio del último tramo que desemboca en la Plaza, unas ocho personas del grupo que le seguía, enardecidas por el disparo y gritos procedentes de los balcones, echaron a correr tras él, que seguía marchando por el centro de la calzada, con el ánimo de quitarle el arma, estando la mayoría en la creencia de que el disparo había

sido de fogeo y desconociendo que era funcionario policial, por lo que se vio obligado también a correr para salvar la distancia hacia la Plaza, y casi en la confluencia con ésta, fue alcanzado por Serafín -de 46 años de edad; peón especialista con trabajo continuado en la misma empresa desde el 5 de septiembre de 1952, correspondiéndole unos ingresos totales brutos anuales para el año 1980 de 942. 417 pesetas; casado con Blanca , de 45 años de edad, ama de casa, con la que tenía tres hijos, Celestina , Esperanza y Jose María , a la sazón de 20,19 y 12, respectivamente, y todos convivientes- que se había distanciado de los inmediatos seguidores, e intentó agarrarlo, pero consiguiendo eludirlo Eugenio , que se apercibió en ese momento de que la entrada a la Plaza tenía dificultades porque varios contenedores o vehículos estaban situados a escasa distancia de la embocadura, volviéndose, y al comprobar los pocos metros que le separaban de los que avanzaban y estando particularmente cercano Serafín que marchaba por la acera izquierda de la calle La Laguna hacia la Plaza, le disparó dos tiros seguidos, estando ambos de pie y casi fronteros, ligeramente ladeado a la derecha Serafín, que recibió el primer impacto en el último espacio intercostal del hemitórax derecho siguiendo la bala una trayectoria horizontal hacia el lado contrario, atravesando el diafragma y el hígado por su parte media posterior, y saliendo por el hemitórax izquierdo entre sus dos últimas costillas, y al encogerse por efecto del disparo, recibió el segundo con orificio de entrada por el hombro derecho, rompiendo el proyectil la cabeza del húmero, y penetrando por el vértice pulmonar se dirigió de arriba abajo, de atrás adelante y de derecha a izquierda, alcanzando el corazón introduciéndose por la aurícula derecha y saliendo por el ventrículo izquierdo a nivel de la punta, originando una gran hemorragia, y siguiendo la trayectoria expuesta, llegó a la fosa lumbar izquierda donde quedó alojado entre el panículo adiposo y la piel; siendo las heridas tan importantes, que después de dar un paso al frente, cayó muerto instantáneamente, quedando tendido en posición de decúbito supino, en la acera por la que circulaba, a la altura de la finca número siete casi en la misma línea de confluencia con la Plaza de la Cantera. D) En aquel momento junto a él estaba Trinidad Rabadán, que formando parte del grupo destacado perseguidor, al enfilar el último tramo de la calle, vio al final de la acera derecha, junto a la Plaza, a su esposo Lázaro -de 38 años de edad, camarero-, al que gritó para que detuviera al procesado, aprestándose a ello por lo que inmediatamente después de que éste disparara sobre Gabriel e hiciera otros dos disparos al aire en vano

intento de asustar a los que allí estaban, se lanzó sobre él en la misma embocadura de la calle intentando sujetarle por las piernas y derribarlo siendo arrastrado un pequeño trecho hacia el interior de la Plaza, mientras su esposa se dirigía directamente a pedir auxilio a la Comisaría de la Policía Municipal; y antes de caer Eugenio aún efectuó tres disparos hacia el público, alcanzando con 1 de ellos a Jose Francisco -que tenía 23 años de edad, soltero, sin profesión-, que estaba muy cerca, ya en la misma Plaza, a la que había llegado por la parte derecha de la calle, unido al grupo por la curiosidad de saber cómo terminaba el incidente, y situado de frente al procesado, aunque ligeramente ladeado uno u otro cuando le entró la bala a nivel del hueco supraclavicular izquierdo, saliendo por el ángulo interno de la escápula izquierda, y tardando en curar la herida 23 días durante lo que estuvo incapacitado, necesitando asistencia facultativa los diez días primeros; otro de los disparos últimos alcanzó a Jesús María de 27 años de edad, casado, ferrallista cuando estaba en posición más retirada que el anterior, pero al mismo lado de la calle, enfrente del lugar donde había caído Serafín, dándole la bala en la extremidad inferior derecha y produciéndole fractura con minuta por estallido de tibia, teniendo que sentarse rápidamente, tardando en curar 194 días, con incapacidad y necesidad de asistencia, quedándole como secuela dos cicatrices de un centímetro cada una a ambos la2 del tobillo derecho, así como dolores y molestias al forzarlo, susceptibles de desaparición con el tiempo, aunque aún no totalmente superadas; y otro de los disparos afectó a Alberto -de 26 años de edad, casado, montador integrado en el grupo por curiosidad, y más retrasado que los anteriores por encontrarse en el ángulo derecho que forman los dos tramos referidos de la calle Laguna, alcanzándole el tiro en el deltoider del hombro derecho, con orificio de entrada y salida, que tardó en curar doce días, con incapacidad durante ellos, necesitando asistencia durante cinco días, y quedándole una cicatriz de un centímetro en la cara anterior del hombro derecho y otra de medio centímetro en la cara exterior, y F) Derribado el procesado y sujetándole varias personas, intentaron quitarle la pistola, y le golpearon repetidas veces, logrando levantarse y vuelto a derribar y en esta fase desapareció el arma; y por fin consiguió huir hacia la calle Cantalojas al tiempo que por ella venía un vehículo del servicio 091; sufriendo erosiones y contusiones múltiples de carácter leve, tres pequeñas heridas inciso contusas, entre ellas en dedo índice derecho, parte interior, a nivel de la primera falange, tangencial y de un centímetro y medio, curado a los ocho días, necesitando de

asistencia facultativa e incapacitado durante uno, con la secuela de cicatriz de un centímetro en el cuero cabelludo y un bulto en la sien derecha, que terminarán desapareciendo hallándose la pistola con su cargador sin munición, en una papelera adosada a una farola en la Plaza del Corazón de María, frente al número 29 de la calle San Francisco, y siendo recuperada por el Servicio de Información de la Guardia Civil, que fue alertada telefónicamente a las ocho horas del mismo día mediante llamada anónima. RESULTANDO: Que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran constitutivos de un delito de homicidio, previsto y penado en el art. 407 del Código Penal y otro delito de lesiones del art. 420 n.º 3 así como dos faltas de lesiones, previstas y penadas en el art. 582 del Código Penal , siendo responsable criminalmente en concepto de autor el procesado Eugenio , sin circunstancias, se dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Eugenio , como autor responsable de delito de homicidio, 1 de lesiones graves y dos faltas de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de doce años y un día de reclusión menor por el primer delito, seis meses y un día de prisión menor por las lesiones y veinte días de arresto menor por cada una de las faltas; con accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la primera condena, y a la de suspensión del cargo de Policía Nacional y cualquier Cuerpo de Seguridad y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena de prisión menor y al pago de las costas procesales; así como que abone a Blanca la cantidad de tres millones de pesetas y un millón de pesetas a cada 1 de los hermanos: Celestina, Esperanza y Jose María Barbero, y a Jose Francisco , 28.000 pesetas; a Jesús María , 900.000 pesetas, y a Alberto, 35.000 pesetas como indemnización de perjuicios; y en caso de no ser satisfechos condenamos al Estado a pagarlas en concepto de responsable civil subsidiario. Declaramos la insolvencia de dicho procesado, aprobando el auto que a este fin dictó el Juzgado instructor. Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa. Dese el destino legal a la pistola.

RESULTANDO: Que el presente recurso se interpuso por el señor Abogado del Estado, basándose en los siguientes motivos: Primero: Por infracción de Ley por aplicación indebida del art. 22 Código Penal. Se ampara este motivo en el n.º 1 del art.

849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Procede casar la sentencia recurrida porque al decretar la responsabilidad subsidiaria del Estado en pago de las indemnizaciones debidas a los perjudicados por los delitos de homicidio y lesiones graves y por las faltas de lesiones, relatadas en el Resultando de hechos probados, pese a declarar probado que el procesado Eugenio los cometió no en el ejercicio de sus funciones, sino estando libre de servicio, infringe las normas que rigen y regulan la responsabilidad subsidiaria y consiguientemente, realiza una aplicación indebida del art. 22 del Código Penal.

Segundo: Aplicación indebida del art. 22 del Código Penal por interpretación errónea del art. 4.º, regla 4ª de la Ley de la Policía de 4 de diciembre de 1978 . Se ampara este motivo en el n.º 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Procede casar la sentencia recurrida porque para establecer la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, por los hechos de autos, acude a una ficción jurídica, al considerar que los Policías Nacionales estén de servicio permanente, interpretando con error el art. 4.º, regla 4ª de la Ley de la Policía, de 4 de diciembre de 1978 , y consiguientemente infringe los principios reguladores de aquella responsabilidad, aplicando indebidamente el art. 22 del Código Penal.

Tercero: Aplicación indebida del art. 22 del Código Penal, por interpretación errónea del art. 40, párrafo primero de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. Se ampara este motivo en el n.º 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Procede casar la sentencia recurrida, que al fundamentar la responsabilidad subsidiaria del Estado, en el art. 40, párrafo 2.º de la Ley de Régimen Jurídico, de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 , interpreta con error este precepto legal, y consiguientemente, infringe los principios reguladores de aquella responsabilidad, y aplica indebidamente el art. 22 del Código Penal .

RESULTANDO: Que el recurso interpuesto por la representación del procesado Eugenio se basa en los siguientes motivos: Primero: Por infracción de Ley por aplicación indebida o inaplicación de la causa eximente cuarta del art. 8.º del Código Penal . Se ampara este motivo en el ordinal primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Procede casar la sentencia recurrida, toda vez que no ha sido tenida en consideración la existencia de la eximente cuarta del art. 8 del Código Penal ,

que ha sido perfectamente tipificada y acreditada a través de una correcta apreciación de la prueba practicada, dando todos y cada 1 de los supuestos exigidos legal, doctrinal y jurisprudencialmente.

Segundo: Por infracción de Ley por aplicación indebida o inaplicación de la atenuante primera (eximente incompleta) del art. 9 del Código Penal. A modo subsidiario alegan, tal y como en su día lo hicimos en el juicio oral la posibilidad de la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa, ya que podría interpretarse la conducta del procesado, sucesiva en la defensa que aun cuando no figura directamente tipificada en el Código Penal, cabe apreciarse utilizando la atenuante primera del art. 9 a modo eje eximente incompleta, todo ello caso de considerar la conducta de aquel como sobrepasando los límites de lo necesario en su reacción defensiva, no existiendo tampoco en ningún momento una situación de riña mutuamente aceptada, pues probado quedó que el señor Eugenio huyó del lugar de los hechos para evitar el enfrentamiento y aún más que disparó al aire para evitarlo asimismo, que paró incluso un taxi, que no le llevó y que incluso salió corriendo con el solo propósito de evitar la contienda.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal se instruyó de ambos recursos. El señor Abogado del Estado evacuó el traslado de instrucción recíproca que le fue concedido. La representación de la parte recurrida doña Blanca no evacuó el traslado de instrucción que le fue conferido.

RESULTANDO: Que en el acto de la vista el señor Abogado del Estado y el Letrado don Gabriel Alfonso Amado, defensor del procesado recurrente sostuvieron sus respectivos recursos que fue apoyado, por el Ministerio Fiscal, el del Abogado del Estado que impugnó el del procesado. El Letrado defensor de la parte recurrida no compareció a dicho acto.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO: Que la interpretación francamente espiritualista, aperturista y de prudente objetivismo que esta Sala viene dando, últimamente el art. 22 del Código Penal , en base del principio "cuius commoda, cuius incommoda», o en atención a la moderna teoría de la relación del riesgo se ha movido siempre en base de los dos pilares fundamentales que sirven de soporte a dicho precepto: la dependencia y el servicio.

Ambos principios han sido progresivamente interpretados por la Sala, entendiéndolos a veces, y en último extremo como dependencia, la mera amistad, la liberalidad del dominus, la aquiescencia, el beneplácito o la autorización de éste (sentencia de 28 de mayo de 1982 ). Y por servicio, la potencial utilidad, que el acto realizado donde se cometió el delito tuviera para la empresa, amos, maestros, entidades u organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente, criados, discípulos u oficiales, empleados o aprendices en el desempeño de sus obligaciones o servicios, que por tanto afectaba al Estado, Diputaciones, Comunidades Autónomas, Municipios, siempre que se reunieran tales requisitos.

CONSIDERANDO: Por tanto que la interpretación social y progresiva del precepto ha consistido fundamentalmente en ensanchar las bases esenciales sobre las que se levanta, adaptando así los Tribunales, como es su función, el derecho al desarrollo de la vida social, eliminando su estatismo y dándole el dinamismo adecuado para que aquel llegue, donde la Ley, en su espíritu, que no en su letra, he querido llegar a fin de resolver las realidades sociales con la mayor justicia y equidad. Y así han ido apareciendo en la doctrina de la Sala 1ª expresiones como la de, no ser necesario que entre principal y dependiente o responsable directo y subsidiario exista una relación jurídica, sin formalidad contractual típica, siendo indiferente que la relación sea remunerada o gratuita, permanente o transitoria, bastando el sometimiento potencial del subordinado ni afectando a la responsabilidad, la mera extralimitación de aquél, pero siempre sobre la base de tal rotación y dentro de la esfera del servicio. Y por tanto faltando una de estas bases, el responsable civil subsidiario queda totalmente exonerado de responsabilidad.

CONSIDERANDO: Que sentadas tales afirmaciones y examinando, en su conjunto el recurso del señor Abogado del Estado, que invoca la infracción por aplicación indebida del art. 22 del Código Penal, en relación con el n.º 4, 4.º del Reglamento de Policía de 4 de diciembre de 1978 y el art. 40 de la Ley de Régimen jurídico del Estado , debe aclararse: 1.º Que el Guardia de la Policía Nacional Eugenio , el día de los hechos, 6 de septiembre de 1980, se encontraba libre de servicio, iba vestido de paisano, frecuentando bares, tabernas, establecimientos de alterne en el barrio de las Cortes de Bilbao, lugar de enclave de la prostitución y frecuente criminalidad,

contra el consejo del mando suyo, que le indicaba la inconveniencia de deambular por tales parajes. En estas condiciones, le piden limosna, a lo que el condenado responde con un grosero insulto que es respondido por la mendiga, apodada "La Curro»; en vista de ello la pide el carnet y como esto lo observara, una de las mujeres que deambulaba por el barrio le indica que cese en su actitud. El condenado zarandea a esta segunda persona - Filomena - le pide el documento nacional de identidad, pretende llevar a las dos mujeres a la Comisaría y se arma el correspondiente barullo, que con la desaprobación, respecto de la actitud de Eugenio , de cuantos pasan por el lugar donde tal escena tiene lugar, llegando a reunirse unas quince personas, que llenas de indignación ante el trato que el Guardia Nacional, cuya condición ignoran, da a sus interlocutoras, le lanzan amenazas, injurias e imprecaciones que le ponen en situación tan comprometida que saca una pistola, hace un disparo al aire, desautorizado por el Capitán que le acompaña y emprende la huida, en el curso de la cual lanza varios disparos que ocasionan una muerte y cuatro heridos, hasta que es derribado el procesado y golpeado reiteradamente por sus perseguidores. 2.º En semejantes condiciones no puede hablarse de funciones o de servicio, porque aunque el art. 4.º n.º 4 del Reglamento de Policía de 4 de diciembre de 1978 habla sobre que los funcionarios a que se refiere están de servicio permanente, con obligación de intervenir en todos los asuntos y circunstancias que lo reclaman: según sus respectivos reglamentos, es indudablemente en el ámbito de sus funciones, deberes y servicios que sabiamente ha descrito la Orden de 30 de septiembre de 1981, para la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizar el orden y la seguridad ciudadana de acuerdo con la Constitución, y demás normas legales y reglamentarias (art. 2.º ), en defensa de la justicia, de la libertad y de la seguridad (Preámbulo de la Orden). Y como su actuación, fue ajena a tales principios, libre de servicio, provocando el suceso y sin potencial utilidad, aunque fuera lejana, para el Estado, es evidente que el condenado se situó, voluntariamente fuera de la órbita en la que al Estado, se le podría exigir responsabilidad civil subsidiaria por estos hechos, al faltar el requisito fundamental de la misma; servicios, obligaciones, marco de actuación reglamentaria del responsable principal del delito.

CONSIDERANDO: Que tal postura es la sostenida reiteradamente por esta Sala, en sentencias de 11 de junio de 1981, 23 de septiembre de 1982, 30 de junio de 1983 y 18 de enero de 1984 , de tal suerte que ya puede hablarse de un verdadero "cuerpo e doctrina», en efecto en la primera de las citadas se afirma que "no puede extenderse esta presuposición de servicio, en quien real y verdaderamente se encuentra libre de servicio y en consecuencia no puede decretar la vía de subsidiariedad que arbitra el art. 22 », añadiendo que "tanto el art. 106 de la Constitución , como el más específico del art. 40 del Texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957 , suponen una responsabilidad directa del Estado con los particulares, ni que puedan ser exponente de una responsabilidad subsidiaria "contemplada en el art. 22 del Código Penal . En la segunda de dichas sentencias se afirma que "no será de aplicación el art. 22 cuando la infracción de que dimana hubiera sido cometida fuera de aquellas atribuciones» y que el servicio permanente a que se refiere el art. 2.º de la Ley de 4 de diciembre de 1978 , cuando los Cuerpos de Seguridad del Estado "se hallaren libres o francos de servicio», hace relación a las misiones genéricas que se señalan en la Ley; añadiendo que tanto el art. 106 de la Constitución , como el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico , ya indicados "se refieren a una responsabilidad directa del Estado, por inexistencia de una infracción criminal».

La de 30 de junio de 1983 incluye al Estado como responsable civil subsidiario por los delitos y faltas en que hubieran incurrido sus dependientes "en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Y por fin la de 18 de enero de 1984, afirma categóricamente que "el Policía Nacional, responsable de un delito de homicidio, realizado fuera del ámbito de las funciones policiales, como es la de estar alternando y tomando unas copas, vestido de paisano, no da lugar a declarar al Estado, como responsable civil subsidiario». Razones todas que llevan a estimar el recurso del señor Abogado del Estado, casar y anular la sentencia y dictar en su lugar, aquella que corresponda con arreglo a derecho.

CONSIDERANDO: Que en relación con el recurso de Eugenio, en su primer motivo alega, la infracción por no aplicación del art. 8.º, nº 4 , eximente de legítima defensa. Más examinando con detalle los requisitos de tal precepto, se observa claramente que no concurre ning1 de ellos, por lo que la misma ha de decaer. En efecto,

el primer requisito de la misma, "agresión ilegítima» que consiste en un ataque o violencia injusta, sin razón ni motivo legal que lo justifique, está ausente en este caso, puesto que el primero que ataca zarandeando a una de las mujeres, es el Policía Nacional, sin causa, ni razón que lo justifique y al margen total de sus atribuciones, lo cual provoca una reacción de indignación en los transeúntes que le injurian y posteriormente le persiguen. Luego el suceso se inicia y se provoca por el recurrente, mediante un ataque injusto, que borra toda posibilidad de que los contraataques, bien de los agredidos o de terceras personas, carezcan de legitimidad.

Tampoco concurre el segundo de los requisitos: necesidad racional del medio: pistolas, contra manos que al fin lo alcanzan y le golpean reiteradamente, ocasionando sólo unas contusiones que duran ocho días, que acredita la desproporción del medio, ya indicado y por su capitán que le pide la pistola, para evitar males como los que se produjeron. Por fin la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, es notoria su ausencia, pues sólo y únicamente su actitud personal, desencadena y provoca el suceso. Y aunque pudo argüirse alguna situación anímica que encarnara alguna otra atenuante, el hecho cierto es que no concurriendo ning1 de los elementos de la legítima defensa, ni completa, ni incompleta, el recurso del condenado, ha de decaer.

#### FALLO:

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Eugenio , como autor responsable de delito de homicidio, 1 de lesiones graves y dos faltas de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de doce años y un día de reclusión menor por el primer delito, seis meses y un día de prisión menor por las lesiones y veinte días de arresto menor por cada una de las faltas; con accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la primera condena, y a la de suspensión del cargo de Policía Nacional y cualquier Cuerpo de Seguridad y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena de prisión menor y al pago de las costas procesales; así como que abone a Blanca la cantidad de tres millones de pesetas y un millón de pesetas a cada 1 de los hermanos: Celestina , Esperanza y Jose María Barbero, y a Jose Francisco , 28.000 pesetas; a Jesús María , 900.000 pesetas, y a Alberto , 35.000 pesetas como indemnización de perjuicios; y en caso de no ser satisfechos condenamos al Estado a pagarlas en concepto de responsable civil subsidiario. Declaramos la

insolvencia de dicho procesado, aprobando el auto que a este fin dictó el Juzgado instructor. Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa. Dese el destino legal a la pistola.

RESULTANDO: Que el presente recurso se interpuso por el señor Abogado del Estado, basándose en los siguientes motivos: Primero: Por infracción de Ley por aplicación indebida del art. 22 Código Penal. Se ampara este motivo en el n.º 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Procede casar la sentencia recurrida porque al decretar la responsabilidad subsidiaria del Estado en pago de las indemnizaciones debidas a los perjudicados por los delitos de homicidio y lesiones graves y por las faltas de lesiones, relatadas en el Resultando de hechos probados, pese a declarar probado que el procesado Eugenio los cometió no en el ejercicio de sus funciones, sino estando libre de servicio, infringe las normas que rigen y regulan la responsabilidad subsidiaria y consiguientemente, realiza una aplicación indebida del art. 22 del Código Penal.

Segundo: Aplicación indebida del art. 22 del Código Penal por interpretación errónea del art. 4.º, regla 4ª de la Ley de la Policía de 4 de diciembre de 1978 . Se ampara este motivo en el n.º 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Procede casar la sentencia recurrida porque para establecer la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, por los hechos de autos, acude a una ficción jurídica, al considerar que los Policías Nacionales estén de servicio permanente, interpretando con error el art. 4.º, regla 4ª de la Ley de la Policía, de 4 de diciembre de 1978 , y consiguientemente infringe los principios reguladores de aquella responsabilidad, aplicando indebidamente el art. 22 del Código Penal.

Tercero: Aplicación indebida del art. 22 del Código Penal, por interpretación errónea del art. 40, párrafo primero de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. Se ampara este motivo en el n.º 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Procede casar la sentencia recurrida, que al fundamentar la responsabilidad subsidiaria del Estado, en el art. 40, párrafo 2.º de la Ley de Régimen Jurídico, de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 , interpreta con error este precepto legal, y consiguientemente, infringe los principios

reguladores de aquella responsabilidad, y aplica indebidamente el art. 22 del Código Penal .

RESULTANDO: Que el recurso interpuesto por la representación del procesado Eugenio se basa en los siguientes motivos: Primero: Por infracción de Ley por aplicación indebida o inaplicación de la causa eximente cuarta del art. 8.º del Código Penal. Se ampara este motivo en el ordinal primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Procede casar la sentencia recurrida, toda vez que no ha sido tenida en consideración la existencia de la eximente cuarta del art. 8 del Código Penal , que ha sido perfectamente tipificada y acreditada a través de una correcta apreciación de la prueba practicada, dando todos y cada 1 de los supuestos exigidos legal, doctrinal y jurisprudencialmente.

Segundo: Por infracción de Ley por aplicación indebida o inaplicación de la atenuante primera (eximente incompleta) del art. 9 del Código Penal. A modo subsidiario alegan, tal y como en su día lo hicimos en el juicio oral la posibilidad de la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa, ya que podría interpretarse la conducta del procesado, sucesiva en la defensa que aun cuando no figura directamente tipificada en el Código Penal, cabe apreciarse utilizando la atenuante primera del art. 9 a modo eje eximente incompleta, todo ello caso de considerar la conducta de aquel como sobrepasando los límites de lo necesario en su reacción defensiva, no existiendo tampoco en ningún momento una situación de riña mutuamente aceptada, pues probado quedó que el señor Eugenio huyó del lugar de los hechos para evitar el enfrentamiento y aún más que disparó al aire para evitarlo asimismo, que paró incluso un taxi, que no le llevó y que incluso salió corriendo con el solo propósito de evitar la contienda.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal se instruyó de ambos recursos. El señor Abogado del Estado evacuó el traslado de instrucción recíproca que le fue concedido. La representación de la parte recurrida doña Blanca no evacuó el traslado de instrucción que le fue conferido.

RESULTANDO: Que en el acto de la vista el señor Abogado del Estado y el Letrado don Gabriel Alfonso Amado, defensor del procesado recurrente sostuvieron sus respectivos recursos que fue apoyado, por el Ministerio Fiscal, el del Abogado del

Estado que impugnó el del procesado. El Letrado defensor de la parte recurrida no compareció a dicho acto.

CONSIDERANDO: Que la interpretación francamente espiritualista, aperturista y de prudente objetivismo que esta Sala viene dando, últimamente el art. 22 del Código Penal , en base del principio "cuius commoda, cuius incommoda», o en atención a la moderna teoría de la relación del riesgo se ha movido siempre en base de los dos pilares fundamentales que sirven de soporte a dicho precepto: la dependencia y el servicio. Ambos principios han sido progresivamente interpretados por la Sala, entendiéndolos a veces, y en último extremo como dependencia, la mera amistad, la liberalidad del dominus, la aquiescencia, el beneplácito o la autorización de éste (sentencia de 28 de mayo de 1982). Y por servicio, la potencial utilidad, que el acto realizado donde se cometió el delito tuviera para la empresa, amos, maestros, entidades u organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente, criados, discípulos u oficiales, empleados o aprendices en el desempeño de sus obligaciones o servicios, que por tanto afectaba al Estado, Diputaciones, Comunidades Autónomas, Municipios, siempre que se reunieran tales requisitos.

CONSIDERANDO: Por tanto que la interpretación social y progresiva del precepto ha consistido fundamentalmente en ensanchar las bases esenciales sobre las que se levanta, adaptando así los Tribunales, como es su función, el derecho al desarrollo de la vida social, eliminando su estatismo y dándole el dinamismo adecuado para que aquel llegue, donde la Ley, en su espíritu, que no en su letra, he querido llegar a fin de resolver las realidades sociales con la mayor justicia y equidad. Y así han ido apareciendo en la doctrina de la Sala 1ª expresiones como la de, no ser necesario que entre principal y dependiente o responsable directo y subsidiario exista una relación jurídica, sin formalidad contractual típica, siendo indiferente que la relación sea remunerada o gratuita, permanente o transitoria, bastando el sometimiento potencial del subordinado ni afectando a la responsabilidad, la mera extralimitación de aquél, pero siempre sobre la base de tal rotación y dentro de la esfera del servicio. Y por tanto faltando una de estas bases, el responsable civil subsidiario queda totalmente exonerado de responsabilidad.

CONSIDERANDO: Que sentadas tales afirmaciones y examinando, en su conjunto el recurso del señor Abogado del Estado, que invoca la infracción por aplicación indebida del art. 22 del Código Penal, en relación con el n.º 4, 4.º del Reglamento de Policía de 4 de diciembre de 1978 y el art. 40 de la Ley de Régimen jurídico del Estado, debe aclararse: 1.º Que el Guardia de la Policía Nacional Eugenio, el día de los hechos, 6 de septiembre de 1980, se encontraba libre de servicio, iba vestido de paisano, frecuentando bares, tabernas, establecimientos de alterne en el barrio de las Cortes de Bilbao, lugar de enclave de la prostitución y frecuente criminalidad, contra el consejo del mando suyo, que le indicaba la inconveniencia de deambular por tales parajes. En estas condiciones, le piden limosna, a lo que el condenado responde con un grosero insulto que es respondido por la mendiga, apodada "La Curro"; en vista de ello la pide el carnet y como esto lo observara, una de las mujeres que deambulaba por el barrio le indica que cese en su actitud. El condenado zarandea a esta segunda persona - Filomena - le pide el documento nacional de identidad, pretende llevar a las dos mujeres a la Comisaría y se arma el correspondiente barullo, que con la desaprobación, respecto de la actitud de Eugenio, de cuantos pasan por el lugar donde tal escena tiene lugar, llegando a reunirse unas quince personas, que llenas de indignación ante el trato que el Guardia Nacional, cuya condición ignoran, da a sus interlocutoras, le lanzan amenazas, injurias e imprecaciones que le ponen en situación tan comprometida que saca una pistola, hace un disparo al aire, desautorizado por el Capitán que le acompaña y emprende la huida, en el curso de la cual lanza varios disparos que ocasionan una muerte y cuatro heridos, hasta que es derribado el procesado y golpeado reiteradamente por sus perseguidores. 2.º En semejantes condiciones no puede hablarse de funciones o de servicio, porque aunque el art. 4.º n.º 4 del Reglamento de Policía de 4 de diciembre de 1978 habla sobre que los funcionarios a que se refiere están de servicio permanente, con obligación de intervenir en todos los asuntos y circunstancias que lo reclaman: según sus respectivos reglamentos, es indudablemente en el ámbito de sus funciones, deberes y servicios que sabiamente ha descrito la Orden de 30 de septiembre de 1981, para la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizar el orden y la seguridad ciudadana de acuerdo con la Constitución, y demás normas legales y reglamentarias (art. 2.º), en defensa de la justicia, de la libertad y de la seguridad (Preámbulo de la Orden). Y como su actuación,

fue ajena a tales principios, libre de servicio, provocando el suceso y sin potencial utilidad, aunque fuera lejana, para el Estado, es evidente que el condenado se situó, voluntariamente fuera de la órbita en la que al Estado, se le podría exigir responsabilidad civil subsidiaria por estos hechos, al faltar el requisito fundamental de la misma; servicios, obligaciones, marco de actuación reglamentaria del responsable principal del delito.

CONSIDERANDO: Que tal postura es la sostenida reiteradamente por esta Sala, en sentencias de 11 de junio de 1981, 23 de septiembre de 1982, 30 de junio de 1983 y 18 de enero de 1984 , de tal suerte que ya puede hablarse de un verdadero "cuerpo e doctrina», en efecto en la primera de las citadas se afirma que "no puede extenderse esta presuposición de servicio, en quien real y verdaderamente se encuentra libre de servicio y en consecuencia no puede decretar la vía de subsidiariedad que arbitra el art. 22 », añadiendo que "tanto el art. 106 de la Constitución , como el más específico del art. 40 del Texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957 , suponen una responsabilidad directa del Estado con los particulares, ni que puedan ser exponente de una responsabilidad subsidiaria "contemplada en el art. 22 del Código Penal . En la segunda de dichas sentencias se afirma que "no será de aplicación el art. 22 cuando la infracción de que dimana hubiera sido cometida fuera de aquellas atribuciones» y que el servicio permanente a que se refiere el art. 2.º de la Ley de 4 de diciembre de 1978 , cuando los Cuerpos de Seguridad del Estado "se hallaren libres o francos de servicio», hace relación a las misiones genéricas que se señalan en la Ley; añadiendo que tanto el art. 106 de la Constitución , como el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico , ya indicados "se refieren a una responsabilidad directa del Estado, por inexistencia de una infracción criminal».

La de 30 de junio de 1983 incluye al Estado como responsable civil subsidiario por los delitos y faltas en que hubieran incurrido sus dependientes "en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Y por fin la de 18 de enero de 1984, afirma categóricamente que "el Policía Nacional, responsable de un delito de homicidio, realizado fuera del ámbito de las funciones policiales, como es la de estar alternando y tomando unas copas, vestido de paisano, no da lugar a declarar al Estado, como responsable civil subsidiario». Razones todas que llevan a estimar el recurso del señor

Abogado del Estado, casar y anular la sentencia y dictar en su lugar, aquella que corresponda con arreglo a derecho.

CONSIDERANDO: Que en relación con el recurso de Eugenio , en su primer motivo alega, la infracción por no aplicación del art. 8.º, nº 4 , eximente de legítima defensa. Más examinando con detalle los requisitos de tal precepto, se observa claramente que no concurre ning1 de ellos, por lo que la misma ha de decaer. En efecto, el primer requisito de la misma, "agresión ilegítima» que consiste en un ataque o violencia injusta, sin razón ni motivo legal que lo justifique, está ausente en este caso, puesto que el primero que ataca zarandeando a una de las mujeres, es el Policía Nacional, sin causa, ni razón que lo justifique y al margen total de sus atribuciones, lo cual provoca una reacción de indignación en los transeúntes que le injurian y posteriormente le persiguen. Luego el suceso se inicia y se provoca por el recurrente, mediante un ataque injusto, que borra toda posibilidad de que los contraataques, bien de los agredidos o de terceras personas, carezcan de legitimidad.

Tampoco concurre el segundo de los requisitos: necesidad racional del medio: pistolas, contra manos que al fin lo alcanzan y le golpean reiteradamente, ocasionando sólo unas contusiones que duran ocho días, que acredita la desproporción del medio, ya indicado y por su capitán que le pide la pistola, para evitar males como los que se produjeron. Por fin la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, es notoria su ausencia, pues sólo y únicamente su actitud personal, desencadena y provoca el suceso. Y aunque pudo argüirse alguna situación anímica que encarnara alguna otra atenuante, el hecho cierto es que no concurriendo ning1 de los elementos de la legítima defensa, ni completa, ni incompleta, el recurso del condenado, ha de decaer.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el señor Abogado del Estado contra sentencia pronunciada por la Audiencia de Bilbao en fecha 30 de junio de 1983, en causa seguida contra Eugenio , por delito de homicidio y lesiones, cuya sentencia casamos y anulamos con declaración de las costas de oficio y en cuanto se refiere a la responsabilidad civil de la Administración. Asimismo declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación del procesado Eugenio contra la sentencia indicada de la Audiencia de Bilbao, seguida al

mismo por delito de homicidio y lesiones, condenándole al pago de las costas y al abono de setecientas cincuenta pesetas por razón de depósito dejado de constituir, si mejorase de fortuna. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte al Tribunal sentenciador a los efectos legales oportunos. ASI por ésta nuestra sentencia que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1985**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

**RESULTANDO:** Que el fundamento de hecho de la sentencia recurrida, dice así: 1.º **RESULTANDO:** Que son hechos probados y así se declara: Que la procesada..., mayor de edad, buena conducta, sin antecedentes penales, soltera, se hallaba embarazada de nueve meses, estado que había ocultado a toda la familia, por temor a sus padres y a los comentarios que en el pueblo de..., donde vivía, se pudieran hacer, sobre las 12 horas del día 30 de septiembre de 1982 al sentir los primeros síntomas del parto se trasladó a una habitación de la planta alta del domicilio en el que en unión de sus familiares convivía, sito en la calle... de la indicada localidad, donde dio a luz un feto, a término, perfectamente conformado, de sexo hembra, cortando ella misma con unas tijeras el cordón umbilical, depositado el feto en un cubo el cual trasladó al tejado de un vecino, dejándolo abandonado, ocultándolo a la familia y falleciendo dicho feto al poco de nacer.

**RESULTANDO:** Que en la expresada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados constituyen un delito de infanticidio, previsto y castigado en el art. 410-1.º del Código Penal , del que es responsable la procesada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Y contiene el siguiente pronunciamiento.

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a la procesada..., como autora de un delito de infanticidio, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de dos años de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, durante el tiempo de la condena y al

pago de las costas procesales. Y se aprueba por sus propios fundamentos el auto de insolvencia que el Juez instructor dictó y consulta en el ramo de responsabilidad civil.

RESULTANDO: Que la representación de la procesada basa el presente recurso en el siguiente motivo.

Único. Al amparo del n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y basado en la infracción, por aplicación indebida del primer párrafo del art. 410 del Código Penal en relación con el art. 1.º de igual código y último inciso del n.º 2 del art. 24 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 . El párrafo primero del art. 410 del Código Penal, impone pena a la madre que para ocultar su deshonor matare al hijo recién nacido.

Es decir, voluntad de matar y si falta tal voluntad no resulta posible aplicar la norma citada. En la conducta de la madre es procedente examinar la causa productora de la muerte si fue o no voluntaria, la intención directa de matar, si se registró un accidente, si aquella se hallaba sola sin auxilio en el parto. Si no concurre voluntad de matar, si la muerte sobreviene no a causa de hechos ejecutados con ánimo de matar, con ánimo homicida, sino a consecuencia del abandono en que se dejó al recién nacido, no se comete delito de infanticidio. Esta parte no considera necesaria la celebración de vista.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal se ha instruido del recurso, expresa su conformidad con la manifestación del recurrente de no considerar necesaria la celebración de vista e impugna el único motivo del recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO: Que en el único motivo del recurso, formulado al amparo del n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del art. 410 del Código Penal fundamentándolo en que no existía en la procesada dolo de muerte; como si de la declaración de hechos proba2 de la sentencia recurrida no apareciera destacado con toda evidencia ese dolo directo de muerte impulsada por un móvil honoris causa, al dejar abandonada la hija recién nacida, en las circunstancias que se dicen en ellos, después de cortar por sí misma con unas tijeras el cordón umbilical; comisión por omisión que es equivalente de la acción por seguridad, dadas las condiciones y lugar del abandono, metida la recién nacida en un cubo y dejado

en un tejado de un vecino, que necesariamente se ha de producir la muerte ante la pasividad consciente y querida de la madre e imposibilidad de que de mediar encontrara amparo, posibilidad, por otro lado, no querida, por lo que concurriendo en el hecho los elementos objetivos, la muerte de un recién nacido, la cual se ha producido después de haber concluido el parto, al abandonarlo en la forma, condiciones y lugar antes dichos, y el elemento subjetivo, intención de matar impulsada por móvil de honor, procede desestimar el citado único motivo del recurso.

FALLO:

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación de la procesada..., contra la sentencia pronunciada por la Audiencia de Almería en fecha 21 de marzo de 1983 en causa seguida a la misma por delito de infanticidio, condenándola al pago de las costas y al abono de setecientas cincuenta pesetas por razón de depósito dejado de constituir si mejorase de fortuna. Comuníquese esta resolución al Tribunal sentenciador a los efectos legales oportunos.

## **10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2001**

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Murcia, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 188 de 1997, contra Vicente y Camila y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Cuarta) que, con fecha uno de marzo de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Se declara probado: Que el día 2 de noviembre de 1996, sobre las 0'50 horas, ingresó en la Clínica Virgen de la Vega, de Murcia, Soledad, paciente de 38 años de edad, primigesta y primipara en estado de gestación a término, cuyo embarazo había evolucionado con total normalidad, siendo tratada hasta entonces por el doctor D. Jose Miguel.

A su entrada en la Clínica, la Sra. Soledad presentaba bolsa amniótica con rotura espontánea desde las 22'50 horas del día 1 de noviembre, siendo examinada por la matrona D<sup>a</sup>. Gabriela sin que presentara contracciones ni dilatación, permaneciendo en habitación hasta las 6 horas, en que fue bajada a paritorio y donde a solicitud de la Sra. Soledad y con autorización de la matrona D<sup>a</sup>. Camila, mayor de edad y sin antecedentes penales, se le aplicó por el Médico anestesista anestesia epidural y fue monitorizada. Entre las 8'30 horas y las 9 horas, D<sup>a</sup> Soledad fue reconocida por el ginecólogo en funciones de guardia en la Clínica Virgen de la Vega, Doctor D. Vicente , mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual se hizo cargo del parto al estar ausente el doctor Jose Miguel , que había marchado a un congreso.

El doctor Vicente procedió a la utilización de ventosa como mecanismo de extracción del feto, a pesar de encontrarse éste en primer plano de Hodge y haberle dicho la matrona que el niño estaba algo alto. Además la Sr. Soledad tenía una dilatación incompleta de unos 6 centímetros.

Al necesitar vencer una fuerte resistencia, la ventosa derrapó al menos una vez, y finalmente el niño nació a las 9'40 horas mediante parto distócico, con una vuelta prieta de cordón alrededor del cuello y un peso de 3 kilos y 600 gramos, presentando mal estado general, hipotómico y flácido, debido a una hipoxia isquemia, lo que a su vez dio lugar a una parada respiratoria y reanimación cardiopulmonar con ventilación asistida.

Posteriormente se trasladó al recién nacido a la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde falleció a las nueve horas y cuarenta y cinco minutos de su ingreso (22 horas 30 minutos del 2-11-1996) no autorizando la familia del feto que se practicara la necropsia.

La causa de la muerte del feto fue un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico y miocárdico, siendo el shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica epicraneal.

Las circunstancias de tratarse del parto de una primípara de 38 años de edad, distócico, con anestesia epidural, encontrándose el feto alto, en primer plano de Hodge, hacían arriesgado el sistema de la vacuoextracción. Y esta utilización de la ventosa para este caso concreto y desde ese primer plano causó la hemorragia subaponeurótica epicraneal y favoreció la presión del cordón umbilical sobre el cuello del feto.

Segundo.- Las conclusiones fácticas que anteceden constatadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a efectos de lo establecido en el art. 120-3 de la Constitución, se consignan tras valorar las manifestaciones de los acusados Vicente y Camila, testigos. D<sup>a</sup> Soledad, D. Jose Miguel, D<sup>a</sup> Paloma, D<sup>a</sup> Flora, d. Gaspar y D. Andrés; peritos. D. Jesús Manuel, D<sup>a</sup>. Sonia, D. Luis Enrique, D. Romeo, D. Lorenzo, D. Gabino, y el resto de las actuaciones de la causa relacionadas con las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, en especial los folios, 3, 4, 5, 25 al 28, 29, 30,31 46, 47, 49, 50, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 94, 96, 99, 100, 101, 102, 116, 196, 204, 205 y 228 a 232 de la causa, y documentos obrantes en el rollo, aportados al inicio del juicio oral.>>

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a Vicente y a Camila de los delitos de aborto por imprudencia profesional, lesiones culposas al feto en concurso ideal con homicidio imprudente, denegación de asistencia sanitaria, y de la falta de imprudencia, de que venían acusados declarando de oficio las costas del procedimiento, y reservando acciones civiles a los perjudicados.

Notifíquese esta resolución de acuerdo con lo dispuesto en el art. 248<sup>o</sup>.4<sup>o</sup> de la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que se puede preparar recurso de casación en el plazo de cinco días siguientes a su notificación ante esta misma Audiencia, y a interponer ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por la representación de la acusación particular como recurrente Soledad , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la Acusación Particular Soledad , formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 157 o 196 y subsidiariamente del art. 621.2 del Código Penal.

5.- La representación de la parte recurrida Gabriela , se instruyó del recurso oponiéndose a la admisión de los dos motivos interpuestos; la representación de la parte recurrida Vicente se instruyó del recurso inadmitiendo el mismo, asimismo la representación de la Clínica Virgen de la Vega S.A. se instruyó del recurso impugnado el mismo. El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, impugnando subsidiariamente los dos motivos interpuestos, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento para la vista, cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 20 de noviembre de 2001. Con la asistencia del letrado de la acusación particular como recurrente D. Rosendo, que mantuvo su recurso y los Letrados recurridos D. Emilio Díez de Revenga Torres por Vicente , D. José Moreno clavel por la parte recurrida Clínica Virgen de la Vega. S.A., D. Miguel Fernández de Sevilla Morales por la recurrida Gabriela, que se opusieron al recurso y el Ministerio Fiscal que se ratificó en su escrito.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La sentencia recurrida absolvió a los encausados, profesionales de la medicina, de los delitos de los que habían sido acusados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular. Esta se alza contra la sentencia por dos motivos, ambos por infracción de Ley.

En el primero, por el cauce procesal del art. 849.2º de la LECr, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos -que son "admitidos incluso en la fundamentación jurídica de la sentencia"- y demuestran la equivocación evidente del Tribunal.

2.- Los documentos invocados son dos informes del médico forense de naturaleza diferente, aunque relacionados entre sí. El primero es el de autopsia y el segundo sobre el método utilizado en el parto: La causa de la muerte consta en el relato fáctico de la sentencia literalmente con las mismas palabras del forense que fue, en

síntesis "un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico y miocárdico" éste, a su vez, "secundario de hemorragia subaponeurótica epicraneal". La Sala de instancia no se separó en absoluto del dictamen de autopsia. En cuanto a la utilización de la ventosa en el parto, a la que se refiere el segundo de los documentos, también es recogida expresamente en los hechos probados, como en el recurso se reconoce, atribuyéndole relación causal con el resultado letal en el fundamento jurídico primero. La sentencia tampoco se aparta de lo dictaminado por el forense aunque lo completa, en su libre valoración, con una interpretación integradora de lo sostenido por los demás peritos.

3.- Los informes periciales tienen carácter personal. No son documentos propiamente dichos sino pericia documentada, que no pueden habilitar, por regla general, la vía procesal establecida en el art. 849.2º de la LECr, aunque se ha admitido excepcionalmente por esta Sala su capacidad para demostrar el error de hecho siempre que se trate de un solo informe -o varios coincidentes- y se prescindiera de él de modo irrazonable, o se le haya considerado de modo incompleto o fragmentario, obteniendo conclusiones diversas, opuestas o contrarias a las de los demás peritos, lo que merecería entonces la tacha de arbitrariedad interdictada por el art. 9 de la Constitución. El documento, por otra parte, ha de evidenciar el error por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo y sin que concurren otras pruebas, el Tribunal establezca conclusiones distintas, sin expresar las razones que lo justifiquen, lo que en modo alguno ocurre en este caso. El motivo no puede prosperar.

4.- Se intenta completar, no obstante, el argumento impugnativo en consideraciones que atañen a la tipicidad, que es objeto del motivo siguiente. Se discrepa de la calificación jurídica de la sentencia por entender que la incorrecta utilización de la ventosa no es imprudencia leve sino impericia inexplicable constitutiva de imprudencia grave profesional, lo que rebasa el ámbito procesal de este primer motivo pues esta segunda censura ya no es por error facti sino por error iuris. El reproche se hace, además, desde la perspectiva subjetiva del recurrente en la valoración de la prueba, con la que no puede sustituir al juzgador porque es competencia reservada, constitucional y procesalmente, al Tribunal que conoció la causa en la instancia y presidió la práctica de todas las pruebas escuchando las alegaciones contradictorias de las partes bajo los principios de igualdad y publicidad. La alegación de esta segunda

parte del motivo no es más que un adelanto, ahora prematuro e intempestivo, de la que se plantea en el motivo siguiente. Este ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- 1.- En el segundo -y último- motivo de la acusación particular, única parte recurrente, al amparo del art. 849.1º de la LECr, se denuncia, por no haberse aplicado, la infracción de diferentes artículos del Código Penal, formulándose la queja de forma principal, alternativa y subsidiaria, partiendo siempre -se dice- del respeto al relato fáctico de la sentencia.

Estima la recurrente que los hechos probados son constitutivos de un delito de lesiones culposas (aunque en el recurso se diga dolosas) causadas al feto previsto y penado en el art. 157 del CP en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente del art. 142.1 y 3 del mismo texto legal.

Alternativamente de un delito de denegación de asistencia sanitaria previsto y penado en el art. 196 del CP, por no haberse "acudido a la cesárea".

Y subsidiariamente, de una falta de imprudencia leve prevista en el art. 621.2 del CP, de la que serían autores el médico y la matrona acusados.

2.- Urge aclarar la imposibilidad de que prospere la pretensión alternativa.

El art. 196 del CP, incluido en la calificación provisional no aparece en las definitivas y se insiste ahora en el recurso de casación.

En la provisional se calificaron los hechos, entre otros, de "un delito consumado de asistencia sanitaria del art. 196 del CP en concurso ideal con un delito continuado de omisión de socorro del art. 195.1 del CP".

El principio acusatorio, a pesar de su omisión textual en el art. 24 de la Constitución, constituye una exigencia constitucional en cualquier tipo de proceso penal (SSTC 11/92, 83/92 y 358/83, entre otras). Los únicos elementos del escrito de calificación de la parte acusadora que tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al Juzgador, son el hecho y su calificación (S. 610/97, de 5 de mayo, citada por la 969/98, de 26 de enero). Son las conclusiones definitivas el instrumento procesal que ha de considerarse esencialmente a efectos de fijar la acusación y sobre las que ha de recaer la resolución del Tribunal (STC 91/89, de 16 de mayo). En este caso puede admitirse que el art. 196 se mantuvo en las definitivas al defenderse la fórmula genérica de modificar solo "el extremo relativo referente a la

consideración de que las lesiones han de estimarse como culposas del art. 158 del CP". Volveremos sobre el tema al analizar la falta del art. 621.2 del CP.

3.- La conducta típica del novedoso subtipo agravado del art. 196 del CP vigente de 1995 se desdobra en dos pues consiste, según la clara dicción del precepto, en denegar auxilio o abandonar los servicios sanitarios. Se consuma al realizarse, respectivamente, sus verbos rectores, denegar o abandonar y concurren otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa, el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales.

Ningún dato aparece en los hechos probados sobre la supuesta denegación de atención profesional a la parturienta o que luego se abandonara dicha asistencia. En el fundamento segundo de la sentencia se niega de plano la existencia del art. 196 del CP, en ninguno de los dos acusados, como ponen de manifiesto acertadamente tanto el Ministerio Fiscal como los defensores de los acusados al impugnar el recurso.

La pretensión casacional en este punto es improsperable. Los hechos probados no son subsumibles, en modo alguno, en el art. 196 del CP. La acusación particular recurrente se basa exclusivamente en que no se hizo la cesárea que hubiera salvado al niño. La cuestión es de hondo calado y será analizado en el fundamento cuarto de esta sentencia.

TERCERO.- 1.- Rechazada la pretensión alternativa procede examinar ahora la pretensión principal (lesiones culposas al feto del art. 157 en concurso con homicidio imprudente del art.142.1 y 3º) y la subsidiaria (-homicidio por imprudencia leve del art. 621.2-), lo que obliga a recordar la doctrina de esta Sala sobre los requisitos para estimar el concepto penalmente relevante de imprudencia, que se pueden resumir así: 1º) existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa; 2º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuricidad de la conducta imprudente; 4º) causación de un año; y 5º) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva

de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido (Sentencia de 14 de febrero de 1997 entre otras).

Cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuricidad.

En el caso concreto de la culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala "que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia", como estableció la S. 811/99, de 25 de mayo y fue recordado oportunamente por el Ministerio Fiscal y las partes en la vista oral de este recurso de casación.

2.- En el Código vigente de 1995, con general aceptación de la doctrina científica, ha desaparecido, como se establece en el art. 12, la configuración genérica de la imprudencia (crimen culpae), sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley (crimina culposa) y ha desaparecido también la calificación tripartita del sistema derogado. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la grave, la única que constituye delito y la leve que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia, como se dijo en la sentencia de 10 de octubre de 1998 (recurso 4213/97). La imprudencia grave requiere el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente.

3.- La sentencia recurrida establece con claridad la causa de la muerte del recién nacido, las circunstancias del parto y la técnica utilizada para resolver la situación creada y, finalmente, su valoración jurídico-penal.

a) La causa de la muerte del feto, como se adelantó en el motivo anterior, fue un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica epicraneal, causada por la utilización de la ventosa que favoreció la presión del cordón umbilical sobre el cuello de feto.

b) El embarazo había sido normal y el parto, en principio, también lo era, porque la única circunstancia de alto riesgo era la de ser la parturienta primípara de 38 años de edad. Sin embargo la dilatación incompleta de ésta y la situación alta del feto, que se encontraba en el primer plano de Hodge, pusieron de manifiesto la existencia de un riesgo concreto que planteó al médico ginecólogo de guardia -acusado en esta causa- el dilema de tener que optar por el alumbramiento manual mediante vacuoextracción o por la cesárea, decidiéndose por utilizar la ventosa como mecanismo de extracción del feto, derrapando la ventosa, al menos una vez, al tener que vencer una fuerte resistencia, lo que produjo la hemorragia causante, en definitiva, de la muerte del niño que tuvo lugar a las 22 horas y 30 minutos del día dos de noviembre de 1996, transcurridas doce horas y cincuenta minutos de su nacimiento, que ocurrió a las 9'40 horas del mismo día.

c) La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia ha estimado que no existió en el caso enjuiciado imprudencia grave, siguiendo la doctrina de esta Sala antes referida y recordando correctamente la diferencia jurisprudencial entre la culpa del profesional y la culpa propiamente profesional, que descansa en una impericia crasa, fuera de lo común, para concluir que la intervención y vigilancia de la matrona fue correcta mientras que la del médico ginecólogo merecía el reproche como imprudencia leve y no grave, fundándose en, síntesis, en dos razones. La primera porque dos peritos manifestaron, a la vista de la gráfica de la monitorización, que al ingreso de la parturienta en la clínica la realización de la cesárea era totalmente improcedente. Y la segunda porque en el informe del médico forense, se sostuvo, desde luego, que el sistema empleado de vacuoextracción no era el más indicado por encontrarse el feto en primer plano de Hodge, coincidiendo expresamente con él otro perito en la poca ortodoxia de utilizar la ventosa cuando el feto está alto, de lo que discreparon, sin embargo, otras opiniones, como la sostenida en un revista médica especializada que

afirmaba que no era insólito, en estos casos, utilizar la ventosa aunque lo normal y frecuente es que se utilice en tercer y cuarto plano.

La Audiencia, concluye razonablemente, con rigor jurídico y ponderación equilibrada de todas las circunstancias, que la actuación del ginecólogo no era constitutiva de imprudencia grave pero si leve lo que esta Sala asume pero no puede asumir el criterio de la Audiencia de que "tal imprudencia leve no puede ser castigada penalmente porque se trata de un hecho atípico", dado que el art. 621.2 del CP solo comprende como resultado la muerte de otra persona y en este caso, el que había nacido no lo era.

La cuestión es ardua y se examina en el fundamento siguiente.

CUARTO.- 1.- La sentencia de esta Sala de 5 de abril de 1995 dictada en el recurso de casación 2/1994, bajo la vigencia del C P de 1973 condenó por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves causadas al feto, cuando no existía la específica tipicidad del art. 158 del Código vigente de 1995 que así lo establece, aunque ya se vislumbraba a tenor de los proyectos de reforma.

Al analizar desde el punto de vista penal las lesiones causadas al feto durante el curso de la gestación recordaba que los arts., 29 y 30 del Código Civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos, tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero -conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento; negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea pretendida de la "mulieris portio", es desconocer las realidades indicadas.

Negaba la sentencia, en definitiva, que existiera un auténtico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aún desde la perspectiva de aquel tiempo, una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de esta Sala, citando al respecto cinco sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, " con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones

civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible; la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad".

2.- Esta doctrina la retoma y profundiza la sentencia de 22 de enero de 1999 - recurso 3823/1997 -en la que se recuerda que el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 había declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

En dicha sentencia se dice en el Fundamento Jurídico 1º que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Se reitera y precisa, en el mismo fundamento, que "el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto" y se añade que no existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, pero no cabe duda que la conceptualización de persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

La sentencia proclama, en suma, que el ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal. De acuerdo con esta doctrina la muerte de un niño, como sucedió en el presente caso, que vivió varias horas

y murió como consecuencia de la desacertada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve, colma cumplidamente las exigencias típicas del art. 621.2º del Cº Penal, porque ya era una persona, penalmente protegible. El motivo ha de ser estimado.

3.- La acusación particular, como se dijo, calificó los hechos provisionalmente como constitutivos, entre otros, de un delito consumado de lesiones dolosas al feto, en concurso ideal con un delito consumado de homicidio imprudente.

En el antecedente quinto de la sentencia impugnada consta que al elevarlas a definitivas las modificó "en lo relativo al acusado Vicente , al entender que los hechos eran constitutivos de un delito previsto y penado en el art. 158 del Código Penal", precisando el acta del juicio oral que la acusación particular "modifica tan sólo en el extremo referente a la consideración de que las lesiones han de estimarse como culposas del art. 158 del C. Penal", lo que implica que las elevó a definitivas en todo lo demás y, por tanto, del homicidio imprudente del art. 142.1 y 3 del CP lo que le permitía, como hizo, mantener en este recurso de casación subsidiariamente, la acusación por la falta del art. 621.2 del mismo texto legal, lo que salva y garantiza en esta sede el cumplimiento de las exigencias del sistema acusatorio.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la Acusación Particular Soledad , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, con fecha uno de marzo de dos mil, en causa, Procedimiento Abreviado nº 188/97, contra Vicente y Gabriela ; que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a dictar. Con declaración de oficio de las costas del recurso y devolución del depósito que constituyó en su día.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia de instancia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción de Murcia nº 3, Procedimiento Abreviado nº 188/97 por delito de aborto por imprudencia profesional, lesiones dolosas al feto en concurso con homicidio imprudente y falta de imprudencia, interpuesta por D<sup>a</sup> Soledad , contra Vicente con DNI nº NUM000 , nacido el 18 de junio de 1949, de 50 años de edad, hijo de Lázaro y de Valentina , natural de Valencia, vecino de Murcia, con domicilio en CALLE000 , EDIFICIO000 nº NUM001 , de profesión médico ginecólogo, sin antecedentes penales, en libertad provisional y contra Gabriela , con DNI nº NUM002 , nacida el 18 de febrero de 1942, de 58 años de edad, hija de Lázaro y de Virginia , natural de Totana (Murcia), vecina de Murcia, con domicilio en DIRECCION000 , CALLE001 nº NUM003 , de profesión Matrona, sin antecedentes penales, en libertad provisional, se ha dictado sentencia por la Audiencia Provincial de Murcia , Sección Cuarta, que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Lázaro APARICIO CALVO- RUBIO, se hace constar lo siguiente.

Antecedentes Segunda Sentencia:

UNICO.- Se aceptan los de la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia.

Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:

PRIMERO.- Los de la sentencia recurrida en lo que no se opongan a los de la precedente sentencia de casación.

SEGUNDO.- De acuerdo con el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia de casación los hechos que se declaran probados son constitutivos de una falta de imprudencia leve prevista y penada en el art. 621.2 del CP de la que es responsable en concepto de autor el acusado D. Vicente.

Procede imponer al acusado la pena de multa de dos meses con la cuota de 5000 pts. diarias, proporcionada a los ingresos normales del acusado, por su profesión de médico y se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Clínica Virgen de la Vega donde desempeñaba su cometido como ginecólogo, por imperativo del art. 120.4º del CP a satisfacer en su caso, la indemnización de ocho millones de pts. a que se condena

al acusado, que es la que solicitó el Ministerio Fiscal en la instancia y se considera adecuada teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

Fallo Segunda Sentencia:

Se confirma la absolución de D<sup>a</sup> Camila. Condenamos a D. Vicente como autor responsable de una falta de imprudencia leve del art. 621.2º del CP a la pena de multa de dos meses, con la cuota diaria de 5000 pts., a las costas de un juicio de faltas y a que indemnice a D<sup>a</sup> Soledad y a D. Andrés, en ocho millones de pts. y en su defecto la Clínica Virgen de la Vega como responsable civil subsidiario, declarándose de oficio las costas causadas en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR FECHA:29/11/2001 LECTORES: Carlos Granados Pérez, Lázaro Aparicio Calvo-Rubio COMENTARIOS: Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 2252/2001 de 29 de noviembre, dictada en el recurso número 1501/2000. Mi discrepancia es con el punto de vista manifestado en las siguientes afirmaciones de la sentencia. Una primera, que, recogiendo otra de la de esta misma sala de 22 de enero de 1999, dice: "El comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era feto". Y otra, en la que se concluye: "No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una persona, el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal". Para, finalmente, entender que, puesto que se dan las exigencias típicas del art. 621,2º C. penal, la conducta enjuiciada es típica, en contra de lo que mantiene el tribunal de instancia, y, por tanto, debe casarse la sentencia. Mi criterio difiere, pues, a la hora de determinar el sentido que debe atribuirse al pronombre indefinido "otro" empleado por el Código Penal en los artículos citados, y también en el artículo 138 cuando se tipifica el homicidio. Con ese término se expresa el objeto material del delito. En una primera aproximación éste es un ser humano vivo. Pero el sintagma "vida humana" designa un proceso (STC 53/1985), integrado por diversos momentos, que, como es notorio, tienen distinta consideración en el orden cultural y, también, en el plano penal. Dentro de éste, el tratamiento diferencial se traduce, sustancialmente, en la

existencia de distintas figuras de delito aplicables: las de homicidio/lesiones a "otro" y las de aborto/lesiones al feto. Por eso, la interpretación que se haga de aquel pronombre tendrá el alcance de precisar la línea de demarcación entre ambas modalidades delictivas. Para el Diccionario de la Real Academia, "otro" es "persona o cosa distinta de aquélla de que se habla". Y "distinto" quiere decir "que no es lo mismo, que tiene realidad o existencia diferente de aquello otro de que se trata". En filosofía y en psicología "el otro" cumple una función especular: cada ser humano depende de él para la constitución de su imagen. Ese interlocutor otro ha de ser, pues, una realidad autónoma. Y una realidad sólo es autónoma cuando excluye lo que ella misma no es. Por tanto, la alteridad, como atributo, reclama la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada; lo que trasladado al campo que aquí interesa remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente. El feto, incluso a término, que se encuentra todavía dentro del claustro materno no responde conceptualmente a tal exigencia. Ni siquiera en el supuesto de que se halle en curso de expulsión, ya que durante ésta se está naciendo, pero todavía no se ha nacido. El delito de aborto protege la vida del nasciturus (STS 27 de junio de 1992), comprendida la del que ya ha comenzado a nacer (STS 23 de octubre de 1996). Para que éste pueda llegar a ser considerado "otro" ha de ser perfectamente discernible de la madre. Y no lo es mientras depende orgánicamente en términos esenciales y se encuentra comprendido espacialmente dentro de ella, con la que su relación es tan estrecha que se hace imposible en la práctica actuar sobre el primero sin que la acción incida o se proyecte al mismo tiempo sobre la segunda. Pertener a la categoría "ser vivo" es, así, condición necesaria pero no suficiente para entrar en la de "otro" a los efectos de los arts. 138 y 157 C. penal 1995. Un ser vivo en periodo de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como "otro" respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse, incluso, que hay otra vida (biológicamente hablando), pero no la vida de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad. Pues ese concepto se satisface sólo por la concurrencia de dos clases de datos, unos de carácter biológico (en ese momento, el único realmente existente) y otros de naturaleza socio-cultural (que no se dan). El Código Penal derogado contenía un precepto, el del art. 410, relativo al infanticidio, que aportaba claridad a esta materia, puesto que el valor vida humana independiente allí

protegido tenía su referente en el "recién nacido". Verdad es que se ha dicho que con tal expresión se quería señalar el momento-límite de posible incidencia del honor para determinar una reducción de la pena. Pero no es así: "matar al hijo recién nacido" quiere decir hacer objeto de la acción letal a un sujeto cuyo estado actual se puede denotar mediante el uso del participio del verbo nacer ("nacido") y no de otro modo (es decir, con el gerundio "-naciendo"-, por ejemplo). La realización del tipo objetivo requería como objeto de la acción criminal un individuo (ya) "nacido" y nacido muy poco tiempo antes. Tal es la determinación que ejerce ese adverbio de tiempo sobre el participio al que precede. Pues bien, es obvio que la destipificación del delito de infanticidio no tuvo por finalidad introducir una modificación en la materia que nos ocupa, sino que respondió a otras exigencias, relacionadas con la cuestionable particularidad del citado precepto, que constituía un estado anímico en el núcleo del tipo. Por eso, la modificación legislativa no puede ser significativa de cambio alguno en esta materia. Es más, el momento de concreción del comienzo de la vida humana independiente, en el Código Penal vigente, ha perdido relevancia a la hora de determinar la posibilidad de sanción o la impunidad de la muerte por imprudencia o de las lesiones en el caso del feto (por la previsión de tipos específicos, los de los arts. 145 y 157-158). De este modo, la decisión de la sentencia que motiva este voto, de adelantar el umbral de la protección de aquél mediante la reconsideración extensiva del objeto material del homicidio, es ahora todavía más difícil de apoyar con argumentos de derecho positivo. De ahí que entienda que la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia tendría que haberse confirmado. Fdo.: Perfecto Andrés Ibáñez.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

**11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE OCTUBRE DE 1996**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Arcos, instruyó sumario con el número 3/93, contra Íñigo y Ángeles y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz que, con fecha 31 de Mayo de 1.995, dictó sentencia que contiene los siguientes

**HECHOS PROBADOS:**

"PRIMERO RESULTANDO: probado, y así se declara, que en los primeros meses de 1.990 a raíz de las relaciones sexuales mantenidas con Jesús Carlos , la procesada Virginia , que padece un retraso mental de grado leve a moderado que unido a su carencia de formación, especialmente significativa en el ámbito sexual, provoca una ausencia de percepción personal del desarrollo fisiológico del embarazo así como un desconocimiento de los síntomas detonadores de la finalización del proceso de gestación con incapacidad para asumir decisiones en tal trance necesitando en todo momento la asistencia de sus padres para preservar su salud, madre de una niña de 14 meses de edad, quedó nuevamente embarazada por lo que sus padres, los procesados Íñigo y Ángeles , ante las dificultades para criar un segundo hijo de Virginia , dada la penuria de su situación económica y su precario estado de salud, decidieron acudir a un centro de Planificación Familiar para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Con tal designio, el mes de junio de 1.990 se personaron en la consulta de la Doctora María Inmaculada , sito en el Centro de Salud del término municipal de Arcos de la Frontera, Virginia y su madre Ángeles , procediendo la doctora a remitirles a la Clínica del Sur de Sevilla para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, al concurrir, en principio, los requisitos legales, dado que Virginia presentaba un apreciable grado de retraso mental y su madre refería hallarse entre la octava y novena semana de gestación. El día 10 de julio de 1.990 comparecen madre e hija en la Clínica Sur de Sevilla, centro médico que deniega la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo dado que el estado de gestación de Virginia rondaba las 20 semanas, estado del embarazo confirmado, el día 17 de julio, por el Servicio de Ginecología del Hospital del Servicio Andaluz de Salud sito en Jerez de la Frontera.

Tras una segunda visita el Centro de Planificación Familiar de Arcos de la Frontera, a la que asisten no sólo Virginia y su madre Ángeles sino también Jesús Carlos , padre de la primera de las hijas de Virginia y progenitor de la criatura gestada en el seno de Virginia , se realizó un último contacto con el Hospital de Leganés para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, gestión que no dio resultado positivo. Cerrada la posibilidad de llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo en el seno del marco legal, Doña María Inmaculada , en compañía de la Asistente Social, se puso en contacto con los padres de Virginia para informarles de la alternativa de conferir en adopción a la recién nacida, mostrando los padres de Virginia una disposición favorable a la creación de tal tipo de filiación, lo que dio lugar a que la asistente social comunicara al órgano público, legalmente configurado para la protección de menores, el inicio de los trámites necesarios para la adopción. A partir de este se momento, prosigue el proceso de gestación del feto en el seno de Virginia sin control médico alguno.

SEGUNDO.- En la tarde del día 1 de noviembre de 1.990 mientras Virginia permanecía en el domicilio familiar, sito en la CALLE000 n° NUM000 NUM001 , en compañía de su madre, comenzó a sentir dolores a la altura del vientre, comunicando este estado fisiológico a su madre quien, conocedora, por su experiencia personal, al haber alumbrado en casa a seis hijos, que los síntomas que presentaba Virginia vislumbraba el inicio del parto, dado que el período de gestación estaba en su tramo final, hecho conocido por Ángeles al haber acompañado a Virginia en las visitas realizadas en junio al Centro de Planificación Familiar para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo en el seno de las cuales se cifró en veinte semanas el período de gestación, se limitó a preparar una infusión, que fue ingerida por su hija, así como a recomendarle reposo, sin proceder al traslado a un centro médico ni avisar a persona cualificada para la asistencia en un parto domiciliario. Una vez acostada Virginia llegó al domicilio su padre, Íñigo, a quien su esposa comunicó los síntomas de inicio de parto que presentaba Virginia, procediendo Íñigo a iniciar una partida de dominó con su hijo Rodrigo . Horas más tarde, sin que en ningún momento hubieran remitido los dolores, Virginia explicitó a su madre que se sentía indispuesta procediendo a asir un orinal e introducirse en el cuarto de baño, extremo comunicado por Ángeles a su marido, que permaneció impassible jugando al dominó con su hijo. Dado que transcurría un tiempo

excesivo sin que Virginia saliera del cuarto de baño, Ángeles se encamino al mismo observando, al abrir la puerta, cómo su hija había expulsado un feto que permanecía junto a un orinal con la cabeza en el interior de la taza de wáter y las piernas flexionadas por la articulación, la cadera formando ángulo recto con el cuerpo, permanentemente unido por el cordón umbilical y con parte de la placenta desprendida. Ángeles procedió a comunicar a Íñigo lo ocurrido en el interior del baño, limitándose Íñigo a señalar a su esposa que procediera a avisar a una vecina llamada María Rosario, mientras él continuaba jugando al dominó. A la par que Rodrigo, por encargo de su madre, procedía a avisar a la vecina, Ángeles y Íñigo se adentraron en el baño, asistiendo a Virginia, a la que trasladaron a un cuarto colindante, despreocupándose absolutamente del feto, sin proceder a la ligadura del cordón umbilical, ni estimular el llanto ni limpiar sus orificios respiratorios ocasionando que el feto, que se encontraba vivo en el momento de atravesar el canal del parto, una vez expulsado del claustro materno no llegara a respirar de forma autónoma.

TERCERO.- Los tres procesados son mayores de edad y carecen de antecedentes penales".

2.- La Audiencia de Instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS:

Primero.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Íñigo, Ángeles y Virginia de la autoría en un delito de parricidio.

Segundo.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Íñigo y Ángeles como autores de un delito de aborto a la pena de 7 años de prisión mayor y accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio y para prestar cualquier género de servicio en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos públicos o privados, durante el período de duración de la condena

Tercero.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Virginia de la autoría en un delito de aborto.

Cuarto.- Se imponen a los condenados dos tercios de las costas causadas, declarando el tercio restante de oficio.

Quinto.- Abónese para el cumplimiento de la pena privativa de libertad el tiempo de duración de la prisión provisional.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los procesados Ángeles y Íñigo , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de los procesados, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Amparado en el nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que en función de los hechos que se declaran probados aparece infringido el art. 411 del Código Penal.

SEGUNDO.- Al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido el art. 411 del Código Penal.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española.

CUARTO.- Al amparo del número uno del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 10 de Octubre de 1.996.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Alega la defensa en el cuarto motivo del recurso un quebrantamiento de forma basado en el art. 851.1º LECr., que se debe tratar en primer lugar. Afirman los recurrentes que en los hechos probados se han consignado los conceptos de "interrupción voluntaria del embarazo en el seno del marco legal" y "momento de atravesar el canal del parto", que predeterminan el fallo.

El motivo debe ser desestimado.

Ninguno de los dos conceptos señalados en el recurso tienen el carácter de jurídicos, dado que no adelantan la subsunción de los hechos omitiendo la descripción de los mismos. Consecuentemente los recurrentes no se ven impedidos de cuestionar la subsunción de los hechos practicada por la Audiencia.

SEGUNDO.- Alega seguidamente la Defensa de los recurrentes la vulneración del art. 411 CP. Desde su punto de vista el delito de aborto no sería comisible por omisión. La razón en la que esta conclusión se apoya es la definición de la acción típica como la provocación del alumbramiento antes del término (con la consecuencia de la muerte del fruto de la concepción). "Ni el Sr. Íñigo ni la Sra. Ángeles (recurrentes) -dice la Defensa- tuvieron conocimiento de que su hija Virginia había dado a luz en el cuarto de baño ni cuándo se había producido el alumbramiento". La voluntad, dice la Defensa, "era dar al futuro hijo en adopción" lo que excluiría atribuir a los recurrentes "un dolo específico y aún más por omisión".

El segundo motivo es complementario del primero, pues en él se sostiene que los acusados obraron sin "ánimo feticida" y además que su omisión no es causal del resultado. Este motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal. Dado que ambas cuestiones se refieren al problema de la tipicidad se deben tratar conjuntamente. Lo mismo ocurre con el tercero, que apoya el recurrente en el derecho a la presunción de inocencia, pero que en realidad tiene el mismo contenido para los anteriores.

Los tres motivos deben ser estimados.

Los argumentos de la Defensa y los del Ministerio Fiscal, que apoya uno de ellos, son de muy variada índole, pero, en todo caso, referidos a cuestiones fundamentales. Por esta razón es necesario un tratamiento particularizado de los mismos, en tanto afectan a distintos elementos del delito.

1) La primera cuestión planteada concierne a si el delito de aborto puede o no ser cometido por omisión. En principio se debe señalar que los llamados delitos de comisión por omisión son supuestos en los que la omisión de evitar un resultado perteneciente a un tipo activo puede ser considerada equivalente, en su contenido de ilicitud, a la alternativa típica activa. Esta equivalencia, como lo venía destacando la jurisprudencia y ahora lo establece el art. 11 CP., depende de dos criterios. Por un lado el omitente debe ocupar una posición de garante, consistente en el desempeño de función de protección de un bien jurídico frente a los peligros que pueden acecharlo o en el cuidado de una fuente de peligros respecto de los bienes jurídicos que pudieran resultar afectados por tales peligros. Por otro lado, como lo señala el texto del actual art. 11 CP, recogiendo algo que ya se había puesto de manifiesto en la jurisprudencia (p. ej. cuando se negaba que el delito de prevaricación pudiera ser cometido por omisión), la

omisión debe ser "equivalente, según el sentido del texto de la ley, a su causación", es decir, debe tener un contenido de ilicitud similar a la realización activa del tipo.

De todo ello surge que los delitos de comisión no son sino una variante de los delitos activos, como es el delito de aborto, que, de acuerdo con el texto de la ley, sólo consiste en "causar aborto" (art. 411 CP. 1.973) o, lo que es lo mismo, "producir aborto" (art. 144 CP. vigente). Es obvio, por lo tanto, que sobre esta base no cabe alegar como razón para excluir la comisión por omisión del aborto que el tipo penal del mismo está estructurado en torno a la descripción de un comportamiento activo. Precisamente sólo cabe hablar de una posible comisión por omisión respecto de un tipo que, expresamente, no incrimina sino el comportamiento activo. Si el comportamiento omisivo estuviera expreso en la ley la categoría de la comisión por omisión sería totalmente innecesaria y nunca se hubiera pensado en la necesidad de introducir el art. 11 CP.

Por último, en cuanto a la relación de causalidad es obvio que no se da, toda vez que de la nada no se puede producir nada. Al respecto existe en la actualidad un consenso científico y jurisprudencial ampliamente difundido. Pero, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que es adecuado a las exigencias típicas que se pueda comprobar que la realización de la acción omitida hubiera evitado el resultado con una seguridad rayana en la certeza. Que esto es lo que ha ocurrido en el presente caso no puede ser puesto en duda, toda vez que la experiencia de otros partos que tenían los acusados, según se hace constar en el hecho probado, les permitía no sólo saber qué debían hacer, sino que de haber extraído a la niña del wáter y haber ligado el cordón umbilical aquélla no hubiera muerto.

El nuevo art. 11 CP no exige, por lo demás, otra clase de relación entre la omisión y la producción del resultado, dado que sólo requiere una relación que equivalga, según el sentido de la ley, a la causación".

2) Una consideración aparte merecen los argumentos del Ministerio Fiscal para apoyar el segundo motivo del recurso, aunque por razones diversas de las alegadas por los recurrentes. El Fiscal sostiene que en la medida en la que se produjo el nacimiento, ya no cabe considerar el hecho como aborto, pues éste presupone la muerte del nasciturus como consecuencia de la interrupción del embarazo. De allí deduce, el Ministerio Fiscal que el hecho debe quedar impune, dado que la calificación realizada por el Tribunal a quo no ha sido recurrida y los elementos del aborto no se dan, pues el

objeto de la acción no ha sido un feto, sino una persona. Con otras palabras: no habría aborto, pues el hecho, en realidad, es un parricidio.

La Sala no puede compartir el punto de vista del Ministerio Fiscal. En efecto, el Tribunal a quo señaló en su elaborada sentencia los diversos criterios con los que la doctrina caracteriza al sujeto pasivo del aborto y se inclinó por el que acuerda mayor amplitud conceptual al mismo, es decir, el que marca la cesura entre el aborto y el homicidio en la vida posterior a la separación completa del cuerpo de la madre mediante el corte del cordón umbilical. Este punto de vista es producto de la noción de la vida del siglo XIX. De acuerdo con ella el nasciturus sólo tenía una esperanza de vida, pues ésta era caracterizada por la respiración autónoma del recién nacido. Es sumamente discutible que este punto de vista se corresponda con los conceptos biológicos o con los jurídicos actuales, pues biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen. A partir de estas consideraciones parece obvio que el hecho podría haber sido considerado como aborto, toda vez que la muerte se produjo después del comienzo del nacimiento, salvo, claro está, lo que se disponga en cada ordenamiento positivo. Pero, de aquí no es posible deducir que la conducta de los recurrentes no sea, de todas formas, típica. En efecto, es impensable que un hecho, cuya calificación como aborto pueda ser discutible, aunque, de todos modos, sostenible sobre la base del criterio adoptado en la sentencia, resulte impune por la simple razón de que se lo debió calificar como un homicidio, que ahora no es posible sancionar por la prohibición de *reformatio in pejus*. Dicho de otra manera: no cabe sostener que no se dan los elementos del aborto cuando el Tribunal a quo se inclinó por un criterio defendido en la doctrina respecto del sujeto pasivo del delito de aborto y la cuestión no ha sido objeto del recurso de casación por la acusación. En este sentido se debe señalar que ya los penalistas clásicos habían afirmado, en épocas en las que todavía se concebía la vida humana como respiración autónoma, de manera similar a la que ha servido a la Audiencia para decidir la aplicación del delito de aborto, que "es indiferente que la muerte del feto tenga lugar dentro del útero o después de la expulsión, o incluso entre una y otra situación". Por lo tanto, si la subsunción realizada por la Audiencia fuera errónea, lo cierto es que dicha subsunción no puede operar como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal de los acusados.

3) La Defensa sostiene, además, que no es posible afirmar la existencia del dolo, ante todo, porque el delito de aborto exigiría, en una terminología ya inactual, un "dolo específico". Este argumento, ante todo, carece de apoyo en el texto del art. 411 CP. 1973 (y también en el actual art. 144 CP.). La Ley no dice nada que haga suponer que el legislador ha querido condicionar el dolo del delito de aborto a alguna exigencia especial del elemento subjetivo. Ante el silencio que guarda la ley, es evidente que lo único que se requiere es que el autor haya obrado con dolo y el omitente lo haya hecho de la manera equivalente que viene señalando la doctrina de esta Sala (confr. SSTS de 30-6-88 y de 28-1-94, N° 117/94 entre otras). Otros elementos subjetivos ni surgen del texto ni son necesarios según el sentido teológico del tipo. Esta conclusión no resulta afectada en lo más mínimo por el hecho de que los acusados hayan pensado, antes de producirse el parto, que la niña sería dada en adopción una vez que naciera. El dolo no se excluye sólo por los buenos propósitos que el autor o el omitente hayan tenido antes del momento del hecho. Lo decisivo es, por el contrario, si en ese momento tuvieron el conocimiento de los elementos del tipo (activo u omisivo, según el caso).

Por otra parte, el "ánimo feticida" invocado por la Defensa no constituye un elemento diverso del dolo. En efecto el "ánimo" de matar al feto no es algo diverso del dolo de matar al feto; es evidente que la superposición es total.

4) En otro orden de ideas alega la Defensa que, en todo caso, los omitentes condenados no tuvieron conocimiento "de que su hija Virginia había dado a luz en el cuarto de baño ni cuándo se había producido el alumbramiento". Esta cuestión es relevante, dado que sin el conocimiento de las circunstancias de hecho condicionantes del deber de actuar no es posible afirmar la existencia del dolo del delito en su forma omisiva (confr. SSTS citadas ut supra). En este sentido esta Sala considera que en la causa no es claro si cuando se produjo el corte del cordón umbilical, posteriormente no ligado, la niña ya había muerto dentro del wáter por alguna otra causa. En efecto, no se sabe si como consecuencia de la caída de la niña en el wáter y su permanencia de cabeza en él ya se habían producido lesiones irreversibles que conducirían necesariamente a la muerte de aquélla. Esta duda se debió considerar a favor de los acusados, dado que entre la expulsión de la niña con vida que señalan los hechos probados y la separación de la misma de su madre mediante el corte del cordón umbilical (que se ignora quién lo practicó) se pudo haber producido la muerte por

alguna otra causa concurrente no descartada por la Audiencia. Las circunstancias del caso demuestran que la niña después del nacimiento quedó sin atención alguna de su madre dentro del wáter y que ello pudo haber tenido influencia decisiva en su muerte. Al respecto no es posible dejar de tener en cuenta que según los hechos probados cuando la recurrente Ángeles entró al baño donde se había producido el nacimiento había "transcurrido un tiempo excesivo sin que Virginia (la madre) saliera del cuarto de baño" y que al entrar comprobó que la niña tenía "la cabeza en el interior de la taza del wáter (...)". Por otra parte, la Sala, haciendo uso de las facultades que le acuerda el art. 899 LECr., ha podido comprobar que en las conclusiones de la autopsia se dice que "la causa de la muerte obedece a la omisión de cuidados necesarios para el mantenimiento de la vida "(ver folio 4 vto.). Es obvio que esta afirmación no permite establecer el momento de la muerte que es relevante para la responsabilidad omisiva de los recurrentes, puesto que la falta de cuidados comienza ya con las condiciones en las que se produjo el parto y que se mantienen a lo largo del mismo y han sido de tal magnitud que no es posible excluir que por sí mismas hubieran causado la muerte de la niña ya antes de que los acusados tuvieran conocimiento de los hechos. El informe de autopsia permite comprobar que la niña nació con vida, pero no el momento en el que se produjo la muerte.

Esta duda sobre el momento de la muerte, deducido de una multiplicidad de factores que no han permitido aclarar si la muerte se había producido ya cuando los acusados tuvieron conocimiento de las circunstancias que generaban su deber de actuar, no sólo impide considerar el hecho como consumado, sino que genera también dudas sobre el dolo, en la medida en la que no es posible saber si la omisión de atención a la niña se produjo por haberla supuesto muerta o con la representación de su muerte como próxima. En los hechos probados tampoco existen elementos que permitan aclarar si los recurrentes llegaron a suponer que la niña todavía vivía, cuestión que es esencial para poder afirmar la existencia del dolo y, como es obvio, de una tentativa de aborto por omisión. No ofrece dudas que si los recurrentes hubieran supuesto que la niña ya había muerto, habrían obrado con un error sobre un elemento del tipo excluyente del dolo. Consecuentemente, en la medida en la que los hechos probados no permiten eliminar esta posibilidad, el principio in dubio pro reo debió ser aplicado en favor de los acusados, a los que se debió absolver por las razones expuestas en este apartado.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por la representación de los acusados Íñigo y Ángeles, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 31 de Mayo de 1995, en causa seguida contra los mismos por delito de aborto; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Rec. Núm.: 2491/95

Sentencia Núm.: 746/96

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Octubre de mil novecientos noventa y seis. En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Arcos, con el número 3/93 y seguida ante la Audiencia Provincial de Cádiz, por delito de aborto contra los procesados Íñigo y Ángeles, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 31 de Mayo de 1995 que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

Antecedentes Segunda Sentencia:

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz con fecha 31 de Mayo de 1995.

Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:

ÚNICO.- Desde el punto de vista del tipo objetivo no es posible determinar el momento de la muerte. Consecuentemente, sólo cabría la posibilidad de una sanción de los hechos como tentativa. Pero, en la medida en la que tampoco es posible establecer la concurrencia del dolo - sin el cual no es posible la tentativa- corresponde la absolución de los acusados apoyada por el Ministerio Fiscal.

Fallo Segunda Sentencia:

QUE DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a los procesados Íñigo y Ángeles del delito de aborto por el que venían siendo acusados por sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 31 de Mayo de 1995.

Todo ello sin perjuicio de que por el Tribunal que conozca de la ejecutoria se lleve a efecto la revisión de la sentencia de instancia, si ello fuera Rec. Núm.: 2491/95.

Sentencia Núm.: 746/96. procedente, según el art. 2º.2 del CP.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

## **12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 1994**

### ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero: El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Valladolid instruyó sumario con el núm. 2/1992, contra Carlos José y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid que, con fecha 14 de junio de 1993, dictó Sentencia que contiene los siguientes hechos probados: "Sobre las cuatro de la madrugada del día 23 de abril de 1992, el procesado Carlos José se encontró en la discoteca "Central Park" de Palencia con Eugenia , a quien conocía de haberla vista una vez y entabló conversación con ella, permaneciendo, en el mencionado lugar por espacio de una hora, marchándose a continuación al bar "El Baradero" de esa misma ciudad donde Carlos José consumió bebidas alcohólicas, lo que motivó que su capacidad de conocimiento y voluntad quedara ligeramente disminuida sin llegar a anularla, tomando la decisión de trasladarse

juntos a la localidad vallisoletana de Villalar de los Comuneros en la que se celebraba la fiesta de la Comunidad. Mientras se dirigían a la citada localidad en el vehículo "R-12" color gris metalizado, matrícula X-....-OX, propiedad del procesado, y como éste disponía de las llaves de un piso en Valladolid, AVENIDA000, núm. NUM000, NUM001. °- NUM002, propiedad de la novia de un amigo suyo, en el que había estado viviendo algunos días, decidieron detenerse en el mismo para descansar. Tras llegar a la vivienda y permanecer allí un tiempo acostados, se' produjo una discusión entre ambos por la decisión de Eugenia de marcharse del piso, por lo que, para retenerla Carlos José la tumbó de nuevo en la cama agarrándola del cuello con ambas manos, ejerciendo una fuerte y mantenida presión a pesar de que la víctima ya no ofrecía resistencia, lo que produjo una oclusión sanguínea, provocando su muerte. Para deshacerse del cadáver, el procesado lo introdujo en el maletero del vehículo, junto con las pertenencias de la víctima, y la funda del colchón y una almohada con manchas de sangre, dirigiéndose hasta Palencia, tomando desde allí el camino que discurre junto al Canal de Castilla, hasta llegar al paraje conocido por Sotalburén, en el término de Villamuriel de Cerrato, deteniendo el vehículo junto a una esclusa del Canal. Inmediatamente trasladó el cadáver hasta el puente allí existente desde donde lo arrojó al agua, dejando a continuación junto a una casa deshabitada las prendas y el bolso de la víctima, así como el colchón y la almohada referidos. Eugenia tenía treinta y un años de edad, era soltera y vivía junto sus padres, Carlos Jesús y Estíbaliz en el domicilio de éstos, sito en la AVENIDA001, núm. NUM003, de Palencia. El procesado Carlos José es mayor de edad penal y no tiene antecedentes de tal clase.» Segundo: La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Condenamos al procesado Carlos José , como autor responsable de un delito de homicidio, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la atenuante de embriaguez no habitual a la pena de catorce años de reclusión menor; con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a Carlos Jesús y a Estíbaliz en la cantidad de 10.000.000 de ptas., con los intereses legalmente establecidos así como al pago de las costas procesales.

Y para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, se abonará al procesado todo el tiempo que pasó en prisión preventiva en méritos de la presente causa.» Tercero: Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de

casación por infracción de ley, por el procesado Carlos José, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto: Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: 1.º Infracción de ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del art. 407 del Código Penal . 2.º Infracción de ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del art. 565, párrafo 1.º, del Código Penal .

Quinto: Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Sexto: Hecho el señalamiento ha tenido lugar la vista prevenida el 5 de mayo pasado, con asistencia de don José Miguel Alvarez Bolado, defensor del recurrente, que mantuvo su recurso, y del Ministerio Fiscal que lo impugnó.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: La parte recurrente ha formulado dos motivos de casación, ambos por el cauce del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando en el primero la indebida aplicación del art. 407 del Código Penal y, en el segundo, la falta de aplicación del art. 565, párrafo 1.º, del mismo cuerpo legal , planteándose este último como complementario del primero. Pretende, en suma, la parte recurrente que el hecho enjuiciado sea calificado como constitutivo de un delito de imprudencia temeraria. Procede, en consecuencia, estudiar conjuntamente ambos motivos.

Dice el recurrente, en apoyo del motivo primero, que "el autor de un hecho que actúa con dolo eventual se representa todas las consecuencias dañosas de su acción como probables y pese a esa representación y a tal probabilidad, prosigue su propósito, asumiendo la producción de tales resultados aunque sobrevengan; con lo que al conocimiento de lo que probablemente ocurrirá (elemento intelectual) tiene que sumarse el elemento volitivo del consentimiento.». Y, a este respecto, se destaca que "a tenor del relato fáctico de la sentencia, la fuerte y mantenida presión ejercida sobre el cuello de la

víctima hubo de producirse por la pérdida de conocimiento de la misma que según dictamen médico-forense de autopsia, se produjo en ocho o diez segundos», de modo que el acusado ni llegó a representarse el resultado de su acción como probable, ni, por consecuencia, pudo asumir o aceptar tal resultado».

Por su parte, en el segundo motivo, se dice que "... la culpa lata consciente supone una representación de la previsibilidad del evento con resultado dañoso, pero por ligereza imperdonable del actor se prescinde de la eventualidad, descartando que llegue a actualizarse». Y estima la parte recurrente que, desde su punto de vista, es ésta la calificación jurídica más adecuada de los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

Pretende, en definitiva, la parte recurrente -como ya se ha dicho- que la conducta del acusado sea calificada como delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y no como homicidio (con dolo eventual) como ha hecho la Sala de instancia.

Segundo: Antes de examinar directamente la cuestión aquí planteada no es inconveniente destacar que la defensa del acusado comenzó calificando el hecho enjuiciado como constitutivo de un delito de homicidio del art. 407 del Código Penal, con la concurrencia de la atenuante segunda del art. 9.º del mismo Código, como muy cualificada (ver escrito de conclusiones provisionales), para luego -en las definitivas- formular una calificación alternativa: Falta de lesiones del art. 582 y homicidio por imprudencia temeraria del art. 565, ambos del Código Penal, o, alternativamente, homicidio del art. 407 del Código Penal, concurriendo la atenuante segunda del art. 9.º de dicho Código, como muy cualificada (ver antecedente de hecho de la sentencia recurrida, sexto).

Constituye la esencia de todo delito imprudente la existencia de una acción u omisión voluntaria (pero no intencional) de un resultado tipificado como delito, de una relación de causalidad entre aquélla y éste, y, finalmente, de la consiguiente reprochabilidad, dimanante de la previsibilidad y evitabilidad del mal producido por parte de un hombre normal (ver Sentencia de 22 de mayo de 1992). Como tiene declarado también esta Sala, toda imprudencia presupone la ejecución de un acto descuidado (ver Sentencia de 27 de septiembre de 1968), y, en todo caso, exige una

desvinculación entre la voluntad del agente y el resultado de su acción (ver Sentencia de 27 de diciembre de 1962).

El delito doloso, por su parte, está integrado por dos elementos fundamentales: El intelectual o cognoscitivo (conocimiento de los elementos integrantes del tipo penal de que se trate) y el volitivo o intencional (consistente en querer o aceptar el resultado de la acción). El resultado puede ser directamente querido o simplemente aceptado. En este último caso, nos encontramos con el denominado "dolo eventual». No ha sido unánime la posición de la doctrina -justo es reconocerlo- en orden a aceptar que esta última modalidad del dolo sea suficiente para la comisión de los delitos dolosos. La mayoría de la doctrina, sin embargo, así lo estima, al igual que la jurisprudencia. Y, en este sentido, la Sentencia de 16 de octubre de 1986 declara que "en el concepto de dolo a que se refiere el art. 1.º del Código Penal ha de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable y, sin embargo, consentido. En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las Sentencias de 17 de octubre de 1934, 18 de marzo de 1980 y 6 de febrero de 1988.

Como es bien sabido, existe una "zona de la duda» -así denominada por la doctrina- integrada por el "dolo eventual» y la "culpa con previsión», que se asemejan en que en ambos supuestos el autor no busca el resultado, y se diferencian en que en el "dolo eventual» el resultado se acepta o se tolera, y en la "culpa consciente» se rechaza (el autor confía en que el resultado no se producirá; en otro caso no habría actuado).

En el presente caso, la necesidad de que el acusado se representase el resultado de su acción era patente (lo hubiera sido igualmente para cualquier persona normal). Todo el mundo sabe -por la experiencia común- que la presión fuerte y mantenida sobre el cuello de una persona, impidiéndola respirar, en breves momentos, es causa de su muerte por asfixia. Esta Sala ha calificado como delitos de homicidio doloso (con dolo eventual) supuestos similares al de autos (ver, entre otras, las Sentencias de 3 de octubre de 1987 y 24 de octubre de 1989). El desarrollo de los acontecimientos el día de autos pone de manifiesto que el acusado tenía suficiente consciencia sobre el alcance de sus actos. No puede alegar desconocimiento de las consecuencias naturales de los mismos, y la misma falta de resistencia de la víctima constituye un dato más -sobradamente elocuente- al respecto. El propio informe médico-forense en el que el recurrente

pretende fundamentar su recurso constituye un firme apoyo de la sentencia recurrida. En efecto, en el mismo se dice que la víctima tenía sendas equimosis en ambas sienes, difíciles de valorar en cuanto al objeto causal (que debió ser contundente y sin bordes), siendo posible que, sobre todo el localizado en sien derecha, haya originado una conmoción cerebral, capaz de aturdir a la víctima e impedir su propia defensa. Si bien se admite también la posibilidad de que tales equimosis puedan deberse a la acción de la cabeza contra algún objeto que la rodeara.

En el propio informe se dice que en este tipo de muertes (asfixia mecánica por compresión a nivel cervical; por estrangulamiento) "la muerte sobreviene transcurrido un plazo de tiempo variable entre cinco y diez minutos»; citando la opinión de Simonin, según el cual "la pérdida de conocimiento se produce en ocho o diez segundos», concluyendo: 1) que se trata de una muerte violenta; 2) que su causa inmediata es asfixia mecánica; 3) que su causa fundamental es estrangulación; 4) que, para producir la muerte por el mecanismo antes citado, es preciso mantener la compresión cervical durante, al menos, cinco o diez minutos; 5) que su etiología es homicida; 6) que con mayor probabilidad la estrangulación fue a lazo, sin poder descartar totalmente la estrangulación a mano, y 7) que la muerte debió producirse entre ocho y nueve de la mañana del día que fue hallada.

Por todo lo dicho, es manifiesto que el motivo carece de fundamento y no puede prosperar.

FALLO:

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Carlos José , contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, de fecha 14 de junio de 1,993 , en causa seguida al mismo, por delito de homicidio. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

**13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE MARZO DE 2004**

## ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 21 de los de Madrid, instruyó Sumario con el número 1 de 2002, contra Milagros y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Decimoquinta) que, con fecha treinta de Diciembre de dos mil dos, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Desde finales de agosto o septiembre de 1998, la acusada, Milagros de 22 años de edad, trabajaba como empleada de hogar de la familia Sonia, en el domicilio sito en la madrileña CALLE000 NUM000, NUM001. Tenía entre sus principales funciones el cuidado de los niños.

El día 20 de noviembre de 1998, hacia las 17,45 horas, con intención de acabar con los llantos de la niña Sonia, de 21 meses de edad, en el interior del domicilio citado, aplicó una almohada sobre la cara de la menor, apretando sobre ella entre uno y dos minutos, hasta que se calló.

Al darse cuenta de que Sonia estaba como sin vida, la acusada, asustada, avisó de inmediato a la vecina del piso NUM001, Encarna, y envió también al hermano de Sonia, de seis años de edad, a buscar a la abuela de los niños, Trinidad, quien vive en el portal contiguo, CALLE000 NUM002, NUM001. Ambas llegaron rápidamente y, al comprobar el estado de la niña, decidieron trasladarla con urgencia al Sanatorio San José, ubicado en la calle de Cartagena y muy próximo al domicilio indicado.

La pequeña fue atendida en el Sanatorio hacia las 18:00 horas. Se encontraba en estado de inconsciencia, como grado I-II, se le administró oxígeno y se realizó una extracción de sangre para analítica. Al carecer de más medios, se solicitó una ambulancia del 061 para trasladarla al Hospital del Niños Jesús.

En la ambulancia se le buscó una vía periférica y la niña comenzó a recuperarse a los cinco minutos, serían las 18,25 horas. Presentaba un cuadro de rigidez generalizada con cianosis, relajación de esfínteres y mordedura de lengua.

Ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital del Niño Jesús hacia las 18,50 horas, ya consciente. Se le detectó además de la rigidez y relajación de esfínteres, una mordedura en el labio superior y espuma en ambas comisuras labiales. Se dispuso su ingreso para culminar, asegurar y controlar su recuperación definitiva. Se le instauró una vía heparinizada, que si se salía no debía intentarse colocar de nuevo.

Sonia permaneció ingresada en el Hospital hasta el día 25 del mismo mes, siendo sometida a todo tipo de exámenes y análisis exploratorios con el fin de averiguar las causas de la crisis que había sufrido.

No se emitió parte judicial. La niña fue diagnosticada de crisis convulsiva sin tipificar.

El 15 de enero de 1999, María Cristina, madre de Sonia, encontró en una de las habitaciones del domicilio familiar, la de su hijo mediano, un cuaderno que resultó ser un diario de Milagros, entre cuyas páginas descubrió, en las notas correspondientes al lunes 23-11-98, unas frases con el contenido siguiente: "...te cuento q'el día viernes por la tarde, casi mato a Sonia, la he asficcado con la almohada, ya no aguantaba más, no es la primera vez q lo hago pero esta vez fue grave, le dio uno como ataque, ya la vi muerta fría, muerta gracias a Dios resusitó y no muerto volvió a la vida, me asusté tanto, llamé a la vecina, a la abuela, no podía ni llorar...".

María Cristina no presentó entonces denuncia por los hechos, sino que de común acuerdo con su esposo, Agustín, decidieron despedir a Milagros y mandarla a su país de origen, Bolivia.

Casi dos años después, en noviembre o diciembre de 2000, Agustín y María Cristina volvieron a ver a una mujer que por sus rasgos físicos pudiera ser Milagros, en un parque ubicado en las inmediaciones de la madrileña Calle Víctor de la Serna. Estaba con un niño de corta edad, al que zarandeaba. Decidieron entonces, al revivir el incidente ocurrido con su propia hija, y ante la posibilidad de que fuera realmente Milagros, poner la denuncia que ha dado origen a las presentes actuaciones.

Correspondió por reparto al Juzgado de Instrucción 21 de los de Madrid, que decidió incoar las diligencias previas 43/2001 y citar a la denunciante, quien el 15 de enero de 2.001, prestó declaración y aportó las hojas originales del diario.>>

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: Absolvemos a Milagros del delito de tentativa de asesinato y la condenamos como autora responsable de un delito de lesiones con la concurrencia de la atenuante de arrebató y de las agravantes de abuso de confianza y alevosía, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para trabajar como cuidadora de niños durante el tiempo de la condena, y a que abone las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

En cuanto a la responsabilidad civil, la acusada indemnizará a los representantes legales de Sonia en 3.000 euros (499.158 pesetas).

Para el cumplimiento de las penas impuestas se abonará a Milagros el tiempo que ha estado privada de libertad por esta causa.

Ofícesese al Juzgado de Instrucción 21 de Madrid para que remita la pieza de responsabilidad civil tramitada con arreglo a derecho.

Esta sentencia es recurrible en Casación ante el Tribunal Supremo, recurso que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en la Secretaría de esta Sala en el término de cinco días.>>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, por el Ministerio Fiscal y por la representación de la Acusación Particular, María Cristina, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 148.3º del Código Penal.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 21.3º del Código Penal (arrebato).

Y la representación de la Acusación Particular, María Cristina, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 16.2 del Código Penal.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 148.3º del Código Penal.

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de la atenuante de arrebató 3ª del artículo 21 del Código Penal.

5.- La representación de la acusada recurrida Milagros se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, oponiéndose a todos los motivos interpuestos en ambos recursos.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular, impugnando el Motivo Primero y apoyando los Motivos Segundo y Tercero interpuestos, la Sala admitió los recursos interpuestos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 25 de Febrero de 2004.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El Motivo Primero del recurso interpuesto por la acusación particular se formula al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de la figura del desistimiento activo prevista en el artículo 16.2 del vigente Código Penal.

Afirma el recurrente en primer lugar que la procesada, cuando dio aviso a terceras personas del estado en que se encontraba la niña Sonia, de 21 meses, actuó en la creencia que la misma había ya fallecido, por lo que estaba ausente el ánimo de salvación exigido por la figura penal aplicada.

En segundo lugar aduce que la acusada ocultó en todo momento la causa que había originado el estado de premuerte de la niña, lo que entorpeció la prestación de un rápido tratamiento médico, ya que, como se dice en la narración fáctica de la sentencia de instancia, Sonia permaneció seis días ingresada en el Hospital del Niño Jesús, "sometida a todo tipo de exámenes y análisis exploratorios con el fin de averiguar las causas de la crisis que había sufrido".

2.- En el artículo 16.2 del vigente Código Penal se dice que "quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber

incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta".

Los problemas que plantea este nuevo precepto fueron tratados en la reunión del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 15 de febrero de 2002, en al que se adoptó el siguiente Acuerdo: "La interpretación del artículo 16.2 del Código Penal que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el "iter criminis", pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que la inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen".

Acuerdo aplicado en la sentencia 446/2002, de 1 de marzo, en la que se enjuiciaba la conducta de un hombre que, en el curso de una discusión mantenida con su esposa, sacó del bolsillo una navaja que le clavó en el cuello, sentencia de la que por su indudable interés destacamos las siguientes afirmaciones:

- La conducta inmediatamente posterior del procesado demuestra que su dolo homicida desapareció tan pronto advirtió la posibilidad de que efectivamente se produjese la muerte.

- Este arrepentimiento no tendría relevancia alguna sobre la tipicidad del hecho, si no fuese porque él mismo fue acompañado de actos orientados eficazmente a socorrer a la víctima, lo que equivalía a procurar evitar la producción de la muerte mediante una pronta intervención médica.

- Según el artículo 16.1 del Código Penal, un delito queda en grado de tentativa cuando el resultado "no se produce por causas independientes de la voluntad del autor" y, en el caso enjuiciado la muerte no se produjo porque la impidió la conducta posterior del procesado.

- Quiere esto decir que nos encontramos ante un supuesto de tentativa acabada, porque el autor realizó todos los actos que eran precisos para producir la muerte, según su representación, pero también ante un supuesto de desistimiento activo definido, por primera vez de forma clara y expresa, en el artículo 16.2 del Código Penal de 1995.

- El desistimiento podrá ser meramente pasivo, dejando de realizar actos de ejecución en la tentativa inacabada, y tendrá que ser activo, llevando a cabo actos impositivos que eviten la consumación, en la tentativa acabada.

- Se trata de una excusa absolutoria incompleta, que produce sus efectos en relación con el delito intentado, pero no en relación con el delito o falta que pudieran constituir los actos ya ejecutados, inspirada seguramente por una razón de política criminal que sería la conveniencia de estimular, en quien comienza a ejecutar un delito, un comportamiento capaz de evitar la lesión del bien jurídico contra el que iba dirigida la acción.

- La interpretación de la norma ha de ser, sin duda, exigente respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el iter criminis, pero no se debe perder de vista aquella consideración de política criminal, de forma que no habrá inconveniente de admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impida la consumación del delito como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen.

3.- Respecto a la primera de las alegaciones del recurrente es de notar que efectivamente en el cuaderno-diario de la acusada consta, como se recoge en los Hechos probados, que "te cuento q' el día viernes por la tarde, casi mato a Sonia, la he asfixiado con la almohada", pero también "gracias a Dios resucitó y no muerto volvió a la vida, me asusté tanto, llamé a la vecina, a la abuela, no podía ni llorar ...".

Y que la Sala a quo afirma en el Fundamento Jurídico Segundo de su sentencia que "resulta palmario que la acusada, nada más percatarse de que la niña tenía síntomas de haber perdido el conocimiento y que no respiraba, salió rápidamente en busca de la vecina del piso de al lado para pedirle ayuda. Y lo mismo hizo en relación con la abuela de la pequeña, pues envió de inmediato al hermano de ésta para que fuera a buscarla y que viniera al instante. La pronta llegada de esas dos personas y el traslado de la menor a un centro sanitario donde se le aplicó oxígeno evitaron el fallecimiento de Sonia".

Siendo cierto, como afirma el Fiscal con cita de la sentencia de 17 de septiembre de 2001, que el susto que motivó que la acusada emprendiera su actividad salvadora de la niña y, en definitiva, del bien jurídico atacado, no elimina la aplicación del artículo 16.2 del Código Penal.

Más atención merece la segunda de las argumentaciones, en la que el recurrente, con cita de una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán y de opiniones doctrinales, afirma que el ocultamiento consciente e interesado de la causa real del estado de la víctima por parte de quien lo ha causado, impide calificar su conducta como desistimiento eficaz.

Entendemos que, como con frecuencia ocurre al valorar penalmente una conducta humana, no se puede dar una regla general que abarque todos los supuestos que el devenir de la vida puede ofrecer.

En el caso citado por el recurrente, suministro por una mujer a su esposo de una dosis de veneno E-605 suficiente por sí sola para producir la muerte, la ocultación de la conducta, con la consiguiente dificultad de aplicación inmediata del correspondiente antídoto, tiene una relevancia penal que se manifestaría en la gravedad del resultado producido e incluso en la individualización de la pena.

Pero en el caso que analizamos es de notar:

- Que la acusada no fue trasladada al centro médico en el que se asistió a la niña, por lo que no podemos saber lo que hubiera contestado a las preguntas que allí se hubieran formulado sobre la etiología de las lesiones.

- Que como consta en el transcrito Acuerdo y reconoce el recurrente, esta excusa absoluta existe tanto cuando es el autor de los hechos quien impide la consumación del delito, como cuando se limita a provocar la actuación de terceros, que son los que finalmente lo consiguen.

- Que como razona acertadamente el Fiscal en su Informe, en el caso que nos ocupa, el conocimiento de las causas de las lesiones "hubiera contribuido a explicar el fenómeno patológico sufrido por la niña, pero no consta hubiese mejorado su tratamiento, pues desde el primer momento los servicios médicos descubrieron que la menor padecía anoxia" -falta de oxígeno-.

Razones por las que el Motivo Primero de la acusación particular debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el Motivo Primero del recurso del Ministerio Fiscal, y en el Motivo Segundo del de la acusación particular, éste con carácter subsidiario respecto al Primero, por la vía del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la inaplicación indebida del artículo 148.3º del Código Penal, en el que se

establece que las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 3º: Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

Argumentan los recurrentes que es hecho declarado probado que la niña Sonia tenía en la fecha de los hechos 21 meses de edad, y que la misma llegó a Sanatorio San José, donde fue primeramente atendida, "en estado de inconsciencia, coma grado I-II", presentando "un cuadro de rigidez generalizada con cianosis, relajación de esfínteres y mordedura de lengua".

Es decir que la niña víctima de la agresión, de 21 meses de edad, sufrió un riesgo evidente y próximo de muerte, del que sólo pudo salvarse gracias a los rápidos auxilios médicos recibidos.

La acusación particular se plantea el que la aplicación del artículo 148 del Código Penal, constituye una facultad del Juez o Tribunal sentenciador. Problema que resuelve, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2001, entendiéndose que se trata de una cuestión revisable en casación.

Sin embargo en el presente caso la Sala a quo ha valorado ya la edad de la perjudicada entendiéndose que en la conducta de la acusada concurre la agravante de alevosía en base a la corta edad de la víctima (párrafo final del Fundamento de Derecho Primero).

En estas condiciones parece oportuno respetar el criterio del Tribunal de instancia expresamente manifestado, sin forzar interpretaciones que nos conducirían a la necesidad de suprimir esa circunstancia de agravación de la responsabilidad criminal en aplicación del principio non bis in ídem.

Razones por las que los Motivos Primero del recurso del Ministerio Fiscal y Segundo de la acusación particular deben ser desestimados.

TERCERO.- En el Motivo Segundo del recurso del Ministerio Fiscal y en el Motivo Tercero del recurso de la acusación particular, continuando por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la aplicación indebida del artículo 21.3ª del Código Penal, en el que se dice que es circunstancia atenuante "la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante".

La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid aplica la mencionada circunstancia de atenuación de la responsabilidad criminal en base a la siguiente argumentación: "De la lectura del propio relato fáctico se colige la presencia de un estado psíquico en la acusada catalogable como reacción pasional u ofuscada ante un estímulo de cierta entidad (el insistente lloro de la pequeña), sobre todo si se pondera en conexión con el perfil psicológico de la acusada y la situación social concreta en que se hallaba. Había venido a España a trabajar por incuestionable necesidad económica, con el consiguiente desarraigo y desasosiego que ello genera en un persona de un precario nivel cultural".

La acusación particular, en su estudiado escrito, se opone a esa aplicación en base a las siguientes razones: a) La causa determinante del supuesto arrebato no puede decirse que provenga de la voluntad de la víctima, niña de 21 meses de edad. b) El estímulo, llanto de la niña, no tiene un contenido que merezca la desaprobación social. c) Falta absolutamente la proporcionalidad entre la causa, llanto de una niña, y la reacción, aplicación de una almohada sobre la cara de la menor, apretando durante uno o dos minutos, hasta que se calló. d) Reiteración de la conducta de la acusada, según resulta de su escrito -diario en frases recogidas en la narración fáctica. e) Según consta en la sentencia de instancia, la psicóloga que declaró en el juicio oral, concluyó su informe afirmando que Milagros presenta un desarrollo cognitivo-intelectivo dentro de la normalidad, sin que se objetivice psicopatología o trastorno mental alguno que altere su libre capacidad de obrar o entender (Fundamento de Derecho Cuarto).

Acertada argumentación a la que podemos añadir como cita jurisprudencial reciente:

- Sentencia 256/2002, de 13 de febrero, recogida por el Fiscal: la actividad de los impulsos ha de ser debida a circunstancias rechazables por las normas socioculturales de convivencia.

- Sentencia 218/2003, de 18 de febrero: Para la apreciación de esta atenuante es exigible la proporcionalidad, "lo que significa que el exceso de la reacción impide la estimación de la disminución de la imputabilidad, de forma que no cabe la misma cuando se trate de una respuesta desproporcionada". Que es lo que sucede en este caso.

- Sentencia 907/2003, de 20 de junio: La concurrencia de esta circunstancia exige que la misma sea provocada por un estímulo de la suficiente entidad para justificar

razonablemente la respuesta ilícita, con un cierto grado de proporcionalidad. Lo que no se produce en el presente supuesto.

En base a ello el Motivo Segundo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y el Tercero del recurso de la acusación particular, en cuanto niegan la concurrencia de la atenuante de arrebató u obcecación, deben ser estimados.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR, por estimación del Motivo Segundo del Recurso del Ministerio Fiscal y del Motivo Tercero del recurso de la acusación particular, A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de Ley, que ante Nos penden, interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación de la Acusación Particular, María Cristina , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, con fecha treinta de diciembre de dos mil dos, en causa seguida a la acusada recurrida Milagros por delito de lesiones, y en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y declaramos de oficio las costas causadas por la representación de la Acusación Particular, María Cristina , con devolución a dicho recurrente del depósito que constituyó en su día.

Comuníquese ésta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Fdo: Carlos Granados Pérez.- Fdo: Joaquín Giménez García.- Fdo: Andrés Martínez Arrieta.- Fdo: Francisco Monterde Ferrer.-Fdo: Enrique Abad Fernández.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Enrique Abad Fernández, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Marzo de dos mil cuatro.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 21 de los de Madrid, con el número 1 de 2002, y seguida ante a la Audiencia Provincial de esa Capital,

Sección Decimoquinta, por delito de lesiones, contra Milagros, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha treinta de diciembre de dos mil dos, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, hace constar lo siguiente:

Antecedentes Segunda Sentencia:

1.- Se reproducen los de la sentencia de casación y los de la de instancia, incluida la declaración de Hechos Probados.

Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:

PRIMERO.- Se reproducen los de la sentencia de casación y también los de la de instancia en cuanto no se opongan a aquellos.

SEGUNDO.- Según lo razonado en la sentencia de casación, la conducta de la procesada Milagros es constitutiva de un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal, sancionado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

Al concurrir dos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las agravantes de abuso de confianza apreciada en la instancia y no discutida en casación y la de alevosía, la individualización de la pena se rige por la regla 3ª del artículo 66, imposición de la pena en su mitad superior, de un año y nueve meses a tres años.

Y teniendo en cuenta por un lado la gravedad de la conducta de la acusada descrita en la narración fáctica, de la que es reflejo el estado en el que Sonia llegó al Sanatorio, y de otro que son dos las circunstancias de agravación apreciadas, la pena se individualiza en dos años y seis meses de prisión.

Fallo Segunda Sentencia:

Se condena a la acusada Milagros como autora de un delito de lesiones ya definido, con la concurrencia de las agravantes de abuso de confianza y de alevosía, a la pena de dos años y seis meses de prisión; pena que sustituye a la impuesta por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 30 de diciembre de 2002.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de ésta relativos a la absolución de la procesada por un delito de tentativa de asesinato; accesoria de inhabilitación especial como cuidadora de niños; responsabilidad civil; costas y otros.

**14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE ABRIL DE 2003**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Hospitalet de Llobregat, instruyó sumario con el número 1/01, contra Benedicto y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha 13 de Mayo de 2002, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

PRIMERO RESULTANDO: Probado, y así se declara, que sobre las 19'30 horas del día 13 de Julio de 2001, Benedicto, mayor de edad y sin antecedentes penales se dirigió a la calle Angel Guimerá de L'Hospitalet de Llobregat, encontrando en la misma a su hermano Pedro Enrique, con quien desde hacía tiempo no se hablaba por divergencias existentes acerca de una deuda dineraria entre ambos, dirigiéndose hacia él, e iniciándose entre ambos una discusión verbal, en el curso de la cual Benedicto, le clavó a Pedro Enrique, un cuchillo que portaba en el hombro izquierdo, causándole una herida incisa de 3'5 centímetros de longitud.

Ante tal agresión, Pedro Enrique, se fue corriendo del lugar, siendo perseguido por Benedicto, quien le alcanzó al caer el primero de ellos al suelo, momento en el que le propinó dos golpes con el cuchillo que portaba, mientras le decía "toma tu dinero", causándole dos heridas incisivas penetrantes a nivel sub costal lateral izquierdo y a nivel sub costal medial izquierdo, con riesgo de afectar órganos vitales, causándole un hemoneumotórax.

Dichas lesiones de las que Pedro Enrique fue inmediatamente asistido, precisaron para su curación de tratamiento quirúrgico, consistente en sutura y drenaje torácico, tardando en curar 46 días durante los cuales estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales, precisando de 6 días de ingreso hospitalario y quedándole como secuelas una cicatriz en el hombro izquierdo de 3'5 centímetros, una cicatriz a nivel sub costal izquierdo de 1'5 centímetros, una cicatriz a nivel sub costal medial izquierdo de 2 centímetros y una cicatriz de hemitórax izquierdo de 2 centímetros.

Benedicto padece un trastorno psicótico no especificado, trastorno de angustia con agorafobia y neurosis depresiva y se encuentra en prisión provisional desde el 14 de Julio de 2001.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Benedicto , como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISION e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y que en concepto de responsabilidad civil indemnice a Pedro Enrique en la suma de 3.570 Euros, cantidad que se incrementará de acuerdo con lo establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e imponiéndole asimismo las costas del presente procedimiento.

El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente por el procesado se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena impuesta.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Acusador Particular y por el procesado, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del Acusador Particular, basa su recurso en el siguiente MOTIVO DE CASACION:

UNICO.- Por infracción de ley, ex artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de preceptos sustantivos.

- La representación del procesado, basa su recurso en el siguiente MOTIVO DE CASACION:

UNICO.- Por infracción de ley por vulneración de precepto constitucional de presunción de inocencia (art. 24.2 de la C.e. de 1.978, al amparo del art. 5.4 de la

L.O.P.J) y por error de hecho en base al n° 1 y n° 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 8 de Abril de 2003.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Examinaremos con carácter preferente, el recurso formalizado por el condenado Benedicto que presenta un primer motivo, en el que invoca la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

1.- De forma absolutamente inconexa y asistemática, el letrado de la parte recurrente, plantea, de manera dispersa, una serie de cuestiones que se reducen a mantener que los hechos, por los que ha sido condenado su representado, son constitutivos de un delito de lesiones y no de un homicidio en grado de tentativa y además, estima que no se le ha aplicado la eximente incompleta de legítima defensa y la atenuante analógica de enajenación mental, según la expresión clásica de nuestro sistema penal.

2.- El motivo, debido a su absoluta incorrección técnica, pudo ser inadmitido de plano, ya que no respeta la mínima sistemática y coherencia exigida a un escrito forense. No se explica, cómo se puede esgrimir la presunción de inocencia, reconociendo la autoría del hecho y discrepando solamente en cuanto a su calificación jurídica. Esta cuestión se reduce simplemente a dilucidar sí, dados los hechos que el mismo reconoce, podemos hablar de la concurrencia de un ánimo de matar o simplemente es aplicable un propósito o intención lesiva, que degradaría la calificación jurídica realizada por la Sala Sentenciadora. Para ello se debe saber que la vía adecuada es la del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que nos llevaría al examen del hecho probado y al análisis de la existencia de los elementos constitutivos de una u otra infracción. Ni siquiera se nos dice qué pruebas ilegítimas se han utilizado indebidamente y cuáles, según su peculiar criterio, carecen de entidad inculpatoria, lo que nos habrá permitido entrar en el examen de la vulneración o no del derecho fundamental invocado.

3.- En relación con la calificación jurídica realizada por la sentencia recurrida, debemos partir de los hechos probados y del acto material de la agresión que se imputa al recurrente, lo que nos llevará a decidir, si efectivamente existe ánimo de matar o por el contrario la acción estimarse movida por un simple ánimo lesivo.

La narración histórica de la sentencia, nos describe un enfrentamiento o riña entre ambos contendientes, derivada de la existencia de una deuda dineraria, en el curso de la cual el acusado clavó a la víctima "un cuchillo que portaba en el hombro izquierdo, causándole una herida incisa de 3,5 centímetros de longitud". Ante tal acometimiento, el agredido se fue corriendo del lugar perseguido por el acusado que, al alcanzarle le "propinó dos golpes con el cuchillo que portaba.....causándole dos heridas incisas penetrantes a nivel subcostal lateral izquierdo y a nivel subcostal medial izquierdo, con el riesgo de afectar órganos vitales, causándole un hemoneumotorax".

A continuación se declara, que una inmediata acción quirúrgica, consiguió reducir las consecuencias de las heridas, que tardaron varios días en curar, quedándole las cicatrices correspondientes.

3.- Se ha dicho reiteradamente por esta Sala, que la opción por el ánimo de matar excluyendo el propósito de lesionar, debe inducirse de una serie de circunstancias externas y objetivas que permiten adoptar una decisión con bases más sólidas, que la de tratar de internarse en la mente del autor que, casi siempre negará el ánimo homicida refugiándose, como es lógico, en la alternativa más favorable a sus intereses. La naturaleza del arma empleada, la persistencia en la agresión después de un primer acto en el que se causan lesiones que pudieran no ser mortales, nos sitúa ante una persecución persistente del acusado que sale detrás de su víctima y le propina dos puñaladas seguidas en una zona tan vital como el hemitorax. Esta reiteración de golpes revela, de manera inequívoca, su propósito de acabar con su vida, sin conseguirlo por la atención quirúrgica a la que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto esta primera cuestión debe ser desestimada.

SEGUNDO.- En segundo lugar abordaremos las cuestiones relativas a la inaplicación de eximente incompleta de legítima defensa.

1.- Para sostener su pretensión alega, sorprendentemente, que si bien la agresión la inició la víctima se produjo una fuerte discusión entre ambos hermanos. Según su tesis, esta agresión inicial creó un peligro real y objetivo para el acometido, que exigió

una respuesta de la índole que se recoge en el hecho probado y que estima proporcionada.

2.- No vamos a refugiarnos, en la clásica y a veces esquemática y sintética doctrina, que descarta la legítima defensa en situaciones de riña mutuamente aceptada, por la desaparición del elemento esencial y vertebral de la agresión ilegítima, que impide estimar la eximente e incluso la eximente incompleta. En este caso, es evidente que existió esa situación de riña, pero lo más relevante, a los efectos de rechazar la tesis del recurrente, es que la reacción no sólo fue desproporcionada, sino brutal y absolutamente innecesaria. La utilización de un cuchillo para solventar una discusión por una deuda de dinero y la forma de dirigirlo contra el cuerpo de la víctima, revelan un ánimo agresivo intenso y de carácter homicida, como ya hemos dicho anteriormente, que excluye cualquier posibilidad de aplicar la eximente incompleta de legítima defensa.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- En tercer lugar, alega la concurrencia de un estado pasional, que se hace acreedor de la aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación.

1.- Estima que, la disputa inicial entre ambos hermanos, es un incentivo suficiente para producir una grave alteración del ánimo. Este planteamiento, lo complementa con la existencia de unos dictámenes médicos que, según el letrado recurrente, diagnosticaban trastornos psicóticos no especificados, asociados a una distemia o neurosis depresiva con crisis de agorafobia.

La sentencia recurrida recoge, en sus últimas líneas, la existencia de estos trastornos y los examina, de forma motivada y extensa, en el fundamento de derecho correspondiente, negándoles entidad suficiente como para producir arrebató u obcecación. Es cierto que estos temperamentos tienen una mayor proclividad a reacciones inesperadas y desconectadas de la situación real y de la vivencia por las que está pasando, pero, en el presente caso, la situación de enfrentamiento, tiene su origen no en estas patologías o disfunciones del carácter, sino en una simple y vulgar riña por cuestiones de dinero, que fueron el verdadero desencadenante de la reacción del recurrente, por lo que no procede cargar su reacción, a los trastornos que han sido anteriormente descritos.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- La acusación particular encarnada por Pedro Enrique , formaliza un único motivo al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que no se ha aplicado la agravante de alevosía.

1.- Comienza diciendo que el triple acuchillamiento y la localización de las tres incisiones profundas, revelan un inequívoco ánimo de matar. Ahora bien, añade que la agresión fue súbita y que la simple existencia de una discusión entre hermanos, no da pie para considerar que ello desencadenaría una agresión de las características de la que estamos examinando, que no era esperable. Mantiene también, que ha existido una quiebra del principio de confianza, que hacía que el agredido no se percatase o pensase que la reacción, podía ser tan brutal y desmesurada.

2.- El relato de hechos probados, en el que debemos buscar las fuentes, que nos permitan extraer una conclusión definitiva sobre la cuestión planteada, no habla de ataque súbito y por sorpresa, ni se refiere a una reacción inesperada que dejase a la víctima perpleja y en cierto modo sin capacidad de reacción. La sentencia estudia detenidamente esta cuestión y realiza un análisis que, puede ser discutido, pero que no puede ser tachado de escaso, irrelevante o sin fundamento. Se examina, minuciosamente, toda la secuencia de los acontecimientos y se llega a la conclusión, de que no puede integrarse en la circunstancia específica y más frecuente, del homicidio agravado y cualificado por la concurrencia de la circunstancia de alevosía.

Ello nos lleva a valorar si concurre la circunstancia de abuso de superioridad, que constituye una modalidad de menor entidad y reproche que el ataque alevoso. En estos supuestos desaparece la sorpresa e indefensión, pero se aprecia que el agresor, ha ido más allá de lo que hubiera sido una discusión o enfrentamiento verbal o acometimiento con las manos u otros instrumentos menos peligrosos, por las diferencias existentes entre los dos hermanos. El acusado se prevale de un arma que llevaba encima que por sus características, le proporciona una incuestionable superioridad sobre su antagonista, que intenta huir pero fue perseguido y al caer al suelo le propinó dos puñaladas más, sin que el agredido pudiera reaccionar en igualdad de condiciones ante el cuchillo que esgrimía su contrincante y que le proporcionaba una situación de ventaja, que debe ser encajada en la agravante de abuso de superioridad, sin vulnerar, por ello, el principio acusatorio, ya que la homogeneidad de ambas agravantes es evidente y no es necesario modificar ni una línea del hecho probado.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

FALLO:

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley interpuesto, por la representación de la acusación particular encarnada por Pedro Enrique , casando y anulando la sentencia dictada el día 13 de Mayo de 2002 por la Audiencia Provincial de Barcelona en la causa seguida contra Benedicto por un delito de homicidio intentado. Declaramos de oficio las costas causadas por este recurrente.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS, NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal del condenado Benedicto contra la sentencia antes citada. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta, a la Audiencia mencionada, a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Abril de dos mil tres.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Hospitalet, con el número 1/01 contra Benedicto , mayor de edad, hijo de Everardo y Asunción , natural de Marruecos y vecino de L'Hospitalet de Llobregat, CALLE000 NUM000 , NUM001 , NUM002 , sin antecedentes penales, cuya insolvencia consta acreditada en Auto de fecha 31.1.2002, en prisión por la presente causa desde el 14.7.200, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 13 de Mayo de 2002, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

Antecedentes Segunda Sentencia:

1.- Damos por reproducidos los antecedentes de hecho y de hechos probados de la sentencia recurrida.

Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:

1.- Se da por reproducido el fundamento de derecho cuarto de la sentencia antecedente.

Fallo Segunda Sentencia:

FALLAMOS. QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Benedicto como autor responsable de un delito de homicidio intentado ya definido con la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad a la pena de siete años y seis meses de prisión.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto que no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. José Antonio Martín Pallín D. José Ramón Soriano Soriano D. Diego Ramos Gancedo

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

## **15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MAYO DE 2004**

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 7 de Móstoles instruyó Sumario con el nº 1/01 contra Gustavo y Luis Pedro que, una vez concluso remitió a la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de ésta misma capital que, con fecha 14 de julio de 2003, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado, y así se declara, que: PRIMERO.- Gustavo y Luis Pedro de 41 y 46 años respectivamente, estaban en el mes de julio del pasado año 2001 cumpliendo condenas por delitos que a continuación reseñaremos, en el Centro Penitenciario Madrid IV de Navalcarnero.

Clasificados ambos en segundo grado penitenciario y conocidos entre si de sus largas estancias en prisión disfrutaban de permisos de fin de semana desde el 7 de julio del año 2000 Luis Pedro y Gustavo desde 27 de septiembre de ese mismo año.

Con anterioridad al día 26 de julio en el que sucedieron los hechos que dan lugar a este sumario y durante otro permiso penitenciario compraron a personas que no han podido determinarse una pistola marca Tariq y un revólver Marca G.H.

SEGUNDO.- Provistos de ambas armas acordaron efectuar un atraco el día 26 de julio en la sucursal de la Caixa de Cataluña de la localidad de Móstoles sita en la Avenida de la Constitución núm. 21. El motivo de realizar el atraco en aquel banco era el que Gustavo conocía la zona porque había pasado precisamente por allí con una cierta frecuencia, cuando se dirigía a la asociación Punto Omega (O.N.G. que se dedica a la rehabilitación de drogodependientes) y había podido comprobar que la entrada de la entidad bancaria no tenía detector de metales.

TERCERO.- Sobre las 13:40 horas del día 26 de julio del 2001, Gustavo con la pistola marca Tariq y Luis Pedro con el revólver GH entraron en aquella sucursal diciendo, tanto a los empleados, como a los clientes, que allí estaban, que se trataba de un atraco. Gustavo conminó a la subdirectora de la sucursal con la pistola para que le entregara todo el dinero que hubiera en la caja, mientras que Luis Pedro con el revólver G.H. en la mano agrupaba al resto de los empleados del banco y a los clientes en un despacho independiente que había frente al vestíbulo de la oficina bancaria. La subdirectora del banco entregó a Gustavo exclusivamente 100.000 pesetas a la vez que le informaba de que aunque quisiera, le era imposible darles una mayor cantidad, pues el sistema de seguridad retardado de la caja impedía entregar de golpe cantidades superiores.

Gustavo decidió esperar para apoderarse de más dinero, pero casi de forma inmediata y por los propios mecanismos de seguridad de la oficina bancaria, saltó la alarma y desde la central de recepción de seguridad, se alertó a los miembros de la Policía Nacional más cercanos, por lo que se personaron en la puerta de la oficina bancaria los policías nacionales NUM000 y NUM001. Como la puerta de la oficina estaba cerrada y los policías nacionales insistían en que se les abriera, el propio Luis Pedro se acercó a la puerta y pretendió disuadirles de que entraran asegurándoles que nada sucedía, pero el Policía Nacional NUM000 observó un gesto con los ojos de uno

de los clientes lo que les decidió, exhibiendo sus armas reglamentarias, a entrar en la oficina bancaria.

CUARTO.- Ante el cambio de situación Gustavo, apuntó primero a la subdirectora y después a Luis Antonio colocándoles la pistola en la sien y exigió al Policía Nacional NUM000 que dejara la pistola encima del mostrador lo que este hizo. Mientras tanto el Policía Nacional NUM001 se dirigió hacia el despacho donde se encontraban agrupados los empleados y los clientes del banco vigilados por Luis Pedro. En ese momento y sin que se pueda determinar si este policía al ver que el atracador que tenía enfrente iba a disparar su revólver (o si fue respuesta del primer disparo de Luis Pedro) disparó una primera y única vez su arma reglamentaria no impactando con ella a ninguno de los que allí se encontraban. Inmediatamente después de que Luis Pedro le disparo con su revólver y sin que le alcanzara ese disparo, se refugió detrás de una columna.

Gustavo se abalanzó entonces por encima del mostrador disparándole todo el cargador de su pistola impactando con tres de sus balas que le causaron la muerte inmediata.

QUINTO.- A continuación Gustavo con el maletín en el que llevaba las 100.000 ptas. debajo del brazo izquierdo y con la pistola reglamentaria del Policía Nacional NUM000 en la mano derecha se dirigió a la puerta de la sucursal bancaria momento en el que llegaban dos policías de paisano entre los que se encontraba el Policía Nacional NUM002 quien ante la predisposición a disparar de Gustavo y los disparos que oía que se estaban produciendo en el interior de la oficina disparó hiriéndole gravemente a este último.

Luis Pedro que se disponía a salir detrás de Gustavo, entró de nuevo en la oficina bancaria y se entregó a los policías nacionales que allí se encontraban. "

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: que debemos condenar y condenamos a Gustavo y a Luis Pedro a cada uno de ellos a las siguientes penas por el delito de robo con intimidación intentado con uso de armas dos años y seis meses de prisión, por el delito de tenencia ilícita de armas un año y seis meses de prisión por el delito de atentado tres años de prisión, por el delito de homicidio consumado 12 años y medio de prisión, por el delito de lesiones nueve meses de prisión. Les absolvemos del delito de homicidio intentado

por el que también les acusaba tanto el Ministerio Fiscal como las acusaciones particulares.

Los acusados pagarán también a los familiares de Carlos Antonio, las siguientes cantidades: a María Cristina 120.202.000, 42 euros, a Guillermo 120.202.000,42 euros, a Marcos y Yolanda 120.202.000,42 euros a repartir entre ambos.

También los acusados pagaran a Luis Antonio 120.202,42 euros.

Pagaran los acusados también las costas de este juicio.

Asimismo y al haberse retirado la acusación que una de las acusaciones particulares mantenía contra el Ministerio de Justicia y la Dirección General de Instituciones Penitenciarias debo absolver y absuelvo a ambos organismos públicos.

Esta sentencia no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse en la forma prevista en los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación escrita.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes procesales."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional por los acusados Gustavo y Luis Pedro, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Gustavo, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación del art. 66 CP. Segundo.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE, presunción de inocencia.

5.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Luis Pedro , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE, presunción de inocencia. Segundo.- Al amparo del art. 849.2º LECr error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos. Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el nº 1 y 3º del art. 851 LECr, quebrantamiento

de forma por existir contradicciones en la sentencia recurrida y predeterminación del fallo.

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 6 de mayo del año 2004.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Planteamiento. La sentencia recurrida condenó a D. Gustavo y a D. Luis Pedro como coautores de los siguientes delitos que se cometieron al atracar una sucursal de "La Caixa" en Móstoles (Madrid) sobre el mediodía del 26 de julio de 2001: homicidio consumado contra la persona de un policía, atentado a agentes de la autoridad, robo con violencia en las personas en grado de tentativa, lesiones de un empleado del establecimiento y tenencia de armas prohibidas. Se les apreció a ambos la circunstancia agravante de reincidencia para algunos de tales delitos y a los dos una atenuante: para Gustavo la de drogadicción grave del art. 21.1 y para Luis Pedro la analógica del nº 6 del mismo art. 21 por los trastornos de personalidad que padecía. A ambos se les impusieron las mismas penas, un total de 19 años y 3 meses de prisión. Ahora recurren en casación cada uno de tales condenados, por dos y tres motivos respectivamente que hemos de desestimar.

Recurso de Gustavo.

SEGUNDO.- 1. En el motivo 2º, por la vía conjunta del art. 5.4 LOPJ y 849.1º LECr, se alega violación del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Se dice no haberse practicado prueba de cargo suficiente para enervar el referido derecho fundamental.

2. Cuando en casación se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, esta sala no puede hacer una nueva valoración de la prueba, pero sí estamos obligados a realizar, con relación a la practicada en la instancia, una triple comprobación:

1ª. Comprobación de que hubo prueba que por su contenido ha de considerarse prueba de cargo (prueba existente).

2ª. Comprobación de que tal prueba de cargo fue obtenida y aportada al proceso con observancia de las normas constitucionales y procesales (prueba lícita), exigiéndose de ordinario que sea practicada en el acto solemne del juicio oral.

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo lícita es razonablemente bastante para justificar la condena que se recurre (prueba suficiente), con las dificultades que supone el deslindar esta comprobación, competencia de esta sala, de aquello que es atribución exclusiva de los tribunales que presiden los juicios orales, la valoración de la prueba de instancia. Tal deslinde ha de hacerse bajo el criterio de que, lo que la Audiencia Provincial ha valorado mediante su examen de la prueba ante ella practicada, aquí en casación sólo cabe valorarse bajo el prisma de la arbitrariedad, prohibida por el art. 9.3 CE a todos los poderes públicos, a fin de estimar el recurso solamente cuando resulte de modo manifiesto la irrazonabilidad de la solución adoptada en la sentencia recurrida.

3. En el caso presente la mencionada triple valoración nos ofrece un resultado positivo:

A) Ciertamente existió prueba de cargo tal y como nos lo explica la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 1º. Aparte del propio reconocimiento que de su participación en los hechos, e incluso de los disparos que efectuó contra el fallecido agente de la policía nacional, nos ofrece Gustavo en sus manifestaciones en el acto del juicio oral y de las diferentes periciales que no es necesario precisar aquí, declararon con evidente contenido de cargo diferentes testigos: el otro policía que acompañaba al fallecido, la subdirectora de la entidad, Dª Marcelina , el empleado D. Luis Antonio que resultó lesionado, otro empleado, D. Victor Manuel , los clientes D. Tomás y D. Gabino, así como otros dos policías que llegaron a tiempo de oír los disparos aunque no los presenciaron. Esta sala ha examinado el acta del juicio oral y ha podido comprobar el contenido de tales pruebas de modo que podemos afirmar que, en base a ellos, la Audiencia Provincial pudo determinar que los hechos ocurrieron tal y como los relata la sentencia recurrida en su capítulo de los hechos probados.

B) Ninguna duda hay acerca de que tales medios de prueba fueron obtenidos y aportados al procedimiento con observancia de las garantías requeridas por nuestra Constitución y por la ley procesal: todas ellas tuvieron lugar en el acto solemne del juicio oral.

C) Y en cuanto a su suficiencia para justificar la realidad del mencionado relato, tampoco cabe plantear duda alguna: fueron muchas las declaraciones testificales, todas coincidentes en lo sustancial, aparte de las mencionadas periciales, de modo que hay que considerar razonable que el tribunal de instancia no ofreciera como probados los hechos que nos relató. Baste recordar aquí, como datos decisivos en pro de tal suficiencia, que el propio procesado Gustavo reconoció en el juicio oral haber sido él quien disparó contra el fallecido agente de la autoridad y que fue su abogado quien al final del juicio modificó sus conclusiones provisionales pidiendo para su defendido condena por los delitos de robo y de homicidio, si bien solicitó penas muy inferiores a las interesadas por las acusaciones.

Una condena con tal prueba fue respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia.

Hay que rechazar este motivo 2º del recurso de D. Gustavo.

TERCERO.- En el motivo 1º de este mismo recurso, al amparo del art. 849 LECr, se alega infracción de ley, concretamente del art. 66 CP, que es el que contiene las diferentes reglas para individualizar la pena según las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran.

Contestamos en los términos siguientes:

1º. Ante todo hemos de decir que hay que respetar el criterio de justicia material adoptado por la sala de instancia por el que, a pesar de apreciar reincidencia en más delitos para Luis Pedro (homicidio, tentativa de robo y tenencia de armas prohibidas) que para Gustavo (sólo en el relativo al robo) -véase el párrafo último del fundamento de derecho 3º de la sentencia recurrida que completa el relato de hechos probados en esta materia de la reincidencia-, sin embargo no sancionó a aquél con mayor pena en total, en consideración, sin duda, al mayor reproche que merecía éste último por ser quien, en una actuación de coautoría de los dos (el atraco conjunto al banco con las armas de fuego que llevaban cargadas con previsión de utilizarlas), realizó el acto material de disparar la pistola contra el policía fallecido, habiendo sido sólo los disparos de Gustavo los que produjeron la muerte referida.

2º. Desde luego no hubo vulneración de las reglas del art. 66 CP, citado aquí como infringido, porque, además de la agravante de reincidencia, se aplicó a cada uno, como ya hemos dicho, una atenuante: la analógica del nº 6º del art. 21 en favor de Luis

Pedro , por su trastorno de personalidad; la 2ª del mismo artículo, por su grave adicción al consumo de drogas en beneficio de Gustavo ; todo ello suficientemente razonado en el fundamento de derecho 4º de la sentencia recurrida. Hemos de recordar aquí que la regla 1ª del referido art. 66, para estos casos de concurrencia de una circunstancia agravante y otra atenuante, permite recorrer la pena impuesta por la ley en toda su extensión.

3º. Y en la línea antes indicada, hemos de añadir aquí que también hay que considerar justificada la pena impuesta al aquí recurrente Gustavo con relación al delito más grave de todos, el de homicidio del art. 138 que prevé una pena de prisión de 10 a 15 años. Se le impuso la de 12 años y 6 meses a ambos procesados.

Para Gustavo ha de considerarse proporcionada, pese a no concurrir la agravante de reincidencia, por la forma especialmente sanguinaria en que participó en el hecho, según nos lo describe el relato de la sentencia recurrida en su apartado cuarto: cuando comenzaron los disparos, el policía se refugió detrás de una columna y en ese momento Gustavo se abalanzó sobre él por encima del mostrador "disparándole todo el cargador de su pistola impactando con tres de sus balas que le causaron la muerte inmediata". Relato breve y conciso, expuesto en el último párrafo de tal fundamento de derecho 4º, pero que nos indica la gravedad de una verdadera y manifiesta intención de producir la muerte: dolo directo merecedor de tal pena, a diferencia de Luis Pedro, reincidente en este delito como ya hemos dicho, en el que sólo cabe apreciar un dolo de carácter eventual derivado de la actuación conjunta antes referida.

Desestimamos así también este motivo 1º, único que nos quedaba por examinar de este recurso de casación formulado por D. Gustavo.

Recurso de D. Luis Pedro.

CUARTO.- Consta de tres motivos que examinamos por orden inverso al de su formulación.

En el motivo 3º, al amparo del art. 851.1º y 3º, se hacen unas alegaciones que nada tienen que ver con las mencionadas normas procesales:

A) En primer lugar, nada se dice en este motivo 3º de que pudiera existir alguna cuestión planteada en la instancia y que no hubiera sido resuelta en la sentencia recurrida (incongruencia por omisión), que es lo que constituye el contenido del nº 3º del art. 851 citado aquí como infringido (parece que por error).

B) En el encabezamiento se habla de manifiestas contradicciones en la sentencia recurrida y de predeterminación del fallo; pero luego, en el desarrollo, no se trata de nada que pudiera tener que ver con estos conceptos procesales que aparecen recogidos en los incisos 2º y 3º del n° 1º del art. 851 LECr. En efecto, como bien dice el Ministerio Fiscal al impugnar este motivo 3º, por un lado no se dicen las expresiones concretas que, dentro del relato de hechos probados pudieran considerarse contradictorias entre sí, y, por otro lado, tampoco se precisa aquella expresión incorporada a dicho relato que pudiera constituir el pretendido concepto jurídico predeterminante del fallo. Lo que hace aquí el recurrente es examinar determinados extremos del 1º y 2º de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida para criticarlos en el sentido que a él le interesa.

Ciertamente, no se denuncia nada que tenga que ver con esos vicios procesales de la manifiesta contradicción entre los hechos probados o consignación en los mismos de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo.

De modo evidente hemos de rechazar este motivo 3º.

QUINTO.- En el motivo 2º, acogido al n° 2º del art. 849 LECr, se dice que hubo error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Igualmente hemos de decir aquí que nada de lo ahora alegado se corresponde con el vicio procesal definido en esta norma de nuestra LECr. (849.2º). Pero -nos tenemos que referir otra vez al escrito del Ministerio Fiscal- de nuevo podemos apreciar la total disparidad entre lo que aquí nos alega el recurrente y el texto de tal art. 849.2º: no se concreta prueba documental alguna, ni, menos aún, se expresan los particulares correspondientes (arts. 855.2 y 884.6 LECr), que pudiera servir para acreditar el pretendido error en la apreciación de la prueba. Sólo se hacen unas consideraciones que podrían encajar en el motivo 1º relativo a la presunción de inocencia que examinamos a continuación.

También hay que desestimar este motivo 2º.

SEXTO.- Por último, vamos a referirnos al único motivo con amparo procesalmente correcto, el 1º, en el que cabe tener en cuenta todo lo alegado en los otros dos, ya que constituye una denuncia de vulneración del derecho a la presunción de

inocencia por la vía del art. 5.4 LOPJ (pudo utilizarse la más concreta del art. 852 LECr), que es el cauce adecuado para el examen de la prueba en la forma y con los límites expresados en el apartado 2 del fundamento de derecho 2º de la presente resolución que damos aquí por reproducido.

La triple comprobación a que nos referimos en ese fundamento de derecho 2º nos ofrece aquí también un resultado positivo:

A) También hemos podido comprobar respecto de este acusado (Eduardo) la realidad de la prueba tal y como aparece expuesto en el fundamento de derecho 1º de la sentencia recurrida. Más concretamente lo que en este lugar se precisa sobre la forma en que quedó acreditado que efectivamente también Eduardo disparó el revólver, que llevaba consigo desde el mismo momento en que entró en la sucursal bancaria, como él expresamente reconoció, aunque negara rotundamente en el acto del juicio oral haber efectuado ningún disparo. Concretamente la pericial balística de los policías NUM003 , NUM004 y NUM005 (página 6 del acta de la 2ª sesión del juicio oral que se desarrolla en la página 7), en relación con la declaración del policía que acompañaba al fallecido, el NUM000 (página 7 del acta de la 1ª sesión), y del testigo que allí acudió como cliente, Tomás (página 4, también del acta de la 2ª sesión), al cual el disparo del revólver le dejó una mancha de pólvora en el brazo (folio 309, tomo II del sumario).

B) Todas estas pruebas igualmente han de considerarse lícitas, en cuanto practicadas sin incidencia alguna en el mismo acto del plenario.

C) Y desde luego suficiente para que con ellas legítimamente pudiera condenarse a Luis Pedro en cuanto coautor de los hechos ocurridos, teniendo en cuenta lo que el propio Luis Pedro reconoció tal y como consta en el acta de la 1ª sesión del juicio oral, donde podemos leer (página 4) "que entró con su compañero a la sucursal, que le comentó lo del atraco y él estuvo de acuerdo. Que le dio un arma y el dicente pensó incluso que parecía de juguete. Que sabía que su compañero llevaba arma".

Respecto de este último extremo conviene precisar aquí que para condenar a Eduardo como coautor del homicidio consumado y demás delitos ya referidos, no es necesaria en modo alguno la prueba de que llegara efectivamente a disparar el revólver que llevaba, dato que, quedó acreditado en la forma que acabamos de exponer, sino que, como ya ha quedado indicado antes, habría bastado algo que el propio Luis Pedro nunca ha negado: que estuvieron los dos de acuerdo en efectuar un atraco y que ambos llegaron a las

oficinas de "La Caixa" cada uno con un arma de fuego. Quien así actúa, aunque los disparos causantes de las lesiones y del homicidio los hubiera realizado el otro, ha de responder del homicidio consumado, por referirnos al más grave de todos los delitos, a título de dolo eventual, pues es claro que tuvieron que prever los dos la posibilidad de que hubiera de hacerse uso de las armas de fuego; así como también nos parece evidente que Luis Pedro con su comportamiento, pone de manifiesto que aceptó el resultado que pudiera derivarse de tal uso y que desgraciadamente se produjo por los reiterados disparos de Gustavo .

Y en cuanto a los demás delitos también hay que considerar acertada la condena a título de coautoría: atentado, por el enfrentamiento de los dos con uso de armas a los policías uniformados (arts. 550, 551 y 552.1); lesiones, por las mismas razones que el homicidio (art. 147), tenencia de armas prohibidas, porque cada uno llevaba un arma de fuego de las llamadas cortas (564.1.1º); y finalmente robo con violencia en las personas en grado de tentativa, cometido ya por el mero hecho de entrar en la entidad bancaria para atracar (arts. 237, 242.2, 16.1 y 62 todos del CP).

FALLO:

NO HA LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN formulados por D. Gustavo y por D. Luis Pedro contra la sentencia que a ambos condenó por los delitos de homicidio y otros, dictada por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha catorce de julio de dos mil tres, imponiendo a cada uno de tales dos recurrentes las costas de sus respectivos recursos.

Dada la situación de prisión en que parecen encontrarse los dos condenados, comuníquese por fax a dicho tribunal de instancia el texto del presente fallo.

En su día se devolverá la causa y certificación sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García Carlos Granados Pérez Juan Saavedra Ruiz José Manuel Maza Martín Enrique Abad Fernández

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Delgado García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

**16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ENERO DE 2001**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

1. El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Alzira incoó Diligencias del Jurado número 2/97 contra J.J.M.M., siguiéndose su tramitación por la L.O. 5/95 del Tribunal del Jurado, dictándose sentencia con el número 564/1999 de 4 de Noviembre, por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Valencia, el 4 de Noviembre de 1.999, en base al veredicto emitido por Jurado y que contiene la siguiente PARTE DISPOSITIVA:

Se absuelve a los acusados J.M.M. y J.J.M.M. (padre), del delito de homicidio por el que venían acusados, con todos los pronunciamientos favorables y dejando sin efecto cuantas medidas cautelares se hubieren adoptado ante los mismos, declarando de oficio las dos cuartas partes de las costas procesales.

Se condena al acusado F.M.M. como responsable en concepto de autor de un delito de homicidio con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de arrepentimiento espontáneo.

Se le impone la pena de 10 años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo en la condena y pago de la cuarta parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Se condena al acusado J.J.M.M. (hijo), como responsable en concepto de autor de un delito de homicidio sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y se le impone la pena de 10 años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y pago de la cuarta parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Se impone la obligación de ambos de forma conjunta y solidaria a que abonen a la viuda y descendientes la suma de 15.000.000.- de pesetas más los intereses legales. Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad que se imponen se abonará a los acusados todo el tiempo que han estado privados de libertad; se declara la insolvencia de los acusados.

Únase a esta resolución el acta de votación del Jurado y dedúzcase testimonio de la misma que se unirá a los autos.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad, a interponer en el plazo de diez días desde la última notificación".

2.- Contra mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de J.J.M.M. y F.M.M., que fué elevado a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que con fecha treinta de marzo de dos mil, dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Con desestimación total del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de J.J.M.M., con estimación total del recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y con la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusador particular M.M.F., revocamos en parte la sentencia recurrida para condenar como condenamos a F.M.M., como autor responsable criminalmente de un delito de homicidio, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de agravante de abuso de superioridad y atenuante de arrepentimiento espontáneo, a la pena de doce años y seis meses de prisión y a J.J.M.M., como autor responsable, asimismo, de un delito de homicidio, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de abuso de superioridad, a la pena de doce años, seis meses y un día de prisión y a ambos a la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de sus respectivas condenas; y confirmamos los demás pronunciamientos de la sentencia impugnada.

Imponemos al recurrente J.J.M.M. el pago de las costas procesales causadas en esta apelación como consecuencia de la interposición de su recurso y declaramos de oficio las costas procesales causadas como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y la parte acusadora particular.

Firme la presente sentencia devuélvanse los autos originales a la Audiencia de su procedencia para la ejecución de lo acordado y deducción del testimonio al que se hace referencia en el noveno de los Fundamentos de Derecho de esta sentencia, respecto de D.L.L. y M.M.E..

Notifíquese la presente a las partes con expresión de que contra la misma cabe preparar ante esta Sala, en el plazo de cinco días, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo".

3. Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, por el recurrente J.J.M.M. y F.M.M., que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4. La representación procesal de J.J.M.M. basó su recurso, en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse infringido el precepto penal de carácter sustantivo recogido en el artículo 16 del Código Penal, relativo a la apreciación incorrecta de la existencia de un abuso de superioridad.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851 número 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Por infracción de Ley del artículo 849 número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como consecuencia de lo dispuesto en el motivo anterior, esta parte entiende que se ha infringido el precepto penal de carácter sustantivo recogido en el artículo 22 del Código Penal.

La representación procesal de F.M.M., basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

U N I C O .- Basado en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en única o segunda instancia y lo pueden ser por los motivos contemplados en los artículos 849, 850 y 851 de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo por tanto los motivos aducidos en el presente INFRACCION DE LEY del artículo 849.1

5. El MINISTERIO FISCAL se instruyó del recurso interpuesto, interesando la inadmisión del mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6. Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la Votación prevenida el 20 de Diciembre de 2.000.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El primer motivo del recurso, por infracción de Ley y al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega infracción del artículo 16 del Código Penal, aunque la explicación que sigue hace comprender que se trata en realidad del artículo 22.2º del mismo Código puesto que se pretende que se estime contraria a Derecho la apreciación de la agravante de abuso de autoridad, argumentando que no concurren en el acto los elementos objetivos y subjetivo para estimarla.

La agravante de abuso de superioridad es una forma de alevosía de menor grado, en la que no se busca una forma o modo de ejecución del hecho que tienda a asegurarlo, en que se prive a la víctima de toda posibilidad de defensa y se pretenda por el agente evitar cualquier riesgo para sí mismo que procediera de cualquier actuación defensiva del ofendido, sino que consiste en que en un delito contra las personas exista una cualquier superioridad sobre la víctima por parte del agente del hecho que la conoce y se prevale y abusa de ella para facilitar la consecución de sus fines. Una consistente y prolongada jurisprudencia de esta Sala viene especificando los requisitos que para su existencia deben existir: 1º) existencia de una superioridad psíquica o física, que puede deberse esta última a la utilización de medios nocivos para la vida o la integridad personal de la víctima, superiores a los que esta pueda disponer, o a la contribución en la actuación de varias personas agresoras frente a menor número de los agredidos, determinando efectivamente tal superioridad un efecto de las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, aunque sin llegar totalmente a anularla 2º) que el agente conozca su superioridad y se valga de ella para la realización de sus fines y 3º) que esa superioridad no sea un elemento del tipo delictivo aplicable en el caso (sentencias de 25 de Mayo y 22 de Noviembre de 1.999).

En el presente la situación objetiva de superioridad de los acusados sobre su oponente se daba por varias circunstancias: eran dos frentes a uno, estaban armados con sendas armas blancas: un cuchillo de cocina uno de ellos, una navaja el otro, frente a un contrario que no tenía ningún arma, que apenas estaba vestido por lo que ninguna ropa podía, ni aun mínimamente, defender su tórax, cuello, cabeza y brazos y, además, se trataba de persona de notable obesidad con la correspondiente dificultad para moverse en su propia defensa. No cabe duda que ambos agentes del hecho percibían todos esos aspectos de su superioridad que estaban a la vista y, además, usaron voluntariamente de ellos y, así, ambos esgrimieron sus respectivas armas y las hundieron varias veces sobre

el cuerpo del oponente que veían desarmado y dificultado para moverse con agilidad. Tal forma de proceder no es elemento preciso para la existencia del delito de homicidio a que puede cometerse de innumerables formas. Todo ello permite comprobar la corrección de la estimación en el caso de la agravante de superioridad y, consecuentemente, ello determina que el motivo haya de decaer.

SEGUNDO.- El siguiente motivo del recurso, ordinalmente segundo, denuncia quebrantamiento de forma encuadrable en el artículo 851.3° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues dice no se han resuelto en la sentencia objeto del presente recurso todos los puntos que fueron objeto de apelación y, en concreto la participación en el hecho delictivo del recurrente ni el grado de ejecución.

No responde a la realidad lo que se manifiesta en el motivo. El tribunal que resolvió la apelación, en el fundamento jurídico tercero de su sentencia se ocupa exclusivamente de razonar sobre la existencia de prueba de cargo contra el actual recurrente que destruyera su inicial presunción de inocencia, explicando que el jurado ha estimado probado que intervino materialmente en la agresión que causó la muerte de la víctima y que la pretensión de ser solo condenado por un delito de lesiones es contraria al contenido del veredicto del jurado y a la jurisprudencia que interpreta la definición de la coautoría. Con ello se constata no ser lo denunciado en el motivo un caso de incongruencia omisiva, que ocurre cuando, ante una pretensión jurídica, claramente formulada por las partes, el tribunal no responde con una solución razonada y, por lo general, explícita, aun cuando esto último no ha de entenderse en el sentido de que sea rigurosamente pormenorizada en relación con todas y cada una de las alegaciones de las partes. En este caso lo que sucede es que la respuesta dada por el juzgador en la sentencia de apelación no es la de que le gustaría al recurrente, cuya petición en el presente motivo ha de ser desestimada.

TERCERO.- El restante motivo del recurso se introduce por infracción de Ley que se concreta ser del artículo 22 (sic) del Código Penal, aunque la argumentación posterior discute que pueda ser el recurrente considerado autor del homicidio porque, dice, no hubo previo pacto para matar ni, por su parte, ánimo de causar la muerte, y, como solo una herida fue mortal y él no la causó no puede ser considerado autor de homicidio. Con ello parece querer significarse en el motivo que el recurrente solo fué

autor de un delito de lesiones o que su intervención en el hecho lo fué en calidad de cómplice.

Para resolver la cuestión que el motivo plantea hay que tener en cuenta el contenido de los hechos declarados probados por el jurado y que hacen referencia a la actuación del recurrente. Son sustancialmente el decimocuarto y el vigésimo séptimo. El primero de ellos dice que el acusado ayudó a su hermano asestándole ambos varias puñaladas a la víctima que ocasionaron diversas heridas y provocaron la muerte, en el otro se afirma su participación materialmente en la agresión que motivó la muerte, aceptando tal posible resultado. Con tales bases fácticas se puede correctamente estimar que su actuación fue realizada materialmente conociendo y aceptando que la muerte se pudiera producir como resultado, lo que es una forma de expresar la existencia de dolo o ánimo de matar, en forma que se conoce como dolo eventual. La eventualidad del resultado no era remota sino muy posible teniendo en cuenta la aptitud para causar la muerte de las armas que su hermano y él esgrimían contra su oponente y la ubicación corporal donde hicieron incidir esas armas sobre el cuerpo de la víctima pues, si la definitiva parece ser que fue la que le partió el corazón, otras las dirigieron y alcanzaron el hemitórax derecho cerca de la zona axilar, el vacío abdominal y una tercera, penetrante, de seis centímetros de profundidad en el hemiabdomen izquierdo. Tanto si él causó las que ofrecían evidente riesgo de muerte, como sí viendo que su hermano las causaba, no dió muestras de oponerse a ello, sino que siguió en su ataque, es patente que tuvo por su parte ánimo de matar. Si ya no se admite por la doctrina de esta Sala que sea suficiente para estimar coautoría la existencia de acuerdo previo para realizar el hecho, acuerdo que, a falta de prueba de su existencia anterior a iniciar la acción, podría entenderse sobrevenido o adhesivo cuando se sigue la acción conjunta y corroboradora de lo hecho por otros agentes antes de la consumación de delito, en el caso hay prueba no solo de la actitud de ataque de este recurrente, que necesariamente hubo de advertir la posibilidad de un resultado letal, no obstante lo cual continuó con su actividad de ataque, sino que también, y aunque no se haya afirmado que él fuera quien asestó la puñalada mortal de necesidad, actuó de forma eficaz y necesaria para causar el óbito atacando a la víctima con un arma apta para ello con lo que queda patente tuvo ánimo de matar y que realizó actos precisos, juntos con los de su hermano, para conseguir la

muerte de la víctima, que efectivamente entre ambos consiguieron, y sin que haya nada en los hechos que el jurado desechó como no probados que se oponga a tal conclusión.

El motivo ha de ser desestimado.

FALLO:

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por J.J.M.M., contra sentencia dictada el treinta de Marzo de dos mil por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en apelación de la dictada por el tribunal del jurado en juicio contra el mismo y otro seguido por delito de homicidio, con expresa condena al recurrente de las costas ocasionadas por el recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana a los efectos legales oportunos y con devolución al mismo de la causa que, en su día, remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Joaquín Martín Canivell, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

## **XII. BIBLIOGRAFÍA**

- AFFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.
  
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.
  
- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.
  
- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.
  
- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.
  
- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.
  
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre

el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.
  
- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.
  
- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. [www.acosolaboral.org.uy](http://www.acosolaboral.org.uy). 22,33 horas. 15/11/2013.
  
- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.
  
- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.
  
- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.
  
- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. [www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm](http://www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm). 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. "Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español". Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. "El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola". Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.
  
- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.
  
- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.
  
- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).
  
- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.
  
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.
  
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestion 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.
  
- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.
  
- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.
  
- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.
  
- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22.
  
- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.
  
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.
  
- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, págs. 263-278