

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

# Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

### PRESENTACION

Se inicia a partir de este número la publicación de una Sección destinada a comentar sentencias recientes vertidas en materia penal por el Tribunal Supremo. Se trata de ofrecer un análisis doctrinal de sentencias expresivas de determinadas líneas de evolución de la jurisprudencia penal en nuestros días. Hay sentencias que sobresalen por abrir nuevos rumbos, por confirmar posiciones tradicionales bajo nueva luz, por destacarse a favor o en contra de ciertas direcciones de la doctrina, porque merecen especial loa o especial crítica, o, simplemente, por su importancia intrínseca. Tales sentencias, sobre todo si se advierte que no constituyen decisiones aisladas sin perspectivas de continuidad, bien merecen la atención de la doctrina, si es que como pensamos— se estima útil el diálogo entre teoría y práctica. De hecho, siempre ha habido comentarios ocasionales a determinadas sentencias particularmente significativas. Aquí se pretende dotar a dicha labor de un carácter estable.

Los comentarios que se incluirán —en principio uno en cada número— tendrán una extensión y una «intensidad» que podríamos calificar de *medias*. No pretenderán en principio poseer el carácter de trabajos de investigación fundamental, pero tampoco se limitarán a una rápida glosa de urgencia. A menudo se intentará valorar las sentencias a la luz del estado de la cuestión en la doctrina, con cita de las posiciones más importantes, y desde luego atendiendo a la evolución de la propia jurisprudencia.

Existe un grupo de penalistas tras esta Sección. Cada comentario —hay ya varios terminados— es discutido previamente por todos ellos. Sin embargo, firmará cada trabajo su autor. En cualquier caso, no se trata de un grupo cerrado, sino, al contrario, abierto a todos nuestros compañeros.

## PRETERINTENCIONALIDAD Y OTRAS CUESTIONES EN LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Comentario a la STS 9 de febrero de 1984. Ponente: Díaz Palos) \*

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Universidad de Barcelona

1. A consecuencia de una disputa en una discoteca, sobre las tres de la mañana, los procesados P., C. A. y F. J. A. empujaron a A. a la pista, donde «le golpearon repetidamente, asestándole incluso patadas, cuando el agredido, como consecuencia de los golpes recibidos, se hallaba caído en el suelo». Al rato, surgida de nuevo la riña a raíz de que A., quejándose de dolores en el costado derecho, profiriera frases amenazadoras contra ellos, los procesados volvieron a asestarle golpes y patadas, hasta que logró escaparse. Minutos más tarde, unos policías encontraron a A. tendido en el suelo, sangrando por una ceja, pudiendo observar también un charco de sangre bastante grande cerca de su cabeza. Al verlo, trataron de que le fuera prestada asistencia médica, para lo que le llevaron a un sanatorio próximo. Allí una enfermera, tras consultar con el director, les comunicó que no podían atenderle por no hallarse asegurado. Posteriormente, decidieron llevarlo al Ambulatorio de la S. S., «apreciándosele que presentaba dos heridas inciso-contusas en la ceja izquierda, así como múltiples erosiones». El médico que se hallaba al frente del Ambulatorio, que hacía dos años que había terminado la carrera y carecía de toda especialización, le reconoció y palpó, «y como no apreció nada anormal le indicó que podía irse para su domicilio, sin perjuicio de que, más tarde, si le persistían los dolores, se hiciese una placa». El Ambulatorio contaba por aquel entonces con muy poco material. A., trasladado a su domicilio, permaneció allí sólo hasta que a las 12 h. del mediodía un amigo le fue a ver y, como se quejara mucho, intentó junto con otros llevarle al médico, a lo que se negó por no considerarse en condiciones de salir por su propio pie. Requerido un médico para que fuera a atenderlo, éste señaló que lo procedente era que lo trasladaran a un sanatorio. Tras gestiones infructuosas para encontrar una ambulancia, los amigos llegaron a hablar con la madre de A., que, de momento, se negó a ir a verle, dadas las tensas relaciones entre padres e hijo. A las seis de la tarde de ese mismo día A. falleció a consecuencia de una hemorragia por desgarró traumático del riñón derecho.

Resulta probado que, de haberse diagnosticado a tiempo la lesión afectante al riñón su muerte pudo haber sido perfectamente evitada por sutura quirúrgica o, en el peor de los casos, extirpación de la víscera, en cuyos supuestos lo normal es que hubiese tardado en curar sobre unos 30 ó 40 días. En el ambulatorio, con los medios existentes, era muy difícil el diagnóstico. Aunque la hemorragia se

---

(\*) Escrito ya este comentario, apareció el trabajo de S. HUERTA TOCILDO, *Adios al homicidio preterintencional* (La Ley 8-10-1984, págs. 1-6), en el que se comenta la STS 28 marzo 1984 (vid. ADPCP, 1984, págs. 634 ss.), básica en esta materia por su claridad. Tanto este trabajo, como otras sentencias posteriores, se consideran en notas marginales.

acusa con la observación de los parámetros clínicos normales (presión arterial, etc.), «lo que parece que no se hizo en este caso, muy probablemente nada anormal se habría apreciado, dado que para que la hemorragia pueda ser detectada clínicamente es preciso que adquiera cierta entidad, lo que exige el transcurso de varias horas, sobre todo si no es intensa, como evidentemente no lo era cuando el interfecto llegó al Ambulatorio, habida cuenta del lapso que aún vivió después».

2. La Audiencia condenó a P., C. A. y F. J. A. a tres años de prisión menor por homicidio con la atenuante, apreciada como muy cualificada, del artículo 9, 4.º C. P. Se absolvió al médico del delito imprudente de que había sido acusado. El recurso de casación, en el que se alegaba interrupción del nexo causal entre la agresión y la muerte por las «condiciones sobrevenidas», y, subsidiariamente, la aplicación del art. 50, 2 CP, fue desestimado por el T. S.

3. El primer problema que aquí se plantea, y al que el TS dedica buena parte de los Considerandos de la sentencia, es el de si es posible imputar objetivamente a los sujetos activos el resultado de muerte de A. Nuestro más alto Tribunal estima que sí, por entender que no puede hablarse de *interrupción del nexo causal* por las «condiciones sobrevenidas» (1) tras la agresión. Consiguientemente, la muerte aparecería como *consecuencia natural* de la paliza sufrida. Con independencia de la corrección de la solución, deben criticarse los términos de la argumentación (2). No es posible aquí entrar en el análisis pormenorizado que de las ideas mencionadas efectúa Gimbernat (3). Baste por ello poner de manifiesto que, de nuevo y frente a lo apuntado en recientes sentencias por el propio TS (4), se mezclan consideraciones relativas a la relación de causalidad (empírica) (5) con otras propias de la relación de imputación objetiva, de nece-

---

(1) Se mencionaban explícitamente en el recurso: el error del médico en el diagnóstico; la voluntaria falta de asistencia de los padres, y el descuido de la propia víctima al desatender la indicación médica de que se sometiese a un examen radiográfico.

(2) La argumentación del TS, en lo esencial, consiste en distinguir una cadena causal «principal» (la desencadenada por la paliza) que es la productora directa del resultado. Junto a ella se dan otras condiciones —sobrevenidas—, pero su virtualidad interruptora del nexo causal se niega por la teoría de la consecuencia natural. Según ésta la falta de asistencia no rompe el nexo causal cuando guarda estrecha conexión con el acto delictivo, hasta ser un elemento o circunstancia del mismo, su atmósfera. Y esto es lo que ocurre en el caso: primero con el abandono de la víctima, recogida de la calle por la policía, y luego con la asistencia en un Ambulatorio sin medios suficientes, con los esfuerzos infructuosos de los amigos y con el propio desamparo o desvalimiento en que la víctima vivía.

(3) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966, págs. 89 ss., critica la ambigüedad terminológica, la inexistencia de criterios exactos, y, sobre todo, la impropiedad de tratar estos problemas en el ámbito de la relación de causalidad. Como él mismo señala (p. 92) una relación causal existe o no existe, pero no se interrumpe. Son cuestiones que deben resolverse en el plano normativo.

(4) Cfr. las conocidas sentencias de 20 mayo 1981, 5 abril 1983 y 29 mayo 1983.

(5) Algunas de las expresiones del TS parecen aludir a una distinción entre cursos causales, en el propio nivel de la causabilidad, que pugnaría directamente con la teoría de la equivalencia de las condiciones. Cfr. sobre esto GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pág. 94.

saría índole normativa (6). A este respecto, no hay duda alguna en afirmar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de los procesados y la muerte de la víctima (7). En cambio, podría suscitar algún problema la constatación de la relación de imputación objetiva. La doctrina muestra, en este punto, algunas discrepancias. Así, un sector se muestra absolutamente contrario a admitir que la concurrencia de determinadas omisiones pueda interrumpir la relación de imputación objetiva entre el comportamiento inicial y el resultado (8). Otro, sin embargo, distingue, aceptando tal efecto interruptor en los casos de omisiones dolosas o gravemente imprudentes y negándolo, por contra, en los supuestos de imprudencia leve (9). Un tercero, por fin, rechaza las distinciones esquemáticas en base al carácter del comportamiento que se interfiere. En esta línea, se muestra partidario de un análisis caso por caso, en el que decidir si el comportamiento inicial es *adecuado* para la producción del resultado y si éste entra dentro del ámbito de protección de la norma infringida (10).

4. En el caso que nos ocupa parece posible afirmar la existencia de una relación de imputación objetiva. La naturaleza de la agresión, sobre todo al repetirse después de que la víctima se quejara de fuertes dolores en el costado derecho, hace que fuera objetivamente previsible *ex ante* la producción de un resultado como el acontecido. La experiencia general de la vida demuestra la probabilidad de tales resultados en circunstancias como las narradas. Por otro lado, ninguna de las supuestas «omisiones» que median entre la conducta y el resultado parece tener vinculación suficiente con éste como para excluir su pertenencia al ámbito de protección de la norma infringida por el comportamiento de los agresores. Como se verá, ninguna de ellas puede estimarse, en principio, punible, salvo la de los dirigentes del sanatorio inicialmente visitado; a ésta, por su parte,

---

(6) En esta sentencia se habla, al final de las consideraciones relativas a la teoría de la consecuencia natural, de que resulta probada la relación de «imputación objetiva».

(7) Según la teoría de la equivalencia de las condiciones con arreglo al criterio de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica, esta conclusión es evidente. Sobre esto cfr. por todos JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal* (trad. MIR PUIG - MUÑOZ CONDE), Barcelona 1981, tomo I, págs. 380 ss.

(8) RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstheorie*, *Juristische Schulung* (JUS), 1969, págs. 549-557, págs. 555 y 556; EL MISMO, en RUDOLPHI-HORN-SAMSON-SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, Frankfurt a. Main, 1975, núm. 74 ante § 1.

(9) Igual, por lo demás, que para la concurrencia de conductas activas. Cfr. OTTO, *Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht*, JUS 1974, págs. 702-710, pág. 709; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien 1974, páginas 117-123. También OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, en *Festschrift für R. Maurach*, 1979, págs. 91-105, págs. 99 y 100. Admiten la posibilidad en algunos casos, sin detallar, JAKOBS, *Strafrecht. Lehrbuch*. Berlin-New York 1983, pág. 178, núm. 59; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT, Studienbuch*. Tübingen 1982, pág. 97, núms. 70 y 72. Entre los autores clásicos que lo habían admitido puede citarse a Binding y Ortmann: cfr. WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín. 1968, pág. 51, nota 189.

(10) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, *Juristische Arbeitsblätter* (JA) 1975, págs. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798, pág. 719; esto para todo tipo de casos, tanto activos como omisivos.

no es posible imputarle el resultado como si lo hubiere producido activamente, dada la falta de posición de garante. Mas tampoco parece razonable sostener que la omisión imprudente de un garante impediría que a los autores de la brutal agresión inicial se les imputara el resultado lesivo. Con ello desaparecen todos los obstáculos a la imputación objetiva de la muerte a la conducta de los sujetos activos (10 bis).

En otro orden de cosas, cabe también apreciar la existencia de previsibilidad del resultado por parte de los agresores según sus cualidades personales y, consiguientemente, la presencia de imprudencia. En este punto habría que criticar que en la sentencia, aparentemente, se deriva la imprudencia de la constatación de la relación de imputación objetiva, lo que no es correcto (11). Debe, en fin, excluirse la presencia de un dolo eventual de homicidio. Ni el grado de peligro ni los términos de su conocimiento por los sujetos parecen suficientes para saltar la barrera de la imprudencia.

5. Los sujetos activos, además de poderseles imputar un resultado de muerte a título de imprudencia, han realizado dolosamente una serie de actos lesivos. Se hace preciso, pues, determinar qué concreto tipo de lesiones dolosas concurre en este supuesto. Para nuestra jurisprudencia ello, en general, no ofrece demasiados problemas. Las lesiones se conceptúan como un «delito determinado por el resultado». En consecuencia, dado un «animus vulnerandi», la pena se impone en función del resultado lesivo (días de curación, secuelas) que acabe produciéndose, con independencia de que el dolo del autor se refiera o no a él, su aparición dependa de la concurrencia de factores extraños, etc. (12). Esta línea debería ser criticada por dos razones: Por un lado, porque desconoce la virtualidad limitativa de los criterios de imputación objetiva del resultado en las lesiones (13). Por otro, porque, aun dada la relación de imputación objetiva, lleva a condenar por determinadas lesiones dolosas a quien no ha querido producirlas. Dicho de otro modo, a quien, aun queriendo realizar el acto lesivo inicial al que luego se imputasen objetivamente las lesiones más graves resultantes, ni siquiera ha advertido en él, con los requisitos del dolo eventual, el riesgo concreto de producción de tales resultados. A este sujeto no podría condenársele por haber realizado dolosamente esas lesiones. La exigencia de dolo eventual, como mínimo, respecto a cada tipo concreto del art. 420 CP (14) para poder castigar por esa lesión como

(10 bis) Cfr. WOLTER, *Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fabrlässigkeitdelikt*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1977, págs. 257-274, pág. 272; También según la «normativización» del criterio de adecuación que este autor propone habría que hablar de imputación objetiva. En efecto, el juez, en su prognosis posterior-objetiva con los conocimientos del autor, no podría estimar el riesgo como *inapreciablemente pequeño y abstracto, ni confiar en una buena salida*.

(11) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 818. Sobre la presunción de imprudencia en algunas sentencias, cfr. HUERTA TOCILDO, *Adios al homicidio preterintencional*, pág. 6.

(12) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Sevilla 1983, pág. 85; BERDUGO, *El delito de lesiones*, Salamanca 1982, pág. 89. En este contexto se explica la oposición de la Jurisprudencia a entender aplicable la atenuante del art. 9, 4.º a las lesiones. Así, STS 24 septiembre 1984, por estimar que en las lesiones basta un «dolo genérico o indeterminado» de lesionar.

(13) BERDUGO, *Lesiones*, pág. 90.

(14) Igual que en relación con los demás tipos de lesiones.

dolosa es una consecuencia ineludible del principio de culpabilidad, obligada, además, en nuestro Derecho tras la reforma de 1983 (15). En efecto, el sentido de ésta, según se afirma en su Preámbulo, es desterrar de nuestro sistema punitivo todas las manifestaciones de responsabilidad objetiva. De ahí que se haga especial hincapié en que las consecuencias de la modificación del art. 1 CP inciden, entre otros aspectos, en la «interpretación que habrá de darse a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal». Ello parece aplicable también a las lesiones.

En tanto no se produzca la necesaria reforma legal, se trata de una aplicación consecuente de los principios generales de la imputación objetiva y subjetiva a las lesiones. Ya lo primero, no obstante, halla dificultades en las referencias de los tipos a *tiempos de curación* (no tanto en lo que se refiere a las otras «resultas»). La teoría de la imputación objetiva exige, para que un resultado pueda ser imputado a una conducta, que aquél sea realización de un riesgo determinable *ex ante* en ella. Dicho de otro modo, que la producción de tal resultado fuera previsible *ex ante* al contemplar la conducta lesiva, y no resulte simplemente causado *ex post*. La acomodación de estos principios a las referencias temporales de curación exige un esfuerzo por establecer *descripciones o clases* de lesiones, y clasificarlas en grupos, a cada uno de los cuales corresponda normalmente (previsiblemente) un marco temporal de curación (es decir, un tipo; en el art. 420, un núm.). Para ello, con todo, es preciso considerar las posibles circunstancias concurrentes, en particular las condiciones de la víctima (edad, salud, etc.). Una vez producida esta *materialización* de las referencias temporales de curación en grupos de *lesiones* (resultados lesivos) estamos en situación de aplicar las reglas de la imputación objetiva en estos tipos. En efecto, se puede decidir si la conducta aparece adecuada *ex ante* para producir tal lesión (p. ej., una de las que tardan en curar entre 30 y 90 días). Y la conducta, en tanto generadora de un riesgo de tal lesión es objeto idóneo de referencia del *dolo*. Ciertamente, los tipos que examinamos se ocupan de las lesiones dolosas. Ello requiere algo más que la imputación objetiva. Para cumplir tal exigencia no basta, tampoco, con que, además de la previsibilidad objetiva, se requiera *previsibilidad subjetiva* (imprudencia). Es decir, para condenar por las lesiones del art. 420, 3.º como dolosamente producidas, no basta con que el sujeto, que pretendía producir un resultado lesivo perteneciente al grupo del art. 420, 4.º, advierta en su conducta elementos de riesgo que le hagan prever un resultado de los abarcados por el art. 420, 3.º, cosa que sucede realmente. Para que tal lesión aparezca como dolosamente producida, será preciso que el sujeto, además de advertir tales elementos de riesgo en su conducta, los acepte en la medida que se requiere para el *dolo*

---

(15) Esta es, además, la única forma de evitar castigar por igual conductas que son desiguales. Cfr. BERDUGO, *Lesiones*, págs. 90-91.

eventual, como mínimo. Desde luego, lo frecuente en las lesiones será que se abarquen con dolo eventual varias posibilidades. Pero ello no obsta a que deban distinguirse los supuestos, a fin de juzgar correctamente aquéllos en que el sujeto, pese a advertir la posibilidad de que su conducta dé lugar a unas lesiones más graves de lo pretendido, descarta (por sus especiales habilidades, etc.) que ello vaya a producirse en su caso. La exigencia de *imprudencia* respecto al resultado lesivo supone, desde luego, un gran avance frente a la determinación de la pena en las lesiones tan sólo en base al criterio de lo «causado». Mas, limitarse a ello, en último término, supone: 1) tratar por igual casos desiguales; aquéllos en que hay dolo y otros en que no lo hay (por excluirse la posibilidad advertida de ese resultado más grave) *en esa medida*, sino respecto a otra lesión menos grave; 2) admitir, consiguientemente, una versión de *versari in re illicita* (a quien quiere lesionar en una cierta medida, se le imputan como dolosas todas las consecuencias lesivas más graves imprudentemente producidas) (15 bis).

De todo lo anterior se desprende la posibilidad de producción de relaciones concursales entre lesiones dolosas y otras imprudentemente producidas. Incluso dentro del art. 420 cabe que una conducta realice uno de sus tipos dolosamente

(15 bis) Que las consideraciones efectuadas no constituyen algo ocioso, sino que expresan una urgente necesidad para la correcta resolución de los problemas de las lesiones, lo demuestran sentencias como la STS 24 mayo 1984, ponente St. Hijas Palacios. Los hechos eran, en síntesis, los siguientes: Un abogado y el marido de su cliente, enfrentados a raíz de la tramitación de un proceso de separación, sostienen cierto día una fuerte discusión. De las palabras pasan a los hechos y se produce una pelea «previamente aceptada, con golpes recíprocos, con designio ambos de dañar la integridad física de su adversario, en cuyo curso los dos contendientes cayeron al suelo produciéndose *por la caída* (el subrayado es mío) fractura del cuello del fémur de don José Luis (el abogado), que quedó inmovilizado, recibiendo en su cuerpo, al levantarse su oponente, algunas patadas de éste como epílogo o final de la riña sostenida, hasta que por la intervención de terceras personas pudo darse por terminado el incidente...». Las lesiones del abogado (es decir, la rotura del fémur) tardaron en curar 870 días, causándole una incapacidad laboral de 360 días, así como secuelas de marcha claudicante y cojera. En consecuencia, el sujeto activo resulta condenado, como autor de un delito de lesiones graves del art. 420, 3.º CP a la pena de 2 años, 4 meses y un día de prisión menor, más las accesorias. De nada sirve que se alegue que «ni se previó ni se procuró el resultado de la fractura del fémur sufrida por el lesionado». Para el TS, aparentemente también tras la reforma de 1983 (cuya aplicación, por cierto, se solicitó por la defensa sin éxito alguno), «el delito de lesiones ofrece una estructura de resultado objetivo, dentro de la configuración del dolo de lesionar o *animus laedendi*» (es decir, dolo genérico). Lo único decisivo es, pues, la relación causal. Aunque, de pasada, se aluda a un dolo eventual, en el fondo ello no es sino una presunción de dolo: «porque ninguna persona humana que desarrolla tales acciones, con el designio señalado, puede decirse que ha previsto un resultado concreto al que se dirige, sin querer sobrepasarlo, ni que no procuró un resultado proporcionado y efecto de su acción». Por todo ello, rechaza además la aplicabilidad de la atenuante del art. 9, 4.º a las lesiones «a menos que exista una absoluta inidoneidad entre el resultado y los actos de los agentes». Tales argumentaciones conducen a castigar igual casos absolutamente desiguales. Así, el de autos y otro en que un sujeto toma una barra de hierro con la que golpea la pierna de su víctima para partírsela.

y otro por imprudencia (16). La consideración de los números del art. 420 como «tipos distintos» impide, además, la aplicación de la atenuante del art. 9, 4.º CP salvo dentro de cada uno de ellos (17).

6. En este caso, la determinación de cuáles han sido las lesiones dolosas ofrece dificultades a la posición jurisprudencial. En concreto, no se puede determinar si, de haberse diagnosticado a tiempo la lesión y de haberse intervenido quirúrgicamente, habría bastado para la curación la sutura del desgarro (convalecencia de 30 ó 40 días) o habría sido preciso extirpar la víscera. Consiguientemente, existen dudas entre la aplicación del art. 420, 2.º o del 420, 4.º. Todo ello tiene, además, repercusiones en sede de preterintencionalidad (18). Tradicionalmente se ha alegado la referida dificultad en contra de las soluciones del hoy derogado art. 50 CP o del concurso, por estimar que impide fijar con precisión la pena aplicable (19). Desde una perspectiva respetuosa con el principio de culpabilidad la situación aparece de modo distinto. En efecto, se trata de decidir si los sujetos han abarcado, como mínimo con dolo eventual, la pérdida de la víscera por la víctima o sólo la producción de determinados daños corporales (de los que el Tribunal juzgaría el número de días que tardarían en curar). Esto último es lo que aparece más verosímil dadas las circunstancias del hecho. Además, —lo que parece olvidar esta sentencia— se halla la vigencia del principio «in dubio pro reo» (20). Las lesiones cuya gravedad fuera mayor de lo abarcado por el dolo, pueden evidentemente atribuirse al sujeto, en su caso, como imprudentes. Aunque la producción de la muerte, también por imprudencia de los agresores, las absorbe. En conclusión, nos hallaríamos ante unas lesiones dolosas que, como máximo, quedarían comprendidas en el art. 420, 4.º y de unas posibles lesiones imprudentes que irían más allá pero que, en este supuesto, resultan absorbidas en la imprudencia que da lugar a la muerte de A.

7. La Audiencia, según ya sabemos, había calificado los hechos como homicidio preterintencional, aplicando, sobre la base de la penalidad del homicidio doloso, la atenuante del art. 9, 4.º CP como muy cualificada. Con tal resolución, el Tribunal provincial no hacía sino ajustarse a la que ha venido siendo jurisprudencia absolutamente uniforme para los casos de lesiones-homicidio; incluso

(16) Es decir, que cabe, entre los números del art. 420 CP y entre éstos y los otros tipos de lesiones, lo que, con la terminología tradicional, podríamos llamar relación de «preterintencionalidad heterogénea».

(17) En este sentido, por ejemplo, MIR PUIG, *Preterintencionalidad y límites del art. 50 del Código penal*, RJCat 1979, págs. 57-99, págs. 98 y 99; también sobre este tema, MUÑOZ CONDE - QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 1983*, Barcelona 1983, pág. 69-70; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA - RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Barcelona 1972, páginas 458 y 459; BERDUGO, *Lesiones*, pág. 90.

(18) Cfr. BERDUGO, *Lesiones*, pág. 89.

(19) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, págs. 17-18. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1949, pág. 231, había criticado la tesis jurisprudencial señalando que los juicios hipotéticos en relación a los días de curación de las lesiones son adoptados continuamente en la tentativa. También CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código penal español*, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid 1982, págs. 60-73, pág. 62 v nota 8.

(20) Así, STS 10 febrero 1982 (A. 646). La referencia al «in dubio pro reo»: estimar, en la duda, la duración de las lesiones más favorable al reo, aparece en las STS 28 marzo 1984 y 19 octubre 1984. Pero vid. nota 29 bis, por ej., sobre algunas de las contrapartidas de ello.

después de que la importante STS 30 marzo 1973 (A. 1.464) acogiera la distinción de Silvela entre preterintencionalidad homogénea y heterogénea (21). En efecto, dejando aparte sentencias más antiguas (22), en el período 1975-1982 el TS no ha aplicado nunca a los supuestos de lesiones-homicidio el, hoy suprimido, art. 50 CP sino el art. 9, 4.º (23). Otras soluciones apenas revisten importancia cuantitativa (24). De modo que, pese a sostenerse en teoría la mencionada distinción de Silvela, el TS, en la práctica, aplica el art. 9, 4.º CP a éstos, que serían casos de la llamada «preterintencionalidad heterogénea». Frente a todo ello, la doctrina, ya desde antes de la reforma de 1983 y en forma creciente, entiende que en estas situaciones debe procederse a aplicar la normativa del concurso (de delitos) entre las lesiones dolosas y el homicidio, siempre que éste pueda estimarse imprudentemente producido (25). Nuestra jurisprudencia, sin embargo, ha alegado una serie de argumentos contra tal solución (y la del art. 50, derogado en la reforma de 1983) (26). De ellos quizá el más significativo sigue siendo hoy el probatorio: es decir, la inexistencia, en los hechos probados, de las bases necesarias para poder determinar el tipo de lesiones que el sujeto se proponía realizar (27). Es esta razón la que provoca que la sentencia que comentamos

(21) La distinción, dentro de la llamada «progresión delictiva», entre preterintencionalidad homogénea (a regular por el art. 9, 4.º) y preterintencionalidad heterogénea (a contemplar en el art. 50 CP) suponía incluir en la primera los casos en que no se desborda el marco de un delito determinado y en la segunda los casos en que se trata de dos delitos distintos en la misma línea de ataque. No obstante, no es pacífica la forma de entender qué son «delitos distintos». Sobre ello vid. nota 17; cfr. además MIR PUIG, *RJCat* 1979, págs. 74 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, págs. 15-16.

(22) Cfr. CEREZO MIR, *Problemas*, pág. 62, nota 7.

(23) Cfr. CORCOY, *Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente*. Tesina mecanografiada. Barcelona 1984, pág. 156. Además, por ej., STS 10 mayo 1977 (A. 2.263); STS 13 marzo 1978 (A. 1.011); STS 2 noviembre 1978 (A. 3.366); STS 6 diciembre 1980 (A. 4.790); STS 16 noviembre 1981 (A. 4.336); STS 14 diciembre 1981 (A. 5.005); STS 13 abril 1982 (A. 2.090); STS 15 mayo 1982 (A. 3.535), etc.

(24) Así, la solución de castigar sólo por imprudencia, prescindiendo de la conducta dolosa inicial: STS 17 diciembre 1958 (A. 4.013); STS 19 enero 1977 (A. 38); STS 20 junio 1977 (A. 2.892); STS 2 enero 1979 (A. 23). La del art. 50, aparte de la STS 30 marzo 1973, sólo se aplica en un caso de desviación, y no de lesiones-homicidio: STS 26 marzo 1979 (A. 1.392). La del concurso tampoco se ha aplicado nunca en estos supuestos de progresión delictiva: cfr. STS 17 diciembre 1964 (A. 5.349).

(25) Cfr. MIR PUIG, *RJCat* 1979, págs. 57 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 16; ALONSO ALAMO, *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad*, *La Ley* 1983-3, págs. 1059-1073, pág. 1072, «lege lata», con consideraciones de «lege ferenda» en favor de un precepto específico.

(26) Sobre el alcance de esta reforma en materia de preterintencionalidad, cfr. ALONSO ALAMO, *La Ley* 1983-3, págs. 1067 ss.

(27) HUERTA TOCILDO, *Adios...*, reconoce estas dificultades (p. 4), pues, por un lado, no se podría determinar si las lesiones han sido intentadas o consumadas y, por otro, dados los criterios legales de fijación de la pena en las lesiones, resulta complicado decidir de qué lesiones se trata. De todos modos, MIR PUIG, *RJCat* 1979, págs. 97-98, aporta una serie de criterios para la resolución de la primera parte del problema. Por su parte, ALONSO ALAMO, *La Ley* 1983-3, pág. 1067, propone, para la segunda parte, además del recurso al principio procesal de «in dubio pro reo», que, en los casos de duda, el juez pueda recorrer un marco penal que comprenda las lesiones que tardan en curar de 15 a 90 días, decidiendo en atención a la peligrosidad de la acción (arts. 420, 3.º y 4.º y 422 CP)

comparta la solución del art. 9, 4.º aplicada por la AP, no obstante atender que la estimación del art. 50 era lo dogmáticamente correcto (28).

8. Lo más sobresaliente de esta resolución es, con todo, que el TS, adhiriéndose a la moderna doctrina, estima que, tras la supresión del art. 50 y la modificación del art. 1, 2.º CP en la reforma de 1983, el régimen de los supuestos de lesiones-homicidio debe ser el del *concurso de delitos* (29). Pese a ello, rechaza su aplicación en el caso concreto (hechos anteriores a la reforma) por entender que no sería «ley más favorable» y, consiguientemente, no habría motivos para aplicarla retroactivamente. Llama la atención que los argumentos probatorios en base a los que se estimó bien descartada la estimación del régimen del art. 50 por la Audiencia, no se apunten, en cambio, para el concurso, cuando la

---

(28) Se alegan razones de *practicidad*. A este respecto, la STS 28 marzo 1984 se lamenta de que «la praxis procesal no se cuida de señalar —sin negar sus dificultades, incluso su imposibilidad clínica— el tiempo de sanidad de aquellas (las lesiones) de no haber sobrevenido el resultado mortal» e invita a que se avance en este aspecto. Además de éstas, pueden citarse STS 13 noviembre 1959 (A. 3.914); STS 10 mayo 1977 (A. 2.263); STS 16 diciembre 1980 (A. 4.790); STS 14 diciembre 1981 (A. 5.005), y STS 13 abril 1982 (A. 2.090). Sin embargo, es preciso tener en cuenta otros argumentos: 1) Se rechaza la posibilidad de estimar el resultado como imprudentemente producido si, dado un arranque doloso no se produce una desconexión anímica entre la conducta inicial y el resultado final. La ausencia de desconexión sería lo característico del *delito preterintencional* (a resolver por el art. 9, 4.º CP): STS 10 mayo 1977 (A. 2.263); STS 16 noviembre 1981 (A. 4.336); STS 11 junio 1981 (A. 2.642); STS 13 abril 1982 (A. 2.090); STS 15 diciembre 1983. 2) Se reprocha a la solución del art. 50 el ser demasiado benigna: STS 10 mayo 1977 (A. 2.263); STS 13 abril 1982 (A. 2.090). 3) Se rechaza la solución del concurso por entender que supone negar la propia esencia de la preterintencionalidad, que viene constituida por la existencia de un delito único: STS 6 diciembre 1980 (A. 4.790). Estos argumentos son, sin embargo, tan claramente contrarios al tenor de la reforma de 1983, que, prácticamente, carece de sentido el discutirlos. Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 19; ALONSO ALAMO, *La Ley 1983-3*, págs. 1068 ss.

(29) Se trata de la primera Sentencia del TS en la que se reconoce expresamente este extremo. En ella se señala textualmente que, tras la reforma, «el supuesto de preterintención heterogénea seguirá las *reglas normales del concurso de delitos*, de modo que habrán de penarse las lesiones inicialmente producidas a título doloso y el resultado de muerte como homicidio culposo, caso, naturalmente, que además del ligamen causal de la muerte con las lesiones, sea tal resultado ulterior imputable a culpa» (sobre esto último, más clara la STS 28 marzo 1984). Este concurso se admitía aquí, correctamente, en principio, como *concurso ideal de delitos*, si bien, extrañamente, en la modalidad de «lesiones dolosas como medio para cometer homicidio culposo» (delito medio-delito fin, 2.º parte del artículo 71, 1.º) y no como supuesto de un hecho que constituye dos delitos. Este desliz inicial (como señala la STS 28 marzo 1984, no puede hablarse de un *fin*, a propósito del homicidio culposo en estos casos), explica probablemente que en sentencias posteriores (STS 28 marzo 1984; STS 12 julio 1984; STS 19 octubre 1984) el propio TS haya abandonado la tesis del concurso ideal, inclinándose por la del *concurso real*. Esta última resulta asombrosa, si se tiene en cuenta que en todos los supuestos de lesiones-homicidio hay *un solo hecho* del autor: el «ladrillazo» (STS 19 octubre 1984), o las patadas (STS 9 febrero 1984), por ejemplo. No existe, pues, la pluralidad de hechos característica del concurso real. Dado que los argumentos *legales* del TS han sido, a mi juicio, correctamente rebatidos por HUERTA TOCILDO (cfr. HUERTA TOCILDO, *Adios...*, pág. 6), no resta sino pedir a nuestro más alto Tribunal que reconsidere su parecer y adopte la tesis del concurso ideal, por ser la dogmáticamente satisfactoria.

cuestión se plantea aquí del mismo modo (29 bis). En cualquier caso, una aplicación de la normativa de las lesiones en forma ajustada al principio de culpabilidad puede facilitar la solución de los problemas probatorios, al convertir un problema de prueba de lo hipotético en uno de prueba de lo real. Se trata, en efecto, de determinar el alcance del dolo del sujeto. En última instancia, y en caso de duda, deberá apreciarse refiriéndolo a la más leve de las alternativas en presencia. Ello posibilitará la satisfactoria aplicación de la normativa concursal en estos supuestos. El art. 9, 4.º debe reservarse para otras situaciones (30).

9. El TS descarta la estimación en el caso concreto de la solución del concurso (que entiendo vigente tras la reforma) y mantiene la del art. 9, 4.º cualificado. Ello, por entender que aquella solución no es más favorable y, consiguientemente, no puede aplicarse retroactivamente. Estas consideraciones plantean un doble problema: por un lado, si realmente nos hallamos ante una cuestión de retroactividad; por otro, si la solución del concurso sería o no «más favorable». Lo primero podría discutirse desde la óptica de la doctrina que entendía, ya antes de la reforma de 1983, que el concursal era el régimen aplicable en los supuestos

---

(29 bis) A propósito de esta cuestión, señala la STS 28 marzo 1984 que la dificultad, si bien subsiste, «se aminora, pues, en el peor de los casos, siempre puede estimarse la existencia de lesiones dolosas, al menos como falta (hipótesis la más favorable al reo) en concurso con un delito de homicidio culposo, cuya penalidad permite fijarla el art. 565, 3.º con prudente arbitrio, y, por ende, *acomodarla a la situación de preterintencionalidad, que, en el fondo, sigue latiendo...*». Esta última frase, cuyo subrayado me corresponde, es de gran importancia. Más aún, si se pone en relación con la afirmación generalmente repetida (STS 28 marzo 1984; 25 septiembre 1984; 19 octubre 1984) de que el recurso tradicional al art. 9, 4.º no se debía sólo a las reseñadas dificultades probatorias, sino que, además, constituía un *intento de aproximar la pena a la culpabilidad del sujeto activo*. De todo ello cabe extraer dos consideraciones:

1) Cabe pensar que la facultad que el art. 565, 3.º otorga a los Tribunales cumpla en el futuro esa «función» de «aproximar la pena a la culpabilidad del sujeto». Por ello, y para evitar que, imponiendo la pena del delito imprudente siempre en el máximo permitido, se castiguen dos veces las lesiones dolosas iniciales, debe solicitarse de nuestros Tribunales *prudencia y motivación* en el ejercicio de ese prudente arbitrio.

2) También puede ir en la línea de lo anterior la opción por el concurso real. En efecto, éste, al regirse por el principio de acumulación material de penas, permite ejercer además el *prudente arbitrio*, con lo que la libertad del Tribunal es mayor que en el concurso ideal, en el que está constreñido a aplicar la pena del delito más grave en grado máximo. Así se garantizaría la posibilidad del Tribunal de, junto a la pena de las lesiones dolosas, considerar en la imprudencia la culpabilidad global del agente. Sobre el peligro de doble punición que ello puede representar no creo que sea necesario volver a insistir.

(30) Sobre ello, cfr. MIR PUIG, RJCat 1979, págs. 98-99; MUÑOZ CONDE-QUINTERO OLIVARES, *La reforma*, págs. 69 ss. HUERTA TOSILDO, *Adiós...*, pág. 5, discrepa de ellos, por entender que, en el fondo, permite una aplicación más amplia de lo que aquéllos entienden y el TS podría literalmente acogerlo para todos los casos de preterintencionalidad. Por ello, estima que el precepto es perturbador, creando más problemas de los que resuelve. Por mi parte, considero que el artículo 9, 4.º, en tanto se mantenga, debería poder jugar un papel en el seno de cada uno de los tipos de lesiones (dentro de cada número del art. 420, por ejemplo), para los casos en que, siempre dentro de cada tipo, el resultado lesivo es mayor de lo que el sujeto abarcó con el dolo. Ello, dejando aparte el tema, que merece discusión, de la atenuación para el dolo eventual de homicidio en estos casos de progresión delictiva.

de lesiones-homicidio. No, en cambio, desde la perspectiva jurisprudencial, según la cual la solución concursal sólo es la correcta en estas situaciones tras la supresión del art. 50 CP y la modificación del art. 1, 2º en la reciente reforma de nuestro Código penal. De admitir esto último habría que analizar si, en el caso concreto, la del concurso es ley más favorable y, en consecuencia, aplicable retroactivamente. El TS entiende que no. La razón es que, en su opinión, la aplicación del art. 71 CP (31) *podría dar lugar a penas más elevadas que los tres años resultantes por la vía de aplicar la circunstancia del art. 9, 4º como muy cualificada*. Sin embargo, con ello se contradice la doctrina en materia de retroactividad. Esta exige una comparación de penas *en concreto*, es decir, una vez estimadas las atenuantes y agravantes en presencia y ejercitado motivadamente el mayor o menor margen de arbitrio jurisprudencial (32). De producirse tal apreciación en concreto, existe una amplia posibilidad de que la solución concursal dé lugar a una pena más baja. En efecto, las lesiones dolosas del artículo 420, 4º tienen asignada la pena de arresto mayor (1 mes y 1 día a 6 meses) y el homicidio imprudente la de prisión menor (6 meses y 1 día a 6 años). Aun en el supuesto de que se aprecie alguna agravante en las lesiones, y ejercitada por el Tribunal la facultad del art. 565, 3º, es posible llegar a una pena inferior a la de 3 años impuesta. Pero que esto sea así no es lo decisivo. Lo verdaderamente importante es que, para negar la aplicación retroactiva, no basta con indicar que, dentro del margen de decisión del Tribunal se pueden imponer en el caso, según la nueva ley, penas más altas. Al contrario, se trata de ejercitar *motivadamente* esas facultades y, tras ello, determinar al final si la *pena concreta* resultante de la aplicación de la nueva ley a las circunstancias del caso es inferior o no a la anterior. De ahí que deba criticarse la conclusión del TS, que niega la aplicación retroactiva en base a que el ejercicio de su arbitrio en los marcos del art. 61, 4º y 565, 3º CP podría dar lugar a penas iguales o superiores a 3 años. Ello ha ocurrido ya en otras sentencias (33) y parece incorrecto: no se trata de si la pena podría ser, en el caso, superior según la nueva ley, sino de si, en concreto, lo es.

10. Por último, es preciso hacer breve referencia a los demás comportamientos que se producen en este caso y que podrían dar lugar a reacción penal. En primer lugar, puede valorarse positivamente la absolución del médico del «delito de imprudencia con resultado de muerte» por el que había sido procesado. Efectivamente, dejó de practicar la observación de los parámetros clínicos, operación que *ex ante* debe considerarse adecuada para descubrir posibles irregularidades, en concreto, hemorragias internas. Sin embargo, del análisis de las circunstancias del caso resulta que, aunque lo hubiera hecho, muy probablemente no se habría apreciado la hemorragia, dada su escasa entidad en aquellos momentos y la

(31) Que, en este caso, por ser menor la privación de libertad resultante, llevaría a considerar las penas por separado, en lugar de imponer la pena del delito más grave en su grado máximo.

(32) Cfr. JESCHECK, *Tratado I*, pág. 187; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, I*, Madrid 1981, pág. 223; CASABO RUIZ, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO-DEL TORO-CASABO, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona 1972, págs. 49 ss.

(33) Cfr. STS 28 febrero 1984, en materia de la antigua agravante de reiteración, así como la reforma de los arts. 10, 15º y 61, 2º CP.

ausencia de otros medios técnicos. En definitiva, se infringe la norma de cuidado (34), no realizando (por negligencia) una operación que *ex ante* aparecía como adecuada. Pero no es posible imputar el resultado a esta imprudencia, dado que, aunque se hubiese practicado dicha observación, con toda probabilidad no se habría podido descubrir la lesión y, en consecuencia, evitar el resultado (35). Por otro lado, hay que aplaudir la resolución de nuestro más alto Tribunal en el sentido de que se indague la posible existencia de bases de una responsabilidad penal en la conducta de los dirigentes del primer sanatorio. La presencia de un delito de omisión del deber de socorro es más que probable (36). Mucho más discutible es si omiten los familiares de la víctima un socorro debido. Dadas las infructuosas gestiones de los amigos por procurarle ayuda, puede dudarse de las reales posibilidades de una intervención por parte de la madre, por ejemplo, lo que llevaría a descartarlo.

---

(34) Evidentemente, no podemos entrar aquí en el tema de la posición de garante del médico. Cfr., sobre ello, BLEI, *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, en *Festschrift für H. Mayer*, Berlín 1966, págs. 119-143; STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, en el mismo *Festschrift*, págs. 145-164.

(35) Nos hallamos ante el tema de la imputación objetiva vinculado a una doble dificultad: la de tratarse de una *omisión* y, además, *imprudente*. Ello merecería, por sí solo, más de un comentario. Baste aquí una remisión al resumen de SCHÜNEMANN, JA 1975, págs. 582 ss.

(36) Sobre ello no podemos entrar aquí. Baste señalar que las limitaciones que RODRÍGUEZ MOURULLO establecía en este tipo de situaciones en base a la noción de «encuentro», no son ya válidas al reformarse el tenor legal. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid 1966, págs. 185 y ss, 189 y ss.

