

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

SOBRE EL TIPO SUBJETIVO DEL CONCURSO DE DELITOS

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 20 de abril de 1985

(Recurso n.º 1761-85: Ponente: Sr. Hijas)

SANTIAGO MIR PUIG

Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

I

1. El procesado, Miguel C., invidente total, sostuvo una discusión con Antonio S., invidente parcial, sobre la ocupación de un sitio determinado para vender el cupón de la O.N.C.E. Ambos se dirigieron insultos mutuos. El procesado, Miguel C., dijo al segundo que su madre era una puta. Medió entonces un tercero, Antonio del P., jubilado de 70 años que alegó que la madre del otro Antonio había sido siempre una mujer decente. También replicó el ofendido, llamando a su vez «hijo de puta» al procesado. Este trató de atacar al que le insultaba (Antonio S.) «y creyendo se trataba del mismo, se abalanzó contra el jubilado Antonio del P., que se encontraba entre ambos, tirándole al suelo y golpeándole, causándole así lesiones en la cabeza y piernas». Curaron éstas a los 15 días, durante los cuales necesitó el lesionado asistencia facultativa y estuvo impedido para dedicarse a cualquier trabajo. Quedó como secuela una incapacidad parcial permanente estimable en un veinticinco por ciento.

2. Tales hechos probados se condenaron por el Tribunal *a quo* como constitutivos de un delito de lesiones graves del artículo 420.3 del Código penal. Se impusieron la pena de un año de prisión, a la accesoria de suspensión y el pago de costas e indemnización civil de seiscientas treinta y dos mil pesetas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por el procesado.

II

El examen de los distintos motivos del recurso interpuesto lleva a la Sentencia que contemplamos a tomar posición en distintos temas capitales de la teoría del delito. El presente comentario se centrará fundamentalmente en uno de ellos, el de la **aberratio ictus**, que presenta en este caso una problemática especialmente interesante y abre las puertas a una cuestión no planteada en la doctrina: la del **tipo subjetivo del concurso de delitos**. No perderemos, no obstante, la ocasión de comentar brevemente otras declaraciones jurisprudenciales contenidas en la Sentencia.

1. Según esta Sentencia, existe un «error en el golpe» (*aberratio ictus*) en el caso enjuiciado por haber alcanzado a Antonio del P. el acometimiento y los golpes dirigidos a Antonio S. El Tribunal Supremo entiende que dicha «desviación del golpe» no elimina el dolo del delito de lesiones, con la siguiente argumentación:

«... es evidente que en el acto de agresión del recurrente, contra otra persona, con intimidación (sic) de dañarle, es claro que hay intención de herir, maltratar, «animus laedendi» que no se elimina por que el golpe recaiga en persona distinta de la que se desea agredir, porque el agente se representa el mal de una persona, sabe que el hecho es antijurídico y punible, lo quiere y lo efectúa. El que el mal recaiga en persona distinta de la propuesta no afecta al dolo, es, como dice la sentencia de instancia, un caso de error en el golpe, querido, deseado y buscado; es el caso clásico de error en la persona, tan ilícito, antijurídico y doloso como cuando se acierta en ella el golpe...»

El tratamiento que acoge la Sentencia para la *aberratio ictus* coincide, pues, con el que unánimemente se asigna al *error in persona*. Antes de entrar a valorar esta solución importa, no obstante, señalar la incorrección en que cae el fragmento citado cuando en su última oración confunde la *aberratio ictus* con el *error in persona*. Que un sector de la doctrina equipare el tratamiento de ambas figuras, no significa en absoluto que la *aberratio ictus* sea el *error in persona*, como afirma la Sentencia. No debería ser necesario recordar la diferencia entre las dos clases de error mencionadas: mientras que en la *aberratio ictus* existe una desviación **material** en el curso del ataque imaginado (en lugar de dar en A, al que se apuntaba, la bala da en B, que estaba a su lado), en el *error in persona* se alcanza la persona a la que se apuntaba, pero cuya **identidad** se confundió con la de la otra (se apuntó a A y se le alcanzó, pero A no resultó ser la persona que se suponía) (1).

Aunque, como decíamos, un sector doctrinal y el Tribunal Supremo se han manifestado en favor de considerar en ambos casos concurrente un (solo) delito doloso (2), la doctrina dominante se inclina

(1) Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 2.ª ed., 1985, pp. 214 y s.

(2) Así, en nuestro país, ANTÓN ONECA, Derecho Penal, Parte General, 1949, pp. 213 y s. Ver la STS 15 junio 1971. De «práctica unanimidad» de la jurisprudencia del TS en

cada vez más a distinguir el tratamiento de las dos formas de error mencionadas. La solución de considerar subsistente un delito doloso se considera adecuada para el *error in persona*, pero no para la *aberratio ictus*, en que habría que estimar **frustrado** el ataque pretendido y, en su caso, castigar como **imprudente** (si lo fue) la lesión efectivamente producida (3).

Todo depende de como se conciba la noción de «bien jurídico». Si se entiende como *valor abstracto* (como «la» vida o «la» salud, en abstracto), es lógico mantener la subsistencia del dolo en la *aberratio ictus*: aunque la muerte o la lesión corporal recaiga en persona distinta a la que se apuntaba, lo cierto es que se quería lesionar el valor vida o el valor salud y que ello se ha conseguido. Pero tal concepción abstracta del bien jurídico no parece satisfactoria en un Estado social y democrático de Derecho en que se trata de proteger las vidas *concretas* y la salud *concreta* de cada ciudadano, y no valores abstractos en sí mismos. Ninguna protección jurídico-penal merecería el «valor vida» ni el «valor salud», si no se encarnasen en la vida o en la salud de una persona real (4). Ahora bien, si el bien jurídico se vincula, como parece correcto, a un concreto *objeto empírico*, como la vida o la salud de una persona concreta, no parece posible considerar subsistente el dolo cuando el ataque no da en la persona que constituye el *objeto empírico* a que materialmente se dirigía. Es lo que ocurre en la *aberratio ictus*, que ha de determinar la apreciación de un delito frustrado respecto del ataque al objeto (persona) no alcanzado, en eventual concurso con un delito imprudente respecto al objeto lesionado (5).

2. No se trata aquí de profundizar este planteamiento, ni de proseguir el debate doctrinal en torno al tratamiento general de la *aberratio ictus*. Se trata de considerar la particular problemática que suscita la *aberratio ictus* en un caso como el enjuiciado por la Sentencia que comentamos, y que tal vez haga explicable en parte la confusión de *error in persona* y *aberratio ictus*, así como la extensión a ésta del tratamiento de aquél.

Es interesante, en efecto, que en el supuesto examinado cabe distinguir *dos momentos*, en el primero de los cuales existe una *aberratio ictus*, mientras que en el segundo de ellos se produce un *error in persona*. Veámoslo:

este sentido habla SILVA SÁNCHEZ, «*Aberratio ictus*» e imputación objetiva, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1984, p. 351, donde cita en esta línea las SSTs 30 abril 1896, 5 febrero 1897, 31 diciembre 1904, 22 junio 1963, 15 junio 1971, 5 diciembre 1974, 27 septiembre 1978, 22 enero 1979 y 19 octubre 1981. La STS 22 enero 1979 contempla un caso en cierto modo próximo al examinado en nuestro comentario: Un jugador de fútbol, fuera de sí por la marcha del partido, se dirige al arbitro y lanza su puño contra el rostro de éste, pero resulta alcanzado otro futbolista que se había interpuesto para tratar de impedir la agresión.

(3) Vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ, «*Aberratio ictus*» e imputación objetiva, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1984, p. 350.

(4) Cfr. MIR PUIG, Objeto del delito, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, t. XVII, p. 766.

(5) Cfr. MIR PUIG, Derecho Penal, cit., p. 216. De acuerdo se manifiesta SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1984, cit., p. 371.

a) Cuando se siente insultado por A. S., Miguel C. dirige su agresión física al mismo, pero el acometimiento recae sobre el tercero interpuesto entre aquéllos dos, a causa de la ceguera del agresor. Este primer ataque, que tal vez determinó ya que cayese al suelo el afectado, pudo constituir —como afirma la Sentencia— una *aberratio ictus* o «error en el golpe» (expresiones sinónimas). Ello supone que el agresor no confundió previamente la identidad de su víctima, pues si así fuera y hubiera tomado al sujeto interpuesto por aquél que le había insultado, concurriría un *error in persona* (así, por ejemplo, si antes de empujarle le hubiese identificado erróneamente mediante el tacto o por creer que el que estaba ante él era el que le había ofendido). Pero descartemos esta otra posibilidad, que haría evidente la presencia en el caso de un solo delito doloso de lesiones y que privaría de mayor interés al comentario de este caso. Admitamos que efectivamente se produjo un «error en el golpe», como entiende la Sentencia, y que si el acometimiento recayó en el tercero no fue porque se dirigiese físicamente a él, sino porque, al abalanzarse sobre A. S., el primer golpe o empujón recae en una persona interpuesta a la que no se había visto y cuya presencia entre los dos contendientes no se había advertido.

b) Es innegable, en cambio, que tras el primer golpe el agresor creyó haber alcanzado a A. S., razón por la cual siguió golpeando al jubilado. *A partir del segundo golpe* el agresor confunde la identidad de la víctima y dirige físicamente a ella su ataque. Desde ese momento concurre un *error in persona*.

3. Pero, si existió primero una *aberratio ictus* y luego un *error in persona*, y si se admite el tratamiento diferenciado de ambas figuras, ¿es correcta la solución del Tribunal Supremo de estimar un (único) delito doloso de lesiones? Aparentemente, no; mas un análisis más profundo puede conducir a la misma solución, por una vía argumental bien distinta de la seguida (incorrectamente) por la Sentencia analizada.

La aplicación de los principios usuales en esta materia llevaría a afirmar la presencia de un concurso de lesiones frustradas (las dirigidas materialmente a A. S.) y lesiones consumadas dolosas (las ocasionadas por los golpes efectuados a partir del momento en que se cree haber identificado a A. S., lesiones que absorben al primer acometimiento imprudente motivado por la originaria desviación del golpe). Las lesiones frustradas deberían apreciarse por la *aberratio ictus* inicial; las lesiones consumadas dolosas, por haberse producido a partir de un momento en que sólo existe un *error in persona* irrelevante. El concurso de delitos ha de considerarse *real* (artículos 69 y 70 CP). ¿No parece excesivo este tratamiento? ¿No parece más ajustada al sentido común la solución del Tribunal Supremo?

Para evitar las ambigüedades y oscuridades de los hechos propios del caso que examinamos, puede ser conveniente imaginar otro supuesto que encierre la misma estructura y al que podamos trasladar la pregunta que acabamos de formular. Piénsese en el ejemplo siguiente:

A dispara sobre B, parcialmente visible tras unos matorrales, pero la bala da en C, al que A no ve por estar (C) oculto junto a B; éste simula caer herido, queda oculto y aprovecha para esconderse en otro lugar; entretanto A oye los quejidos de C y, creyendo que era B, vuelve a disparar para rematarle, lo que consigue.

También en este supuesto se da la estructura de concurrencia de una *aberratio ictus* inicial y un *error in persona* posterior: lo mismo que sucede en nuestro caso. **Objetivamente** es innegable que el autor ha puesto en concreto peligro a una persona y ha lesionado a otra distinta, por lo que desde este punto de vista habría base para un concurso de delitos. Pero **subjectivamente** el autor cree durante todo el tiempo estar atacando a la misma persona, de suerte que el segundo disparo (como los golpes ulteriores en nuestro caso) lo efectúa para consumir (o completar, en nuestro caso) la agresión a una misma persona. El sujeto *desconoce*, por tanto, *la situación de concurso de delitos*; la situación que él cree concurrente constituiría una *unidad de hecho*, en la que el disparo posterior sería continuación del ataque iniciado con el primero (supuesto denominado de «realización progresiva del tipo») (6), y en que se daría una situación de *concurso de leyes* a resolver según el principio de subsidiariedad, que desplazaría la posible calificación de frustración, absorbida por la posterior consumación (7).

El problema que se plantea en casos como los contemplados es si basta la concurrencia *objetiva* de una situación de concurso de delitos para que éste pueda apreciarse, o si el principio de culpabilidad (en sentido amplio) exige para ello que el sujeto *conozca* dicha situación concursal. No se trata de plantear aquí la posible concurrencia de un error de subsunción, que existiría cuando el sujeto conocedor de la situación fáctica creyese erróneamente que no constituye según el Derecho un concurso de delitos. Aquí suponemos que el sujeto desconoce la propia situación fáctica y supone erróneamente otra que, de concurrir, efectivamente daría lugar a un concurso de delitos. La tesis que quiero proponer es que *en este caso no cabe apreciar un concurso de delitos por no ser éste imputable subjectivamente según exige el principio de culpabilidad en sentido amplio* (8).

Es cierto que en el caso enjuiciado por la Sentencia que comentamos —como el otro que hemos imaginado— es imputable subjectivamente al sujeto tanto la frustración inicial como la consumación pos-

(6) Cfr. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, trad. y Adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, pp. 998 y s.; CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código penal, II, pp. 316 y s.; STRATENWERTH, Derecho Penal, Parte General, I, trad. de Romero, 1982, número 1212 y ss.; MIR PUIG, Derecho Penal, cit., p. 593.

(7) Cfr., por todos, JESCHECK, Tratado, cit., p. 1037; MIR PUIG, Derecho Penal, cit., p. 607. En este sentido también SANZ MORÁN, El concurso de delitos, Aspectos de política legislativa, 1986, p. 124 (no parece, en cambio, compartir la admisión de una unidad de hecho: cfr. *op. cit.*, p. 130, nota 65).

(8) Sobre este sentido amplio del principio de culpabilidad, distinto del que se atribuye a la culpabilidad como elemento del delito, cfr. MIR PUIG, Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena, en El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, 1985, p. 366.

terior, si se contemplan *separadamente*. Pero, como el sujeto cree que ambas recaen sobre la misma persona, al consumir el hecho cree estar sólo completando su ejecución y no atacando un bien jurídico distinto. El ataque a dos bienes jurídicos distintos que objetivamente concurre no es imputable subjetivamente.

Podría formularse lo anterior proponiendo distinguir entre el tipo de un delito y el **tipo del concurso de delitos**. Este requiere no sólo dos o más hechos que separadamente constituirían delito, sino además que puedan estimarse *conjuntamente* como varios delitos. Una frustración y una consumación *dolosa*, aunque separadamente puedan constituir delitos distintos, no darán lugar al tipo del concurso de delitos si se refieren a una misma víctima y se producen en una misma situación, mientras que sí originarán la parte objetiva de dicho tipo de concurso siempre que se refieran a personas distintas. Del mismo modo, faltará la parte subjetiva del tipo de concurso de delitos aunque el sujeto haya efectuado dolosamente un primer ataque frustrado seguido de un posterior delito consumado, si cree que ambos se refieren a una misma víctima.

La parte subjetiva del tipo de concurso de delitos puede requerir, pues, algo más que la suma de dos hechos dolosos aisladamente considerados: requiere el conocimiento de aquellos datos situacionales que permiten apreciar *conjuntamente* dos o más delitos; por ejemplo, el conocimiento de que son *distintas las víctimas* de un primer ataque frustrado y la posterior consumación.

No es posible, por lo demás, imputar el concurso de delitos dolosos a título de imprudencia. Ni el artículo 565 del Código penal ni ningún otro prevén esta posibilidad.

4. **En conclusión**, aunque objetivamente existiese la situación objetiva de concurso de delitos en el caso que comentamos (concurso de lesiones frustradas de A. S. y dolosas consumadas de A. del P.) —cosa que hemos admitido según la interpretación de los hechos efectuada en la Sentencia—, dicha situación objetiva de concurso no sería imputable subjetivamente por desconocer el autor que dirigía su agresión a dos personas distintas. Si se admite la presencia de una *aberratio ictus* inicial que da lugar a unas lesiones frustradas y de un *error in persona* posterior que no impide el carácter doloso de las lesiones ulteriores, se dará, en efecto, la base objetiva de un concurso de delitos, pero **faltará la parte subjetiva del tipo del concurso**, que exigiría el conocimiento de que se atacaba a dos personas distintas: el procesado creía atacar en todo momento a una misma persona. Como el principio de culpabilidad impide imputar a alguien lo que no conoce o puede prever, y como hay que descartar la imputación imprudente de un concurso de delitos dolosos, la conclusión es que *no cabe imputar un concurso de delitos a Miguel C. Es correcta, pues, la apreciación de un único delito doloso de lesiones.*

III

La Sentencia comentada contiene diversas declaraciones acerca de otros puntos importantes de la teoría del delito. Me limitaré aquí a referirme brevemente a algunas de ellas.

1. Empieza la Sentencia interpretando el concepto de **dolo** a que se refiere la redacción del artículo 1 del Código penal desde su reforma de 1983:

«Para que este dolo se manifieste es preciso, en *primer lugar*, la *voluntariedad de la acción*, equivalente a la presencia de *malicia* que abarque intelectualmente el *conocimiento del hecho* y, en segundo lugar, su *significación antijurídica*, esto es, en definitiva, *conciencia de la ilicitud y querer el resultado*, representado con anticipación, conocimiento y voluntad, gráficamente descrito en la Sentencia de 24 de febrero de 1962 como dañada (*sic*) voluntad de hacer lo que la Ley prohíbe o manda (*sic*) bajo sanción penal, maliciosa y consciente de producir un resultado dañoso o punible».

Sólo quiero destacar rápidamente que esta caracterización del dolo supone:

a) la admisión del concepto clásico de *dolus malus*, que, a diferencia del llamado «dolo natural» introducido por el finalismo, requiere como elemento integrante el conocimiento de la antijuricidad;

b) la consecuencia de que el error de prohibición excluye el dolo y, por lo tanto, el carácter «doloso» del hecho;

c) que, puesto que según el artículo 1 del Código penal los delitos y faltas sólo pueden ser dolosos o culposos, el error de prohibición convertirá en «culposo» al hecho;

d) que no se considera que la Reforma de 1983 y la introducción del artículo 6 bis a) deban suponer un abandono de la anterior concepción jurisprudencial del dolo y de su relación con el conocimiento de la antijuricidad.

2. Es interesante también otro Considerando de la Sentencia que rechaza que dé lugar a **legítima defensa** el insulto que había dirigido Antonio S. al recurrente. Razona la Sentencia: «...la agresión verbal contra el honor y los derechos de Antonio S., partió, según los hechos probados, del recurrente Miguel C., con el insulto de hijo de puta. Por tanto, cuando S. responde con el mismo epíteto deshonrante, hay una previa agresión verbal de C., a quien se le responde con «*animus retorquendi*» lo que, a semejanza de la riña mutuamente aceptada, elimina el requisito fundamental de toda defensa legítima que es la agresión ilegítima».

Importa resaltar que viene con ello a sostenerse que el *animus retorquendi*, es decir, el ánimo de replicar a una ofensa con otra ofensa, priva a ésta del carácter de agresión ilegítima. El que primero insulta no puede, según esto, defenderse de la injuria con que se le contesta, y no sólo porque falte el requisito tercero del artículo 8.4, de falta de provocación suficiente por parte del defensor, sino por falta de agresión ilegítima. Ello conlleva dos consecuencias.

La primera es que no cabrá apreciar ni la legítima defensa comple-

ta ni la eximente incompleta correspondiente (artículo 9.1 del Código penal, en relación con el artículo 8.4 del mismo Código). Como es sabido, la agresión ilegítima es requisito fundamental de la eximente, sin cuya concurrencia falta toda base para apreciar ninguna forma incompleta de legítima defensa. La situación sería distinta, según la interpretación dominante, si se estimase que en los caos de retorsión no cabe la eximente por la *provocación* previa procedente del defensor; éste último se considera un requisito no fundamental de la legítima defensa, cuya ausencia no impide la estimación de ésta en forma incompleta (9).

Una segunda consecuencia del planteamiento de la Sentencia es que parecen reputarse *legítimas* las ofensas efectuadas con ánimo de retorsión. Así se desprende de que las mismas no se consideren constitutivas de agresión *ilegítima*. Parece evidente que contestar insultando a la madre del que primero injurió no podría justificarse por la vía de la legítima defensa, pues no es una forma de defensa necesaria. Sin embargo, tal vez quepa ver en las réplicas de tal naturaleza hechos que, por su contexto y por las valoraciones sociales usuales, no son del todo «socialmente adecuados» pero sí «insignificantes». La aplicación del *principio de insignificancia* (10) permitiría excluir la tipicidad de tales ofensas con *animus retorquendi* —salvo, claro está, que dejen de ser *usuales* y, por tanto, «insignificantes». Un principio dogmático como éste puede ofrecer un fundamento razonable a decisiones jurisprudenciales como la analizada, basadas en una intuición jurídica que es preciso apoyar en algo más que el sentido común.

(9) Cfr., por ejemplo, CÓRDOBA RODA, Comentarios, cit., I, p. 253; MAGALDI, La legítima defensa en la jurisprudencia española, 1976, pp. 149 y ss.; LUZÓN PEÑA, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Comentarios a la legislación penal (Dtor. Cobo del Rosal), t. V, vol. 1.º, 1985, p. 263.

(10) Sobre este principio *vid.* OSTENDORF, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, en «Goltdammer's Archiv», 1982, pp. 332 y ss.; MIR PUIG, Derecho Penal, cit., p. 461.