

Universitat de Barcelona

Facultad de Derecho

DICTAMEN

TRABAJO FINAL DE GRADO

Laia López Chicote

NIUB: 16268372

Grado de Derecho. Trabajo Final de Grado

Derecho Penal. Teoría del Delito

Tutora: Dra. Ujala Joshi Jubert

Curso 2014-2015. 2º semestre

SUMARIO

1. HECHOS	3
2. ENUMERACIÓN DE LAS CUESTIONES OBJETO DEL DICTAMEN.....	4
3. METODOLOGÍA.....	5
4. ESTUDIO DE LA PRIMERA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. PRIMERA CONCLUSIÓN INTERMEDIA	10
5. ESTUDIO DE LA SEGUNDA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. SEGUNDA CONCLUSIÓN INTERMEDIA.....	32
6. ESTUDIO DE LA TERCERA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. TERCERA CONCLUSIÓN INTERMEDIA	40
7. ESTUDIO DE LA CUARTA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. CUARTA CONCLUSIÓN INTERMEDIA	43
8. CONCLUSIONES FINALES.....	48
9. RELACIÓN DE LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFÍA.....	51
9.1. Legislación.....	51
9.2. Jurisprudencia	51
9.3. Bibliografía.....	52

1. HECHOS

1.- En hora no exactamente precisada, pero sobre las 22'00 del día 14/05/2006, en la localidad de Alcolea del Río (término de Lora del Río), día de celebración de una romería y ya viniendo los asistentes de recogida habiendo consumido todos en mayor o menor medida alcohol, se produjo un enfrentamiento por causa indeterminada entre Florencio y Eduardo, quien en un momento determinado golpeó a Florencio con una fusta que llevaba.

2.- Desencadenada la disputa, se unieron a ella personas allegadas a Eduardo, entre otras, su hermano Cipriano, y empleando tanto uno como otro hermano armas blancas –navajas y cuchillos–, acometieron a Florencio al que llegaron alcanzar en diversas acometidas.

3.- Algunos conocidos de Florencio, ya herido y sangrando, consiguieron retirarlo del lugar. Sin embargo, cuando habían recorrido entre unos 50 o 100 metros, Florencio, cogiendo un palo que halló en el suelo, se acercó en solitario hacia el grupo de la familia Cipriano Eduardo con quienes se enfrentó, produciéndose un nuevo altercado con Eduardo, Cipriano, y otras personas en número que no se puede concretar, en el curso del cual Florencio consiguió golpear en la cabeza a Eduardo con el palo que llevaba, siendo a su vez Florencio golpeado por los otros contendientes, y entre ellos los hermanos Cipriano Eduardo, hasta hacerle caer para una vez en el suelo, uno de los acusados, en presencia y con consentimiento del otro, con una azada pequeña o «zoleta» de la que se habían hecho, propinar un golpe en la cabeza a Florencio que lo dejó inconsciente, dándose ambos a la fuga de inmediato llevándose con ellos la herramienta empleada.

4.- A consecuencia de los sucesos, Florencio sufrió heridas superficiales toraco abdominales, neumotórax izquierdo, herida inciso contusa con aplastamiento de la bóveda craneal, y contusiones hemorrágicas frontoparietales y hemorragia subaracnoidea traumática. Estas lesiones sanaron en 140 días, 8 de los cuales fueron de ingreso hospitalario, y 120 de impedimento para sus ocupaciones, precisando el que se le practicase una esquirlectomía y reposición de fragmentos de fractura con drenaje subcutáneo craneal. Necesitó

de respiración asistida, se le practicaron curas locales de heridas y tomó fármacos para alivio de síntomas. A resultas de las lesiones, tuvo pérdida de sustancia ósea aunque no precisó de craneoplastia, resultó con un síndrome postconmocional y le han quedado cinco cicatrices, una de 5 cm. en abdomen, lineal, transversal y levemente sobre elevada; otra en zona costal izquierda de 3 cm. lineal, transversal, hiperocrómica y levemente sobre elevada; otra cicatriz lineal costal izquierda hasta la espalda de 29 cm., hiperocrómica y levemente sobre elevada, y una cicatriz de 8 cm. en forma de zigzag en zona parietal izquierda con hundimiento craneal y en la que no le crece ya el pelo, siendo la fractura craneal apta para haberle podido provocar la muerte.

5.- Eduardo, que padece un leve déficit intelectual, que le priva parcialmente de la capacidad de entender la maldad o bondad de actos elementales y de prever sus consecuencias, resultó con una herida de 7 cm. en cuero cabelludo que precisó sutura y una laceración en hombro y brazo izquierdo.

2. ENUMERACIÓN DE LAS CUESTIONES OBJETO DEL DICTAMEN

En relación con los hechos expuestos, se plantean las siguientes cuestiones que serán objeto del dictamen:

Primera cuestión.- Análisis de la conducta de Eduardo desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal.

Segunda cuestión.- Relación entre la conducta de Eduardo y Cipriano.

Tercera cuestión.- Análisis de la conducta de Cipriano desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal.

Cuarta cuestión.- Análisis de la conducta de Florencio desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal.

3. METODOLOGÍA

El presente dictamen propone una solución al caso planteado, cuyos hechos probados han sido ya expuestos en el primer apartado de este trabajo.

Cabe puntualizar que la resolución del caso se ha realizado desde el punto de vista de la Parte General del Derecho penal, parte referida a cuestiones comunes a todas o múltiples figuras delictivas.¹

Para la resolución de este dictamen se ha seguido la teoría del delito. De acuerdo a Santiago Mir, «la teoría del delito constituye una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste».² Así, la teoría del delito, tiene como objetivos la sistematización y organización de los conceptos y principios comunes a todos los delitos a partir de la interpretación de los preceptos contenidos en el Título Preliminar y el Libro Primero del Código penal. Como señalan Muñoz Conde y García Arán, se trata de «un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito».³

Si bien el Derecho positivo fija un marco que la ciencia jurídico-penal no puede sobrepasar, sí que es posible un cierto margen de libertad a la doctrina dentro de esos límites.⁴ A lo largo de la historia se han ido elaborando distintas teorías del delito. Desde las teorías de la imputación, o más modernamente, desde las teorías causalistas del delito; pasando por el neokantismo, y posteriormente las teorías finalistas del delito; hasta llegar a las actuales concepciones funcionales. Así, la teoría del delito es el resultado de una evolución que ha ido recogiendo las exigencias que la concepción del Estado dominante en nuestro ámbito cultural impone al Derecho Penal.⁵

¹ Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal: parte general*, p. 19.

² Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 135-136.

³ Francisco MUÑOZ CONDE, Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: parte general*. 8ª ed., p. 206-207.

⁴ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 136

⁵ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 138.

En consecuencia, según Santiago Mir, el entendimiento del Derecho penal de un Estado *social* como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, implica atribuir a las normas que castigan con una pena el delito (normas secundarias) la función de crear expectativas que motiven en contra de la comisión de delitos. A su vez, la función de prevención que corresponde al Derecho penal de un Estado *democrático y de Derecho* debe estar sujeta a los límites impuestos por el principio de legalidad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de culpabilidad y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.⁶

La teoría del delito es, pues, un método que debe seguirse para averiguar si un determinado comportamiento y/o resultado son constitutivos de delito.⁷ Partiremos de una teoría del delito bipartita, dividida en dos apartados o categorías:

a) la **antijuricidad penal**, categoría del delito que sirve para analizar si se ha cometido un hecho prohibido por la norma penal; realizando un juicio y valoración sobre el hecho realizado desde la perspectiva formal y la material. Para que el hecho sea penalmente antijurídico deben concurrir los siguientes cuatro elementos en el siguiente orden: 1º) comportamiento; 2º) tipicidad; 3º) ausencia de causas de justificación; 4º) relación de autoría.

b) la **responsabilidad personal de carácter penal**, categoría del delito que tiene como finalidad realizar un juicio sobre las condiciones en que el autor ha cometido el hecho antijurídico; con el objetivo de analizar si lo ha cometido en condiciones de igualdad respecto de las demás personas, y puede ser por tanto considerado penal y personalmente responsable. En esta categoría deben analizarse los siguientes tres elementos: 1º) el conocimiento de la antijuricidad; 2º) la exigibilidad de la conducta adecuada a derecho; 3º) la imputabilidad.

De acuerdo a esta teoría escalonada del delito, ambas categorías, así como los conceptos que las integran, se encuentran subordinados y ordenados de forma

⁶ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 137-138.

⁷ Ujala JOSHI JUBERT, *Protocolo para la resolución de casos penales*.

escalonada, de tal manera que si no concurre el primero de ellos ya no se puede continuar con el análisis de los demás.

En relación a los aspectos formales de este dictamen, se han seguido los *Criterios formales para la presentación escrita del trabajo de fin de grado en los grados de la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona*.⁸ Éstos contienen las pautas a seguir para la elaboración del trabajo de fin de grado, en relación a las partes que debe contener el trabajo, las normas de presentación escrita, y los criterios de citación bibliográfica y de citación de las fuentes jurídicas.

La redacción del dictamen ha seguido el siguiente proceso de elaboración. En primer lugar, se realizó una primera lectura de los hechos. A continuación, se concretaron las conductas a analizar, estableciéndose el orden de las cuestiones que serían tratadas. A partir de ahí, se ha realizado el análisis de cada una de las conductas de acuerdo a la teoría del delito, y se ha estudiado la relación entre las distintas conductas. Para la resolución de cada aspecto concreto del caso se ha acudido tanto al Código penal como a las diferentes teorías doctrinales y jurisprudenciales, en aras a plantear las diferentes opciones de solución posibles y escoger la que se ha considerado la mejor opción posible.

En cuanto a la estructura de este dictamen, expuestos ya en los apartados anteriores los hechos del caso y enumeradas las cuatro cuestiones que son objeto del dictamen, en los apartados siguientes se entra ya en el estudio de cada una de estas cuestiones por separado; análisis que conduce a la exposición de cuatro conclusiones intermedias. Cada una de estas cuestiones trata la conducta de uno de los sujetos del caso, o versa sobre un aspecto concreto del análisis que se ha considerado suficientemente relevante como para ser tratado por separado.

⁸ *Criterios formales para la presentación escrita del trabajo de fin de grado en los grados de la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona*.

Los elementos y los procedimientos generales que deben cumplir los trabajos de fin de grado vienen fijados por las normas reguladoras del trabajo de fin de grado en la Universidad de Barcelona, la Normativa sobre el trabajo de fin de grado en las enseñanzas de la Facultad de Derecho, el Protocolo académico y docente de los grados de la Facultad de Derecho, y las rúbricas orientativas para la evaluación de los TFG y TFM de los títulos de la Facultad de Derecho aprobadas por la Comisión Académica de 2 de marzo de 2015.

1. **Primera cuestión:** análisis de la conducta de Eduardo desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal. En esta primera cuestión se analiza la conducta de Eduardo desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal. La conducta de Eduardo es la primera en ser analizada por su cercanía, junto con la conducta de su hermano Cipriano, a la mayor puesta en peligro y lesión de un bien jurídico producida— la vida y la integridad física de Florencio—; por ser la que mayor complejidad entraña dado el déficit intelectual que éste padece; y porque su análisis lleva a plantearnos la relación de autoría entre su conducta y la de su hermano Cipriano.

Así, siguiendo la teoría del delito, en esta primera cuestión se estudia la antijuricidad y la responsabilidad personal de la conducta de Eduardo, haciendo especial incidencia en aquellos aspectos de mayor interés para este dictamen. Es decir, dentro del estudio de la antijuricidad, se estudia en mayor medida la tipicidad, la posibilidad de legítima defensa como causa de justificación en el contexto de una riña, y la relación de autoría, si bien ésta última es tratada con mayor profundidad en la *Segunda cuestión* de este dictamen. En cuanto a la responsabilidad personal, si bien se estudian todos los elementos que la conforman, se hace un especial énfasis en el análisis de la imputabilidad, al padecer Eduardo un leve déficit intelectual que le priva parcialmente de la capacidad de entender la maldad o bondad de actos elementales y de prever sus consecuencias.

2. **Segunda cuestión:** relación entre la conducta de Eduardo y Cipriano. La relación de autoría entre las conductas de ambos hermanos es la cuestión clave en este dictamen por ser el aspecto más complejo del caso y el que puede llevar a un mayor debate. Por ello, las diferentes teorías doctrinales y jurisprudenciales alrededor de la relación de coautoría serán analizadas en este dictamen con el objetivo de ofrecer una solución a la cuestión planteada.

3. **Tercera cuestión:** análisis de la conducta de Cipriano desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal. Tras haber analizado en las dos primeras cuestiones la antijuricidad de los hechos y la relación de coautoría entre ambos hermanos, el estudio de la conducta de Cipriano se centra en su responsabilidad personal.

4. **Cuarta cuestión:** análisis de la conducta de Florencio desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal. Siguiendo asimismo la teoría del delito, se estudia la antijuricidad y la responsabilidad personal de la conducta de Florencio, poniendo un mayor énfasis en el análisis de la tipicidad, la posible concurrencia de causas de justificación y la imputabilidad.

Una vez analizadas estas cuatro cuestiones, que incluyen las oportunas conclusiones intermedias, se exponen las **conclusiones finales** del dictamen.

Finalmente, se incluye una **relación de la legislación, jurisprudencia y bibliografía** utilizada para la elaboración de este dictamen. Tanto la citación bibliográfica como la relación bibliográfica se han realizado de acuerdo a los *Criterios formales* establecidos por la Universitat de Barcelona anteriormente mencionados.⁹

Para la citación bibliográfica se ha seguido el sistema de citación continental por ser, junto con el sistema anglosajón, uno de los estilos de citación empleados en el Grado de Derecho. El sistema continental es un modelo de citación-nota en el que cada citación va acompañada de una nota a pie de página. De esta manera, las notas son un instrumento de referencia bibliográfica.¹⁰

La relación bibliográfica se ha dividido en tres listados para facilitar su lectura y mejorar su utilidad; elaborándose una lista legislativa, una lista jurisprudencial y una lista bibliográfica. En base a los *Criterios formales*, la jurisprudencia utilizada ha sido ordenada de mayor a menor rango de los órganos que la han emitido y, a igualdad de rango, por orden cronológico. La relación bibliográfica ha sido ordenada en una única lista y por orden alfabético de los apellidos del autor o entidad. Dentro de esta lista bibliográfica se han incluido los manuales y monografías empleados para la redacción del dictamen.

⁹ Véase nota 8.

¹⁰ Por contra, en el sistema anglosajón o Harvard, también llamado modelo autor-fecha, las citas bibliográficas van entre paréntesis dentro del texto. Las notas a pie de página de referencia bibliográfica se suprimen y se mantienen sólo las notas aclaratorias, de ampliación, etc. Más información en *Criteris de la Universitat de Barcelona (CUB)*. Barcelona: Universitat de Barcelona. Serveis Lingüístics. [Base de datos]. <<http://www.ub.edu/criteris-cub>> [Consulta: 14 junio 2015].

4. ESTUDIO DE LA PRIMERA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. PRIMERA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

Análisis de la conducta de Eduardo desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal

De acuerdo a los hechos probados. Tras desencadenarse la disputa entre Eduardo y Florencio, Eduardo y su hermano Cipriano acometen a Florencio con armas blancas – navajas y cuchillos–, a resultas de lo cual Florencio es herido. Tras ser apartado del lugar por unos conocidos, Florencio vuelve donde están los hermanos Eduardo y Cipriano y se desencadena un nuevo altercado. Durante esta nueva disputa, Florencio es golpeado hasta caer al suelo, momento en el cual uno de los hermanos, en presencia y con consentimiento del otro, propina un golpe en la cabeza a Florencio con una azada pequeña o «zoleta» de la que se habían hecho. Dejando a Florencio inconsciente, ambos hermanos se dan a la fuga.

Por consiguiente, las conductas a analizar son, en primer lugar, acometer a Florencio con armas blancas y, en segundo lugar, propinarle un golpe en la cabeza con una azada pequeña.

Siguiendo la teoría del delito, primero analizaremos la antijuricidad. El primer elemento de la antijuricidad es el comportamiento. Hay que comprobar si hay un comportamiento humano en el momento de la lesión del bien jurídico. Si existe un comportamiento humano relevante, si hay voluntariedad. Faltará el comportamiento humano cuando un sujeto carezca de forma absoluta de alternativa de acción. Para ello hemos de mirar si concurre alguno de los tres supuestos de ausencia de acción por falta de voluntariedad: fuerza irresistible, movimientos reflejos o inconsciencia.¹¹ En este caso, no encontramos que concorra ninguno de los tres. En consecuencia, la conducta de acometer a Florencio con armas blancas, y posteriormente propinarle un golpe en la

¹¹ La fuerza irresistible es la fuerza exterior y física que se ejerce sobre una persona o cosa de tal forma que elimina su capacidad de decisión. Los movimientos reflejos son aquellas actuaciones de las personas transmitidas a los centros motores sin que intervenga la voluntad. La inconsciencia se refiere al sueño, la hipnosis, la embriaguez letárgica, el estado comatoso, o el sonambulismo, entre otros.

cabeza con una azada constituye un comportamiento voluntario. Dado que hay comportamiento humano, debe proseguirse con el análisis.

El segundo elemento a analizar de la antijuricidad es la tipicidad. Los hermanos en un primer altercado hieren a Florencio utilizando armas blancas, y, cuando Florencio vuelve, le golpean hasta hacerle caer al suelo y le propinan un golpe en la cabeza con una azada pequeña. Por consiguiente, analizaremos por un lado las lesiones realizadas con armas blancas en un primer momento, y a continuación la tentativa de homicidio posterior por el golpe propinado a Florencio en la cabeza; apto, según los hechos probados, para haberle provocado la muerte.

Analizaremos en primer lugar la tipicidad de la primera conducta, que puede ser constitutiva de un delito de lesiones.

Es un tipo de comisión, doloso, consumado, de resultado. Empezaremos por la parte objetiva. En primer lugar, debe hacerse un análisis de la conducta típica, es decir, analizar si el acometer a Florencio con armas blancas ha creado un riesgo típicamente relevante para la integridad física de Florencio. El baremo que debe utilizarse es ex ante, con todos los conocimientos, ciencia y experiencia de la persona normativa ideal. La conducta no será típica cuando concorra alguna de las siguientes causas de exclusión: adecuación social, riesgo permitido, riesgo insignificante o consentimiento.¹² En este caso no concurre ninguna de las causas de exclusión del riesgo típicamente relevante.

Pasaremos a analizar, en segundo lugar, la imputación objetiva del resultado. Es decir, debemos analizar si el resultado puede ser atribuido a la conducta. Lo analizaremos con un baremo ex post, con todos los conocimientos, ciencia y experiencia de la persona normativa ideal. En primer lugar, analizaremos si existe relación de causalidad. Siguiendo la teoría de la equivalencia de las

¹² El riesgo insignificante concurre cuando el comportamiento casi no pone en peligro el bien jurídico protegido. El riesgo permitido concurre cuando el comportamiento, a pesar de crear un riesgo para bienes jurídicos protegidos, por razones diversas está permitido, siempre y cuando se realice con diligencia. La adecuación social concurre cuando el comportamiento, a pesar de realizar formalmente el tipo, está admitido o tolerado por la sociedad. En algunos supuestos, en relación a bienes jurídicos disponibles, el consentimiento también supondrá una causa de exclusión del riesgo típicamente relevante.

condiciones, de acuerdo con la cual cualquier condición del resultado es causa de éste, existe relación de causalidad. En segundo lugar, comprobaremos si hay relación de riesgo. Existe relación de riesgo porque el resultado entra dentro del ámbito de protección de la norma infringida. El resultado producido son las lesiones sufridas por Florencio por arma blanca, a quien retiran del lugar ya herido y sangrando. La norma prohibida es «prohibido herir con arma blanca». El resultado producido, por lo tanto, es de los que la norma quería evitar. Hay relación de riesgo; hay relación de congruencia entre resultado y conducta. Es posible imputar el resultado a la conducta.

Analizada la parte objetiva, pasaremos a analizar la parte subjetiva. Es decir, analizar si el sujeto conoce la parte objetiva del tipo. El baremo que se utiliza es uno ex ante, desde la posición del autor, con todos los conocimientos, ciencia y experiencia del autor, valorado por la persona normativa ideal. Cabe averiguar si Eduardo actuó con dolo o imprudencia. Actuó con dolo puesto que cuando acometió a Florencio con armas blancas conocía que estaba realizando la acción descrita por el tipo de lesiones y que estaba poniendo en peligro la integridad física de Florencio. En concreto, se trata de un **dolo de primer grado** porque Eduardo conocía que estaba realizando la acción prohibida, y perseguía su ejecución y el resultado de lesiones.¹³ **Cuando Eduardo acomete a Florencio con un arma blanca lo hace con la intención de lesionarlo.** Además, no concurre error de tipo (artículo 14.1 CP), es decir, no existe desconocimiento de los elementos objetivos del tipo.¹⁴

En consecuencia, concurren los elementos de la parte objetiva y subjetiva del delito de lesiones.

¹³ Por el contrario, en el *dolo directo de segundo grado*, el autor no busca la realización del delito, pero sabe y advierte como seguro, o casi seguro, que su actuación dará lugar al delito. El delito es una consecuencia inevitable. En el *dolo eventual*, el delito se aparece al autor como un resultado posible.

¹⁴ El error de tipo puede ser vencible o invencible (artículo 14.1 CP). El error de tipo es vencible cuando, atendidas las circunstancias del caso y las personales del autor, cualquier persona en su situación hubiera advertido el error y lo hubiera evitado. Puede castigarse como delito imprudente si así está previsto en la Parte Especial del Código penal. El error de tipo es invencible cuando, atendidas las circunstancias del caso y las personales del autor, cualquier persona en su situación hubiera incurrido en el desconocimiento. El error de tipo invencible excluye la responsabilidad penal.

A continuación analizaremos la tipicidad de la conducta llevada a cabo en el segundo altercado, el golpe en la cabeza a Florencio, que puede ser constitutiva de un delito de tentativa de homicidio.

Se trata de un tipo de comisión, doloso, de imperfecta ejecución, de resultado. Comprobamos en primer lugar que efectivamente se trate de una tentativa. De acuerdo al artículo 16 del Código penal, concurre tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, pero éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Cabe diferenciar la tentativa de los actos preparatorios. Los actos preparatorios –la conspiración, la proposición y la provocación- presuponen que la ejecución del hecho típico pretendido todavía no ha empezado. Cuando el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la tentativa.¹⁵

En este caso nos encontramos, pues, ante una tentativa, y en concreto, según los actos ejecutivos realizados, ante una **tentativa acabada**. La tentativa supuso una ejecución total, no parcial, de todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado sin que éste se produjese por causas independientes a la voluntad del autor. **No era necesario ningún otro acto para que se produjera la muerte de Florencio; el golpe asestado en la cabeza ya era apto para causarle la muerte.**¹⁶

Por otro lado, según la posibilidad de producir el resultado, nos encontramos ante una **tentativa idónea**¹⁷ **para haberle provocado la muerte a Florencio**. El golpe en la cabeza a Florencio con una azada, tanto desde la perspectiva ex ante como ex post, es capaz y apto para producir el resultado, la muerte de Florencio; resultado que no tiene lugar por causas distintas a la capacidad de los actos.¹⁸ La tentativa idónea se castiga con la pena inferior en uno o dos

¹⁵ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 352-353.

¹⁶ Por contra, la tentativa inacabada supone la realización de parte de los actos que objetivamente deberían de producir el resultado, sin que este se produzca por causas independientes a su voluntad. Generalmente es castigada con la pena inferior en dos grados.

¹⁷ En relación al delito de tentativa de homicidio véase STS 1188/2010, de 30 de Diciembre de 2010.

¹⁸ Por contra, hay tentativa inidónea cuando los actos realizados, desde una perspectiva ex ante, parecen capaces y aptos para producir el resultado, pero que desde una perspectiva ex post no resultan aptos para su producción, por inidoneidad de los medios, del objeto o del

grados a la señalada para el delito consumado, según sea acabada o inacabada respectivamente (artículo 62 CP).

El tipo de tentativa consta de los siguientes elementos: a) parte objetiva, donde debe comprobarse el comienzo de ejecución necesario para la tentativa; b) parte subjetiva, es decir, analizar si el sujeto quiere los actos que objetivamente realiza con ánimo de consumir el hecho o, al menos, aceptando que pueden dar lugar a la consumación; y c) la ausencia de desistimiento voluntario.¹⁹

Respecto a la parte objetiva, en primer lugar haremos el análisis de la conducta típica, es decir, analizar si el propinar un golpe en la cabeza a Florencio *ha iniciado la creación* de un riesgo típicamente relevante para la vida de Florencio. El baremo que debe utilizarse es *ex ante*, con todos los conocimientos, ciencia y experiencia de la persona normativa ideal. En este caso tampoco concurre ninguna de las causas de exclusión del riesgo típicamente relevante: adecuación social, riesgo permitido, riesgo insignificante o consentimiento.²⁰

Respecto al comienzo de la ejecución, existen tres teorías doctrinales. La teoría puramente subjetiva, defendida en el siglo XIX pero que ya no se mantiene en la actualidad, según la cual lo decisivo para diferenciar los actos ejecutivos de los actos preparatorios es la opinión del sujeto acerca de su plan criminal. No obstante, esta teoría no es compatible con el fundamento objetivo de la punición de la tentativa en nuestro Derecho. En segundo lugar, encontramos la teoría objetivo-formal, muy difundida en España pero abandonada en Alemania, de acuerdo a la cual la tentativa empezaría con el juicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto. Sin embargo, se hace necesario entender el comienzo de la acción típica en un sentido más amplio que el de su estricta realización, para así poder sostener que en delitos de acción instantánea como el de homicidio es posible la tentativa. Por ello, seguiré la tercera de las teorías existentes, la teoría objetivo-material, que acude a un criterio material para

sujeto activo. La jurisprudencia mayoritaria defiende su punición, rebajando la pena en dos grados.

En la tentativa irreal los actos realizados se muestran incapaces y no aptos para producir el resultado, tanto desde una perspectiva *ex ante* como *ex post*. Estos actos no son punibles.

¹⁹ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 353.

²⁰ Véase nota 12.

delimitar objetivamente el inicio del *campo previo* a la consumación que da comienzo a la acción típica en sentido amplio.²¹

En consecuencia, de acuerdo a la **teoría objetivo-material** cabe analizar si la tentativa da comienzo con los actos inmediatamente anteriores a los actos descritos en el tipo, teniendo en cuenta el plan del autor y la puesta en peligro inmediata del bien jurídico protegido y atacado. **En este caso, la ejecución da comienzo en el momento en que se golpea a Florencio en la cabeza con la azada. Además, al golpear a Florencio en la cabeza se produce ya una inmediata puesta en peligro de su vida.**

Analizaremos a continuación la parte subjetiva. El baremo que se utiliza es uno ex ante, desde la posición del autor, con todos los conocimientos, ciencia y experiencia del autor, valorado por la persona normativa ideal. En este caso, es discutible si se trata de dolo o imprudencia; cuestión de especial relevancia puesto que la tentativa imprudente no se castiga.

Descartamos que se trate de dolo directo de primer o segundo grado ya que, por las circunstancias en que se producen los hechos, en medio de una pelea, no parece plausible que Eduardo al golpear a Florencio conociese que estaba realizando un delito de homicidio y persiguiese su realización. Asimismo, tampoco parece probable que advirtiese como *seguro o casi seguro* que su actuación produciría la muerte de Florencio. Descartamos asimismo la concurrencia de imprudencia inconsciente puesto que no parece factible que Eduardo ni tan sólo advirtiese la peligrosidad de su acción. Ahora bien, es discutible si estamos ante un caso de dolo eventual, en el que el delito se le aparece al autor como resultado *posible*, o bien si se trata de imprudencia consciente. Resulta difícil su diferenciación puesto que el autor no desea el resultado ni en el dolo eventual ni en la imprudencia consciente; y en ambos el autor reconoce la posibilidad de que se produzca el resultado.²²

²¹ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 354-355.

²² Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 271-272.

Existen dos principales teorías doctrinales para diferenciar el dolo eventual de la imprudencia consciente: la teoría del consentimiento (o de la aprobación) y la teoría de la probabilidad (o de la representación).²³

Para la teoría del consentimiento, o de la aprobación, lo que diferencia el dolo eventual de la culpa consciente es que el autor consienta en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo apruebe. Es decir, en el caso hipotético de que el autor hubiera podido anticiparse a los hechos y hubiera sabido que su conducta produciría el resultado típico, si el autor la hubiese realizado de todas formas entonces existe dolo eventual. Por contra, cuando el autor sólo lleva a cabo su actividad esperando que no se produzca el delito, y dejaría de actuar si supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, entonces estamos ante imprudencia consciente.

No obstante, pueden realizarse algunas críticas a esta teoría. Por un lado, la *aprobación* que exige la teoría del consentimiento se refiere a una actitud interna del autor que exige más que la voluntad; pero resulta inadmisibles en un Derecho penal no autoritario castigar la esfera íntima del autor y no sólo sus actos externos. En segundo lugar, la aplicación de la teoría del consentimiento puede llevar a considerar la concurrencia de dolo eventual en supuestos de escaso peligro objetivo si el autor no se oponía interiormente al resultado; o la concurrencia de imprudencia consciente en supuestos extremadamente peligrosos donde el autor no desease que se produjese el resultado. Ello resulta contradictorio con la función de protección de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal. En tercer lugar, esta teoría parte de la fórmula hipotética según la cual el dolo depende de si el sujeto hubiese desistido o no de su conducta de haber sabido seguro que el delito se produciría. No obstante, aquello que caracteriza el dolo eventual es la inseguridad del sujeto respecto a la producción del resultado.²⁴

Por otra parte, para la teoría de la probabilidad, o de la representación, lo importante para diferenciar el dolo eventual de la imprudencia consciente es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Existe dolo eventual

²³ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 272.

²⁴ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 273.

cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado; y existe imprudencia consciente cuando la probabilidad de que se produjese el resultado reconocida por el autor era muy lejana. De acuerdo a esta teoría lo importante es si el autor quiso actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción, independientemente de la actitud interna del autor de aprobación o desaprobación del hipotético resultado.

No obstante, la diferenciación del dolo eventual y la imprudencia consciente de acuerdo a la teoría de la probabilidad resulta problemática en los casos límite en que la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña, dada la imposibilidad de establecer un porcentaje de probabilidad que marque la frontera entre dolo eventual e imprudencia consciente. Además, también se ha criticado esta teoría puesto que para afirmar la concurrencia de dolo no es suficiente el *conocimiento* de la peligrosidad de una acción, sino que se requiere asimismo la concurrencia de una verdadera *voluntad*.²⁵

En España la teoría del consentimiento o de la aprobación constituye la doctrina dominante. Diego-Manuel Luzón Peña propone seguir una versión objetivizada de la teoría del consentimiento denominada «teoría restringida del consentimiento o aceptación». Ésta supone que el dolo eventual requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento de la eventual producción del hecho, pero que mediante una *valoración objetivo-normativa* se puede restringir lo que se entiende por aceptación o no aceptación. Así, de acuerdo a Luzón, la aceptación o consentimiento sólo se excluirían por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho.²⁶

Sin embargo, desde la «Sentencia de la colza», STS de 23 de abril de 1992, ha ido ganando terreno en la jurisprudencia la teoría de la probabilidad.²⁷

²⁵ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 274.

²⁶ Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal: parte general*, p. 251-252.

²⁷ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 273.

Ver, por ejemplo, la STS 210/2007, de 15 de marzo de 2007, en la cual se señala, en el Fundamento de Derecho Cuarto, que «el elemento subjetivo del delito de homicidio no se corresponde exclusivamente con el dolo directo o de primer grado constituido por la voluntad del agente de matar, (..), sino que alcanza también al dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del

Por otro lado, un sector de la doctrina alemana se inclina por una postura que combina la *conciencia de la peligrosidad de la acción* con un *momento voluntativo*; exigiendo que el autor tome en serio la posibilidad del delito (no lo descarte) y a su vez se conforme con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto.²⁸

Seguiré, no obstante, en este caso **la teoría aportada por Santiago Mir²⁹**, quien considera que **la concurrencia de dolo eventual requiere:**

a) el conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Según Santiago Mir, no se trata tanto de cuantificar el grado de probabilidad estadística que debe advertir el sujeto, sino de preguntarse si el sujeto que advierte la posibilidad del delito cree que en su caso puede realizarse dicha posibilidad, o si lo descarta. En caso de descartarla, estaríamos ante un caso de imprudencia consciente. En el presente caso, Eduardo no podía descartar la muerte de Florencio tanto por el medio empleado (una azada pequeña), el lugar donde incidió el golpe (en la cabeza) y la intensidad del golpe (apto para haberle provocado la muerte). **Eduardo conocía el peligro estadístico para la vida de Florencio que suponía darle ese golpe en la cabeza; y creía que en su caso podía producirse la muerte de Florencio.**

b) la aceptación de la concreta probabilidad de que se realice el peligro. En el sentido de no poder descartar la probabilidad del delito, de conformarse con esa probabilidad si el sujeto decide realizar la conducta peligrosa. **Del relato de los hechos se deduce que Eduardo aceptó la probabilidad de que su conducta produjera la muerte de Florencio.**

c) la aceptación de la conducta capaz de producir el resultado delictivo. Para Santiago Mir no puede exigirse la aceptación del resultado delictivo, sino sólo de la conducta capaz de producirlo. **Eduardo no descarta que su conducta**

sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido.»

²⁸ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 274-275.

²⁹ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 275-276.

pueda atentar contra la vida de Florencio y pese a ser consciente de que puede matarlo, realiza dolosamente la conducta peligrosa.

En consecuencia, puede afirmarse que Eduardo actúa con dolo eventual.

A su vez, debe señalarse que no concurre error de tipo (artículo 14.1 CP).

Cabe apuntar que, puesto que existe dolo de homicidio, aunque Eduardo y Cipriano se dan a la fuga de inmediato llevándose con ellos la herramienta empleada, no estaremos ante un delito de omisión de socorro ya que éste queda subsumido dentro del homicidio doloso.

Finalmente, cabe examinar la concurrencia o ausencia de desistimiento voluntario. El artículo 16 del Código penal requiere para la presencia de tentativa que la falta de consumación tenga lugar por causas independientes de la voluntad del autor; quedando exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, ya sea desistiendo de la ejecución ya iniciada o impidiendo la producción del resultado. Ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados si éstos ya son constitutivos de otro delito o falta. Para averiguar cuando el desistimiento es voluntario la doctrina dominante utiliza la teoría de la racionalidad del buen delincuente, de acuerdo con la cual el desistimiento es voluntario cuando no obedece a la racionalidad del buen delincuente. Se entiende por «racionalidad del buen delincuente» aquello que haría el buen delincuente para tener éxito en su empresa criminal con el menor riesgo posible para su persona. En este caso, no obstante, **no existe desistimiento voluntario puesto que el tipo no se ha consumado por motivos ajenos a la voluntad de Eduardo, ya que el golpe dado en el cráneo era apto, por sí mismo, para haberle causado la muerte a Florencio.**

En consecuencia, concurren los elementos de la parte objetiva y subjetiva del delito de tentativa de homicidio.

Analizada la tipicidad, debe examinarse la existencia de causas de justificación. En este caso no concurren ni estado de necesidad, ni el ejercicio de un

derecho u obediencia debida. Podría plantearse la concurrencia de legítima defensa (artículo 20.4 CP), cuyos requisitos son 1º) la concurrencia de una agresión ilegítima, 2º) la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y 3º) la falta de provocación suficiente por parte del defensor. Si bien es cierto que en el segundo altercado se golpea a Florencio en la cabeza tras haber éste golpeado a Eduardo en la cabeza con un palo, debe tenerse en cuenta que nos encontramos en el contexto de una riña mutuamente aceptada. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideran que la **riña mutuamente aceptada no da lugar a legítima defensa**³⁰ **dada la inexistencia de agresión ilegítima**, el primer requisito de la legítima defensa, puesto que falta la voluntad defensiva en los participantes de la riña cuyo ánimo sería, por el contrario, el de atacar.³¹ Cabe matizar que entendemos aquí que la aceptación de la riña es libre, no forzada, por ambas partes. En los hechos probados se señala que la riña se inicia por un enfrentamiento por causa indeterminada entre Florencio y Eduardo; y que desencadenada la disputa se unen a ella allegados a Eduardo, entre ellos su hermano Cipriano. El segundo incidente se inicia cuando, tras ser Florencio retirado del lugar por unos conocidos, éste coge un palo y se acerca de nuevo a sus contendientes, produciéndose un nuevo altercado. No se deduce de los hechos que ninguno de ellos se viera obligado a aceptar la riña, incluyendo a Eduardo. Esta aceptación libre supone desde un principio la voluntad de agresión de los participantes en la riña.

La jurisprudencia reciente ha matizado que debe examinarse las circunstancias concretas del supuesto para evitar el rechazo injustificado de situaciones de legítima defensa, por ejemplo cuando la aceptación sea rebasada por uno de los contendientes a causa de un acometimiento desproporcionado y notorio.³² No obstante, incluso en relación al segundo altercado, no puede considerarse que la conducta de Florencio de golpear a Eduardo en la cabeza con un palo haya sobrepasado los medios agresivos inicialmente acordados, de manera que no puede justificarse la concurrencia de una legítima defensa.

³⁰ Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal: parte general*, p. 401.

³¹ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general. 9ª ed.*, p. 446.

³² Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general. 9ª ed.*, p. 446-447.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal: parte general*, p. 401.

La jurisprudencia constante³³ ha considerado que la falta de cualquiera de las notas del concepto de *agresión ilegítima y actual* determina la imposibilidad de apreciar tanto la eximente completa como la incompleta, al considerar estos requisitos como fundamentales.³⁴

Finalmente, el cuarto y último elemento de la antijuricidad es la relación de autoría. Aquí debe plantearse la autoría tanto de las lesiones por armas blancas, como la de la tentativa de homicidio. Como se examinará más detenidamente en la *Segunda cuestión* de este dictamen, debe considerarse a Eduardo y Cipriano coautores tanto del delito de lesiones como de la tentativa de homicidio.

Puesto que concurren los cuatro elementos de la antijuricidad, puede concluirse que existen unos hechos antijurídicos. En consecuencia, habrá responsabilidad civil derivada de delito.

A continuación analizaremos la responsabilidad personal del autor. La responsabilidad personal debe verse en la no concurrencia de circunstancias personales o situacionales que impidan la atribución (a no ser que concurra la estructura de la *actio libera un causa*) del hecho penalmente antijurídico. En definitiva, se trata de un conjunto de criterios de carácter estrictamente personal que aconsejan no imponer una pena a un sujeto determinado; estimándose en ocasiones preferible la aplicación de otras medidas o incluso, en algunos casos, la mera exigencia de reparaciones de carácter civil.³⁵

Para que el autor del hecho antijurídico pueda ser personalmente responsable, debe haber llevado a cabo la conducta en condiciones de madurez psíquica o en situación de normalidad, de manera que pueda afirmarse que las condiciones en las que ha actuado una persona concreta son las que pudieran atribuirse a cualquier otra. Únicamente de esta manera el hacer responsable a una persona por su actuación no infringirá los principios de igualdad y dignidad humana. Por lo tanto, para comprobar si el autor ha cometido el hecho antijurídico en igualdad de condiciones que el resto de personas se analizarán

³³ Véase STS 149/2003, de 4 febrero de 2003.

³⁴ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 447.

³⁵ Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 62-63.

los tres elementos de la responsabilidad personal: el conocimiento de la antijuricidad, la exigibilidad de la conducta adecuada a derecho y la imputabilidad.

En primer lugar, para poder ser personalmente responsable del hecho antijurídico que ha cometido, el sujeto debe haberlo realizado con conocimiento de que estaba prohibido. En este caso, Eduardo padece un leve déficit intelectual que le priva parcialmente de la capacidad de entender la maldad o bondad de actos elementales y de prever sus consecuencias. No obstante, para que concurra error de prohibición (artículo 14.3 CP) el sujeto debe desconocer la prohibición. **En el caso de Eduardo la falta parcial de comprensión de la ilicitud del hecho es debida a la discapacidad intelectual que sufre, y no a un mero desconocimiento.**

A continuación, debe estudiarse la exigibilidad de la conducta adecuada a derecho. La conducta le es exigible a Eduardo puesto que no concurre miedo insuperable (artículo 20.6 CP). Eduardo no se encontraba en ninguna situación anormal o excepcional en la que no le fuera exigible una conducta adecuada a derecho.

Por último, debe analizarse la imputabilidad. El contenido de las causas de inimputabilidad que excluyen la responsabilidad penal viene regulado en los artículos 19 y 20, apartados primero, segundo y tercero, del Código penal. El artículo 19 sitúa la mayoría de edad penal en los dieciocho años; no siendo penalmente responsables con arreglo al Código penal los menores de esta edad.³⁶ Este artículo no es de aplicación en el presente dictamen, al ser todos los sujetos mayores de dieciocho años.

Por lo tanto, a continuación debe analizarse si concurren las causas que excluyen la imputabilidad del sujeto previstas en el artículo 20. La consecuencia jurídico penal que se deriva para el sujeto que comete una infracción penal concurriendo alguna de las eximentes de los números 1º, 2º, y

³⁶ Cuando un menor de dieciocho años cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la L.O. 5/2000, 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

3º del artículo 20 CP es una de las medidas de seguridad previstas en el Código penal.³⁷

En primer lugar, se descarta la causa prevista en el artículo 20.2º CP por no constar que Eduardo se hallase, en el momento de cometer la infracción penal, en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, u otras sustancias que produzcan efectos análogos. Asimismo, se descarta la causa prevista en el artículo 20.3º CP por no sufrir Eduardo alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que le alteren gravemente la conciencia de la realidad.

Sin embargo, en este caso sí podría concurrir la causa prevista en el apartado primero del artículo 20: el padecimiento de una **anomalía o alteración psíquica**, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de la cual «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».³⁸ En efecto, en los hechos probados se señala que Eduardo padece un leve déficit intelectual, que le priva parcialmente de la capacidad de entender la maldad o bondad de actos elementales y de prever sus consecuencias.

No obstante, para poder eximir deberá probarse la presencia de los siguientes requisitos:³⁹ a) elemento médico-normativo; b) elemento psicológico-normativo; c) comisión de la infracción penal; d) presupuesto temporal (principio de coincidencia); y e) ausencia de provocación.

a) **Elemento médico-normativo.** Es decir, de acuerdo al artículo 20.1, el padecimiento de cualquier anomalía o alteración psíquica. El nuevo párrafo primero del artículo 20 ya no contiene una fórmula biológica o psiquiátrica, sino claramente una fórmula mixta biológica-psicológica; interpretación que ya había

³⁷ Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 163.

³⁸ Este apartado primero del artículo 20 del Código penal de 1995 ha cambiado casi por completo su redacción respecto al anterior artículo 8.1 del Código penal de 1973: el término «enajenado» es sustituido por el de «cualquier anomalía o alteración psíquica»; se precisa que ello debe concurrir al tiempo de cometer la infracción penal; y que debe producir incapacidad para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esta comprensión.

Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 11.

³⁹ Análisis realizado de acuerdo a los requisitos establecidos en Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 73-159.

sido adoptada por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en relación al antiguo artículo 8.1 del Código penal de 1973.⁴⁰ De acuerdo a dicha fórmula mixta, en la actualidad se requiere una base biológica que produzca en el momento del hecho los efectos psicológicos exigidos.

La clasificación de las anomalías y alteraciones psíquicas debe apartarse de los ya superados criterios de psiquiatría de mediados de siglo, y basarse en los criterios establecidos por el *Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (en inglés, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, DSM) de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría, utilizados actualmente por la medicina forense y psiquiátrica.⁴¹

En el presente caso, de acuerdo a la última y vigente edición del DSM, el DSM-5, y teniendo en cuenta lo establecido en los hechos probados, **Eduardo padece una «discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual)»,⁴² englobada dentro de los «trastornos del neurodesarrollo»;** lo que se correspondería con el antiguo «retraso mental» previsto en los anteriores DSM-IV y DSM-IV-TR dentro de los «trastornos de inicio en la infancia, la niñez o la adolescencia»,⁴³ también conocido tradicionalmente como oligofrenia.

De acuerdo al DSM-5, la discapacidad intelectual es un trastorno que comienza durante el periodo de desarrollo y que incluye limitaciones del funcionamiento intelectual como también del comportamiento adaptativo en los dominios conceptual, social y práctico.

El DSM-5 establece cuatro grados de discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual) – leve, moderado, grave y profundo – según el

⁴⁰ La doctrina distingue entre: 1) fórmulas biológicas o psiquiátricas, cuando para la exención es suficiente comprobar que el sujeto padece de forma endógena alguna de las anomalías relevantes; 2) fórmulas psicológicas, que no exigen base biológica alguna sino que se fijan en el efecto que produce la anomalía; y 3) fórmulas mixtas, que combinan los requisitos de ambas.

⁴¹ Junto con el DSM, la otra clasificación de referencia de trastornos mentales es la *Clasificación internacional de enfermedades* (CIE, o ICD por sus siglas en inglés) de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

⁴² American Psychiatric Association, *Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales: DSM-5*, p. 33-41.

⁴³ La última versión del manual, el DSM-V, fue publicada el 18 de mayo de 2013.

El DSM-IV fue publicado en 1995. La revisión del DSM-IV, el DSM-IV-TR, fue publicada en 2000.

funcionamiento adaptativo, ya no según las puntuaciones de cociente intelectual.⁴⁴ En este caso, los hechos probados indican que el déficit intelectual de Eduardo «le priva parcialmente de la capacidad de entender la maldad o bondad de actos elementales y de prever sus consecuencias». A falta de más información sobre el alcance de su discapacidad intelectual, siguiendo los criterios establecidos en el DSM-5 podríamos encontrar ante una «discapacidad intelectual moderada» o una «discapacidad intelectual grave». Los individuos que padecen una discapacidad intelectual moderada pueden participar en todas las tareas domésticas de la vida adulta y asumir encargos independientes en los trabajos que requieran habilidades conceptuales y de comunicación limitadas, aunque necesitan un largo periodo de aprendizaje y requieren ayuda continua para lograr un nivel de funcionamiento adulto. En cambio, los individuos que padecen una discapacidad intelectual grave necesitan apoyo y ayuda constante para la participación en tareas domésticas, de ocio y de trabajo.⁴⁵

En base al relato de los hechos probados, Eduardo parece sufrir una discapacidad intelectual moderada, puesto que de su comportamiento y del hecho que tenga cierta capacidad para entender la maldad o bondad de actos elementales y de prever sus consecuencias no se puede deducirse un mayor grado de discapacidad intelectual. No obstante, serían necesarios más informes médicos para afirmar con plena certeza su grado de discapacidad.

La discapacidad intelectual, o retraso mental, puede afectar según la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la capacidad de culpabilidad del sujeto.

⁴⁴ Anteriormente, el DSM-IV y DSM-IV-TR, preveían cuatro grados de intensidad del retraso mental de acuerdo con el cociente intelectual: retraso mental leve (CI entre 50-55 y aproximadamente 70); retraso mental moderado (CI entre 35-40 y 50-55); retraso mental grave (CI entre 20-25 y 35-40); y retraso mental profundo (CI inferior a 20 o 25). Además, se establece el grado «retraso mental de gravedad no especificada» para aquellos casos en que no sea posible verificar la inteligencia del sujeto mediante los tests usuales.

American Psychiatric Association, *DSM-IV-TR: manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, p. 49.

American Psychiatric Association, *DSM-IV: manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, p. 42.

⁴⁵ American Psychiatric Association, *Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales: DSM-5*, p. 35-36.

Esta afectación dependerá del grado de retraso mental que se padezca, así como de la complejidad del delito que se cometa.⁴⁶

b) **Elemento psicológico-normativo.** Para excluir la responsabilidad penal, el estado defectuoso debe impedir que el sujeto pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esta comprensión. Conforme a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la anomalía o alteración psíquica que se padece debe producir unos efectos psicológicos en el sujeto para poder dar lugar a una causa de inimputabilidad que excluya o atenúe la culpabilidad.⁴⁷

No obstante, no existe unanimidad en relación a los efectos concretos que deben producir. Para los partidarios de una sistemática causalista o neokantiana, las alteraciones y anomalías psíquicas determinarán la inimputabilidad del sujeto cuando afecten a la capacidad de conocer y querer de éste. No obstante, se puede objetar a esta posición que reduce la psique humana a dos funciones: la intelectual y la volitiva, pero la realidad del ser humano es mucho más compleja. Por su lado, el Tribunal Supremo mantiene una postura similar aunque en algunos aspectos más parecida a las teorías de la imputación; entendiendo mayoritariamente que la inimputabilidad absoluta requiere una situación de completa y absoluta perturbación de las facultades de conocimiento y voluntad. No obstante, seguiré la posición de la doctrina dominante que, siguiendo la sistemática finalista y de acuerdo a la fórmula adoptada en el Código penal, considera que la imputabilidad es la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esta comprensión.⁴⁸ **En el caso de Eduardo, su discapacidad intelectual le priva parcialmente la capacidad de comprender la ilicitud de los hechos;** no pudiendo percatarse por completo de que los hechos que realiza se hallan prohibidos por el Derecho.

c) **Comisión de la infracción penal.** El artículo 20.1 CP exige para la exención de responsabilidad criminal que el sujeto que padece una anomalía o alteración psíquica haya cometido una infracción penal. En efecto, ha quedado ya

⁴⁶ Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 78.

⁴⁷ Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 91.

⁴⁸ Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 91-94.

comprobado en este dictamen la antijuricidad penal de las conductas llevadas a cabo por Eduardo.

d) **Presupuesto temporal.** En base al principio de coincidencia, la anomalía o alteración psíquica que produce los efectos psicológico-normativos debe desplegar dichos efectos en el momento de realizar la acción antijurídica. **Eduardo padecía la discapacidad intelectual en el momento de llevar a cabo las acciones antijurídicas de acometer a Florencio con armas blancas y propinarle un golpe en la cabeza con una azada pequeña.**

e) **Ausencia de provocación (*actio libera in causa*).** El artículo 20.1 CP establece que el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito, o si hubiera previsto o debido prever su comisión. Este requisito sólo debe comprobarse en los casos de trastorno mental transitorio;⁴⁹ **supuesto en el que no se encuentra Eduardo al tratarse de un déficit intelectual que sufre desde el nacimiento.** En consecuencia, debido a su discapacidad, Eduardo no puede haber provocado su estado eximente con la intención de cometer el delito, ni puede haber previsto la comisión del delito.

En consecuencia, puede afirmarse que concurren parcialmente los requisitos necesarios para la exención de responsabilidad penal de Eduardo ya que la discapacidad intelectual que padece le priva sólo parcialmente de la capacidad de comprender la ilicitud de los hechos cometidos.

Así, de cara a fijar las consecuencias jurídico-penales, deben tenerse en cuenta los principios básicos de la jurisprudencia en el tratamiento de situaciones de retraso mental, conocidas como oligofrenias. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo suele distinguir cuatro tipos de oligofrenia según el grado de discapacidad intelectual o retraso mental:⁵⁰

⁴⁹ Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 73.

⁵⁰ Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 196-197.

Gema María FONSECA MORALES, *La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal*, p. 92-94.

a) La «oligofrenia profunda» o «idiocia», se refiere a sujetos con cocientes intelectuales por debajo del 25%, con una edad mental por debajo de los cuatro años, y totalmente inhábiles para dirigir su conducta. Normalmente da lugar a una eximente completa de la responsabilidad criminal.

b) La «oligofrenia de mediana intensidad» o «imbecilidad», se refiere a sujetos con cocientes intelectuales entre el 25% y el 50%, con una edad mental entre los cuatro y los ocho años, que pueden, especialmente aquellos que se encuentran en sus límites superiores, adquirir nociones sobre las normas de comportamiento y poseer cierta capacidad de elección. Por consiguiente, sus actos se consideran susceptibles del reproche penal si bien con su imputabilidad disminuida, dando lugar generalmente a una eximente incompleta.

c) Los «oligofrénicos mínimos» o «débiles mentales» son aquellos con un cociente entre el 50% y el 70%, y una edad mental entre los ocho y nueve años. En función de su capacidad de discernimiento sobre la trascendencia del acto ejecutado, puede considerarse apropiado la atenuante analógica.

d) Los «border line» o «simplemente torpes», son aquellos cuyo cociente intelectual está por encima del 70%; generalmente considerados imputables.⁵¹

No obstante, esta clasificación no debe considerarse como compartimentos estancos. La valoración de la consecuencia jurídica apropiada para cada caso dependerá de la situación concreta y personal del sujeto.⁵²

En consecuencia, puesto que tiene parcialmente alterada la conciencia de la realidad y la ilicitud de sus actos, parece apropiado considerar que **Eduardo presenta una oligofrenia de mediana intensidad.**

⁵¹ Véase STS 3603/1994, de 13 de diciembre de 1994; así como la más reciente STS 587/2008, de 25 de septiembre de 2008.

Para más sentencias relativas a la oligofrenia véase STS 968/2009, de 21 de Octubre de 2009; o STS 582/2010, de 16 de Junio de 2010.

⁵² En este sentido, la STS 582/2010, de 16 de Junio de 2010 señala, en su Fundamento de Derecho Tercero, que «las mediciones expresadas en el cociente intelectual y en la edad mental del sujeto debe contemplarse únicamente como guía orientadora y no con criterios rígidos, pues a veces no basta considerar solo su cociente intelectual, sino que hay que tener también en cuenta la educación recibida, la edad física y particularmente el trato social que la persona ha mantenido».

Por ello, **debe calificarse a Eduardo de semiimputable, apreciando la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica prevista en el artículo 20.1 CP en relación al 21.1 CP.** No procede la consideración de una eximente completa puesto que, tal como exige el artículo 20.1 CP, Eduardo no tiene completamente anulada la capacidad de comprender la ilicitud de sus hechos o actuar conforme a esa comprensión. De acuerdo al artículo 68 CP, las eximentes incompletas podrán ser castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley.

Por todo lo anterior, como coautor de un delito de tentativa de homicidio del artículo 138 CP,⁵³ en relación a los artículos 16.1 y 62 CP, y de un delito de lesiones, tipo agravado del artículo 148.1º CP por el uso de armas blancas concretamente peligrosas para la vida del lesionado,⁵⁴ Eduardo debe ser condenado a una pena privativa de libertad.

No obstante, en base al artículo 104 del Código penal, en los supuestos de eximente incompleta del 20.1 CP, el juez o tribunal pueden imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en el artículo 101 CP, en relación al artículo 96.3 CP. **En el caso de Eduardo, de acuerdo al artículo 104 CP puede aplicarse la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica de Eduardo,** puesto que las penas a imponer por los delitos cometidos por Eduardo son privativas de libertad. Sin embargo, la duración del internamiento no puede exceder de la pena prevista por el Código penal para esos delitos.⁵⁵

Según los principios del sistema vicarial, el artículo 99 del Código penal dispone que, para el caso de concurrencia de penas y medidas de

⁵³ Artículo 138 CP: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.»

⁵⁴ Artículo 148 CP: «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: 1º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. (...)»

⁵⁵ Sobre la concurrencia de eximentes incompletas y la imposición de medidas de seguridad, véanse las siguientes sentencias: STS 603/2009, de 11 de junio de 2009; STS 258/2009, de 16 de marzo de 2009; SAP Lugo 22/2012, de 30 de enero de 2012; SAP Huelva 189/2010, de 11 de junio de 2010; SAP Cantabria 378/2013, de 4 de octubre de 2013.

seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida de seguridad, que se abonará para el de las penas. Una vez alzada la medida de seguridad impuesta a Eduardo, el juez o tribunal podrá suspender el cumplimiento del resto de la pena o aplicar alguna de las medidas no privativas de libertad previstas en el artículo 96.3 del Código penal,⁵⁶ si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida de seguridad.

PRIMERA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

I. Las conductas de acometer a Florencio con armas blancas y propinarle un golpe en la cabeza con una azada pequeña son antijurídicas. En consecuencia, habrá responsabilidad civil derivada de delito; debiéndose imponer el pago de una indemnización a Florencio.

II. Eduardo debe ser considerado semiimputable, apreciándose la eximente incompleta por anomalía o alteración psíquica del artículo 20.1 CP.

III. Por todo lo anterior, **Eduardo debe ser condenado como coautor de un delito de tentativa de homicidio** (artículo 138 CP, con relación a los artículos 16.1 y 62 CP), con la concurrencia de la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica (artículo 20.1 CP en relación al 21.1. CP) que debe castigarse en este caso con la pena inferior en un grado, y teniendo en cuenta que la tentativa idónea acabada se castiga con la pena inferior en un grado, a una pena de tres años y seis meses de prisión; **y como coautor de un delito de lesiones**, tipo agravado del artículo 148.1º CP por el uso de armas blancas concretamente peligrosas para la vida del lesionado, con la concurrencia de la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica que debe castigarse

⁵⁶ Artículo 96.3 CP: «Son medidas no privativas de libertad: 1ª) La inhabilitación profesional. 2ª) La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. 3ª) La libertad vigilada. 4ª) La custodia familiar. (...). 5ª) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. 6ª) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.»

asimismo con la pena inferior en un grado, a una pena de un año y seis meses de prisión, todo ello en concurso real de delitos.⁵⁷

Concurriendo con estas penas, debe imponérsele la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico adecuado a su discapacidad intelectual por un tiempo máximo de cinco años, de acuerdo a los artículos 104 y 101 CP.

IV. En aplicación del artículo 99 CP, **dada la concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal deberá ordenar el cumplimiento de la medida, que se abonará para el cumplimiento de la pena impuesta.** Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá suspender el cumplimiento del resto de la pena o aplicar alguna de las medidas no privativas de libertad del artículo 96.3 del Código penal.

⁵⁷ En sentido similar véase STS 258/2009, de 16 de Marzo de 2009.

5. ESTUDIO DE LA SEGUNDA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. SEGUNDA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

Relación entre la conducta de Eduardo y Cipriano

En este apartado analizaremos con más detalle la relación de autoría entre las conductas de Eduardo y Cipriano.

Durante la fase ejecutiva de un hecho típico pueden intervenir distintos sujetos, en condición de autores o partícipes.⁵⁸ De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 28 CP se consideran autores: a) aquellos que realizan el hecho por sí solos (autores individuales); b) aquellos que realizan el hecho conjuntamente (coautores); y aquellos que realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento (autores mediatos). Éstos serán considerados autores en sentido propio.

No obstante, el artículo 28 del Código penal también establece que serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el hecho (inductores); y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado (cooperadores necesarios). Además, de acuerdo al artículo 29 CP, son cómplices los que cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, sin ser cooperadores necesarios. Los tres son partícipes, pero a los dos primeros se les impondrá la pena del autor, y a los cómplices la pena inferior en un grado a la del autor.

Establecida esta distinción teórica, **en el caso de Eduardo y Cipriano todo parece indicar que nos encontramos ante una relación de coautoría.**

Como se ha señalado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28 CP son coautores aquellos autores que realizan el hecho conjuntamente, no individualmente. Los coautores realizan el delito entre todos; se reparten la realización del tipo de autoría. Por ello, en la coautoría rige el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones, según el cual todo lo que

⁵⁸ Debe distinguirse a los autores y partícipes, que intervienen durante la ejecución del hecho típico, de los receptadores y encubridores, que intervienen después de la ejecución del delito, y de los sujetos que realizan actos preparatorios anteriores a la ejecución del delito (proposición, provocación y apología del delito, o conspiración).

hace uno de los coautores se puede atribuir a los demás; siempre dentro del límite de lo acordado, no pudiéndose imputar a un coautor los excesos que cometa otro coautor. El principio se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos.⁵⁹

No obstante, la delimitación de la coautoría dependerá de la teoría que sigamos. Las principales tesis doctrinales son la *teoría objetivo-formal*, dominante en la doctrina española; la *teoría del acuerdo previo*, a la que ha acudido el Tribunal Supremo; y la *teoría del dominio del hecho*, aplicada por la doctrina alemana actual y seguida por un sector minoritario de la doctrina española.⁶⁰

En España tradicionalmente se entendía, de acuerdo a la teoría objetivo-formal, que la coautoría concurría en «los que toman parte directa en la ejecución del hecho» en base a lo establecido por el artículo 14.1º del anterior Código penal. Ello se interpretaba como la realización de algún acto típico en sentido estricto. No obstante, en los últimos tiempos una parte de la doctrina española ha venido considerando que la verdadera coautoría no se halla prevista en el artículo 14 del antiguo Código penal, sino que se desprende directamente del tipo correspondiente de la Parte Especial. En consecuencia, para la concurrencia de coautoría no bastaría con realizar algún acto típico en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal, sino que además sería precisa la realización total del tipo concreto por parte de todos los coautores. Cabe objetar a esta teoría que, por ejemplo, en caso de violación, el que sujeta a la mujer para que otro pueda tener acceso carnal con ella no sería verdadero coautor, sino sólo partícipe de la violación puesto que no es él quien «tiene acceso carnal». A su vez, el que tiene acceso carnal tampoco realizara por sí solo la violación, pues «tener acceso carnal» no es aún «violar». Con lo cual, no habría ningún autor en sentido propio.⁶¹

En contraposición a la teoría objetivo-formal, que venía siendo la doctrina dominante, el Tribunal Supremo había venido entendiendo la coautoría en un

⁵⁹ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 400-406.

⁶⁰ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 401.

⁶¹ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 402.

sentido más amplio. La tradicional doctrina jurisprudencial del «acuerdo previo» del Tribunal consideraba coautores aquellos que se hallaban unidos por un común acuerdo, independientemente de la intervención objetiva que hubiesen tenido en el delito. No obstante, se ha apreciado un abandono de esta doctrina del «acuerdo previo» por parte del Tribunal Supremo, considerándose un elemento más de la coautoría.⁶²

Por último, la teoría del dominio del hecho considera coautores no solo a «los que toman parte directa en la ejecución del hecho», en el sentido del anterior artículo 14.1º, sino también a los cooperadores necesarios que tuvieran el dominio del hecho en base al anterior artículo 14.3º, que se refería a «los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado», actualmente previsto en el artículo 28 b) CP.⁶³ De acuerdo a esta teoría, en la coautoría tiene un dominio del hecho quien tiene un «dominio funcional del hecho», debiendo ostentar todo coautor una función durante la realización del tipo que sea esencial para el éxito del plan del delito.⁶⁴

No obstante, para el análisis de la relación entre las conductas de Eduardo y Cipriano seguiré la teoría de Santiago Mir.⁶⁵ De acuerdo a ésta, debe considerarse coautores **no sólo a aquellos que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva.** El hecho *pertenece* a todos ellos puesto que *comparten* su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar. Además, aunque considera excesiva la doctrina del acuerdo previo mantenida por la jurisprudencia tradicional que considera suficiente la existencia de dicho acuerdo para la coautoría, de

⁶² Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 402.

Esteban Juan PÉREZ ALONSO, *La Coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, p. 119.

⁶³ En este sentido, véase STS 45/2011, de 11 de Febrero de 2011, Fundamento de Derecho Octavo: «Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SS. T.S. 21/12/92 Y 28/11/97 se afirmó que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho"».

⁶⁴ Esteban Juan PÉREZ ALONSO, *La Coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, p. 195-196.

⁶⁵ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 403-404.

acuerdo a Santiago Mir sí es necesario un **mutuo acuerdo** para la presencia de coautoría. Así, son coautores aquellos que se inscriben conscientemente en el plan conjunto, sabiendo que su intervención constituye una parte del mismo. Normalmente existirá un acuerdo precedente y expreso, en virtud del cual los coautores se repartirán los papeles; pero el acuerdo puede también producirse durante la ejecución y que sea tácito.

Siguiendo la teoría de Santiago Mir, en primer lugar comprobaremos si existe relación de coautoría en relación al delito de lesiones. En este primer altercado, Eduardo y Cipriano acometen a Florencio con armas blancas llegando a alcanzarlo en diversas acometidas.

En este caso vemos como, desde el punto de vista objetivo, tanto Eduardo como Cipriano realizan un acto esencial del plan criminal durante la fase ejecutiva, puesto que ambos acometen a Florencio con armas navajas y cuchillos causándole las consiguientes lesiones. Por lo tanto, **tanto Eduardo como Cipriano ejecutan los elementos del tipo de lesiones en sentido formal durante la fase ejecutiva, realizando por tanto una parte esencial del plan criminal.**

Además, desde el punto de vista subjetivo, existe un acuerdo común. Si bien el incidente se había iniciado por un enfrentamiento por causa indeterminada entre Florencio y Eduardo, en cuanto se desencadena la disputa Cipriano se une a ella, acometiendo ambos hermanos a Florencio, y produciéndose en consecuencia un acuerdo tácito en ese momento. Ambos se inscriben conscientemente en el plan conjunto de lesionar a Florencio con armas blancas, sabiendo que los actos llevados a cabo por cada uno de ellos constituyen una parte de ese plan. **En consecuencia, concurre un mutuo acuerdo tácito durante la ejecución.**

Además, debe descartarse que Eduardo o Cipriano actúen como cooperadores necesarios o cómplices, puesto que ambos realizan el tipo de lesiones. La cooperación necesaria y la complicidad son aportaciones realizadas por sujetos externos al plan criminal. No obstante, en este caso el hecho típico pertenece a

ambos, y ambos acometen a Florencio con armas blancas en el marco de un acuerdo común de lesionar a Florencio.

En consecuencia, puede apreciarse una relación de coautoría en relación al delito de lesiones.

En segundo lugar, siguiendo asimismo la teoría de Santiago Mir, comprobaremos si existe relación de coautoría en relación al delito de tentativa de homicidio. En el segundo altercado, tras ser Florencio golpeado por varios contendientes, éste cae al suelo, y es entonces cuando uno de los hermanos le golpea en la cabeza, «en presencia y con consentimiento del otro», con una azada de la que se habían hecho.

En este caso, nos encontramos ante el problema de que no puede establecerse con certeza cuál de los dos hermanos da el golpe en la cabeza a Florencio apto para causarle la muerte. En los hechos probados se establece que es «uno de los acusados, en presencia y con consentimiento del otro» quien propina el golpe en la cabeza a Florencio, pero se desconoce si el golpe lo ha asestado Eduardo o Cipriano.

Si siguiésemos la teoría objetivo-formal, no sería posible imputar el delito de homicidio en grado de tentativa al hermano que no golpeó en la cabeza a Florencio ya que no consta en los hechos probados que éste sujetase a Florencio mientras el otro le golpeaba, ni que ayudase de algún modo al otro hermano a golpearle. En consecuencia, en el sentido más restrictivo de esta teoría, uno de los hermanos no habría realizado todos los actos materiales integradores del tipo de homicidio por sí mismo. En un sentido menos estricto, tampoco podría considerarse que éste hermano tome parte directa en la ejecución del hecho realizando un acto típico, en el sentido de un acto decisivo para la presencia de alguno o todos los elementos del tipo de homicidio. Así, el hermano que no realiza el golpe no estaría contribuyendo con una aportación objetiva y decisiva para la producción del hecho típico.

En consecuencia, debería llegarse a la conclusión de que uno de los hermanos no podría ser considerado coautor de la tentativa de homicidio. A results de

ello, nos encontraríamos ante un hermano que debería ser considerado autor individual de la tentativa de homicidio –quien golpeó a Florencio en la cabeza– y otro hermano que no habría cometido ningún hecho antijurídico. Como no ha quedado probado qué hermano dio el golpe en la cabeza a Florencio, ninguno de ellos podría ser condenado como autor de un delito de tentativa de homicidio.

No obstante, tal como se ha indicado con anterioridad, seguiré la **teoría de Santiago Mir**. En primer lugar, de acuerdo a esta teoría debe analizarse si tanto Eduardo como Cipriano aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva.

De acuerdo a Santiago Mir, no debe considerarse sólo coautores a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino también a quienes realizan un acto esencial del plan criminal que no sea propiamente un acto ejecutivo. Esta consideración parte del hecho de que, en la práctica, en la realización colectiva de un hecho los actos literalmente ejecutivos no siempre constituyen la parte más complicada o insustituible; sino que el éxito del plan depende de aquellos que asumen una función importante dentro de éste.⁶⁶

En el caso de Eduardo y Cipriano puede apreciarse que, si bien el golpe fue efectuado por uno de ellos, el otro hermano mantuvo una actitud activa respecto a los acontecimientos; circunstancia que se deduce del hecho que ambos habían golpeado a Florencio inmediatamente antes hasta hacerle caer al suelo, momento en se propina el golpe en la cabeza a Florencio que podría haberle causado la muerte; así como de la posterior fuga de ambos hermanos, llevándose con ellos la herramienta empleada y dejando a Florencio inconsciente. Su consentimiento y adhesión al golpe que estaba realizando el otro, su misma presencia física y sus previos y posteriores actos contribuyen a la producción del hecho típico. Ambos intervienen de modo eficaz y directo a la persecución del plan, apreciándose un vínculo de solidaridad y cooperación que corresponsabiliza a ambos. Por ello, **puede afirmarse que ambos toman**

⁶⁶ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 403.

parte en la fase ejecutiva del delito de tentativa de homicidio aportando una parte esencial de la realización del plan.⁶⁷

En segundo lugar, siguiendo la teoría de Santiago Mir, debe analizarse si a su vez concurre un mutuo acuerdo. En los hechos se establece que, si bien el golpe lo efectúa uno de los hermanos, éste lo realiza «en presencia y con consentimiento» del otro hermano. Por lo tanto, existe un **mutuo acuerdo tácito y simultáneo a la dinámica comisiva**. Ambos consienten en la realización de ese golpe en la cabeza a Florencio que puede causarle la muerte. Ambos se inscriben conscientemente en el plan conjunto sabiendo que, por los motivos ya expuestos, su intervención constituye una parte del mismo.

Si bien podría plantearse la posibilidad de que el hermano que no golpea a Florencio actúe como cooperador necesario o cómplice, la concurrencia de estas formas de participación debe descartarse también en relación a este segundo altercado. No obstante, en este caso la delimitación entre la coautoría y la cooperación necesaria o la complicidad resulta más complicada ya que este hermano realiza un acto esencial no típico. Como se ha señalado anteriormente, los cooperadores necesarios y los cómplices son aquellos que realizan aportaciones a un plan ajeno, ya sea esta aportación esencial – en el caso del cooperador necesario- o no esencial – en el caso del cómplice-. En este caso, la discusión podría encontrarse entre si estamos ante un caso de coautoría o de cooperación necesaria ya que, siguiendo a su vez la teoría de los bienes escasos para diferenciar cooperación necesaria de complicidad, puede afirmarse que la aportación del hermano que no golpea a Florencio en la cabeza en todo caso podría considerarse un «bien escaso» para el otro hermano en ese contexto concreto en que se encuentran, constituyendo cooperación necesaria.⁶⁸

Así, la diferenciación entre coautoría y cooperación necesaria debe realizarse teniendo en cuenta que el coautor realiza un acto esencial dentro de un plan que puede considerarse suyo. El coautor asume la globalidad del plan, lo que

⁶⁷ Véase en este sentido la STS 1003/2006, de 19 de octubre de 2006.

⁶⁸ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 419-420.

se refleja en un acuerdo mutuo respecto a la totalidad del plan, razón por la cual opera el principio de imputación recíproca. En cambio, el cooperador necesario realiza una aportación esencial como sujeto externo al plan; existiendo solo acuerdo respecto de la contribución específicamente prestada. Por ello el cooperador necesario no está sometido al principio de imputación recíproca sino al principio de accesoriedad limitada de la participación. En el caso de Eduardo y Cipriano ya se ha demostrado que existía un mutuo acuerdo respecto a la totalidad del plan; consintiendo el otro hermano en que se realizase el hecho típico, y por tanto asumiendo el plan global como propio.

Por lo tanto, debe apreciarse una relación de coautoría en relación a la tentativa de homicidio.

SEGUNDA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

I. En relación al primer altercado, **debe considerarse a Eduardo y Cipriano coautores del delito de lesiones**. Ambos hermanos a) ejecutan los elementos del tipo de lesiones, puesto que ambos acometen a Florencio con armas blancas, realizando por lo tanto un acto ejecutivo y esencial del plan criminal; y b) concurre además un mutuo acuerdo tácito durante la ejecución de las lesiones.

II. En relación al segundo altercado, si bien no queda probado cuál de los hermanos propina el golpe en la cabeza a Florencio apto para producirle la muerte, **debe considerarse a Eduardo y Cipriano coautores de un delito de tentativa de homicidio**, puesto que a) ambos hermanos aportan una parte esencial de la realización del plan, que no tiene por qué ser un acto ejecutivo; y b) existe un acuerdo tácito durante la ejecución puesto que el golpe lo asesta uno de ellos «en presencia y con consentimiento del otro».

III. En la coautoría rige el **principio de imputación recíproca** de las distintas contribuciones, según el cual todo lo que haga cada uno de los autores es imputable a todos los demás. Por lo tanto, **todo aquello imputable a uno de los hermanos puede atribuírsele también al otro hermano**.

6. ESTUDIO DE LA TERCERA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. TERCERA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

Análisis de la conducta de Cipriano desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal

Dado que se ha apreciado que los hermanos Cipriano y Eduardo actúan en relación de coautoría cuando acometen a Florencio con armas blancas y posteriormente cuando le propinan un golpe en la cabeza con una azada, **el análisis de la antijuricidad realizado para la conducta de Eduardo es asimismo aplicable para el caso de Cipriano.**

En consecuencia, tal y como se ha detallado en la *Primera cuestión*, puesto que concurren todos los elementos de la antijuricidad (comportamiento, tipicidad, ausencia de causas de justificación y relación de autoría), puede concluirse que existe un hecho antijurídico y, en consecuencia, habrá responsabilidad civil derivada de delito.

Por ello, pasaremos directamente a analizar la responsabilidad personal de Cipriano. En primer lugar, analizaremos el conocimiento de la antijuricidad. Es decir, si Cipriano realizó el hecho antijurídico conociendo su prohibición o habiendo podido conocerla. Cipriano conocía o podía conocer, en el momento de acometer a Florencio con armas blancas y en el momento de propinarle un golpe en la cabeza con una azada, la prohibición de realizar estos hechos. No concurre, por lo tanto, ningún error de prohibición (artículo 14.3 CP).

En segundo lugar, debe analizarse la exigibilidad de la conducta adecuada a derecho. La conducta le es exigible a Cipriano dado que, como en el caso de su hermano, Cipriano tampoco se encontraba en una situación anormal o excepcional que le exigiera una conducta heroica. Por lo tanto, no concurre miedo insuperable (artículo 20.6 CP); siéndole exigible una conducta adecuada a derecho.

En tercer lugar, examinamos la imputabilidad. Descartada la eximente por minoría de edad penal (artículo 19 CP), debemos analizar si concurren las causas eximentes previstas en los artículos 20.1, 20.2 y 20.3 del Código penal

que, como se ha indicado, ya no contienen una fórmula biológica (o psiquiátrica), sino una fórmula mixta biológica-psicológica. En el caso de Cipriano, en el momento de realizar la acción antijurídica no concurre ninguna de las causas eximentes:

1. Cipriano, al contrario que su hermano Eduardo, no padecía en el momento de los hechos ninguna anomalía o alteración psíquica que le impidiese comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (artículo 20.1. CP).
2. En relación a la eximente prevista en el artículo 20.2 CP, pese a haber consumido «en mayor o menor medida alcohol», como todos los demás, no puede afirmarse que Cipriano se hallara en estado de intoxicación plena, ni semiplena, por el consumo de bebidas alcohólicas. Y en todo caso, de haber sido la ingesta de alcohol suficiente como para causarle la intoxicación, Cipriano podía haber previsto que la ingesta de alcohol le podía llevar a actitudes más violentas y por lo tanto a golpear a alguien. Por lo tanto, **aunque realmente se hallara en un estado de intoxicación por el consumo de alcohol debería descartarse la concurrencia de esta eximente de acuerdo a la estructura de la *actio libera in causa***. Con éste término la doctrina hace referencia a aquellas situaciones caracterizadas por el hecho de que un sujeto realiza un hecho típico en «ausencia de libertad», habiendo provocado (de forma dolosa o imprudente) él mismo en un momento anterior tal estado.⁶⁹ Por tanto, debe descartarse la concurrencia de una eximente por intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas.
Tampoco consta que Cipriano se hallase bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras, que le impidiese comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (artículo 20.2. CP).
3. Por último, tampoco consta que Cipriano sufra alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que le alteren gravemente la conciencia de la realidad (artículo 20.3. CP).

⁶⁹ Ujala JOSHI JUBERT, *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*, p. 126.

Por todo lo anterior, Cipriano debe ser considerado imputable. Cipriano actuó en condiciones psíquicas y de madurez normales. Queda, por tanto, comprobada su capacidad de comprender lo injusto del hecho y de dirigir su actuación conforme a dicho entendimiento.

Cipriano es penal y personalmente responsable del hecho antijurídico y, en consecuencia, procederá la imposición de una pena.

TERCERA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

I. En la *Primera cuestión* de este dictamen se ha confirmado que **las conductas llevadas a cabo por Cipriano y su hermano Eduardo en relación de coautoría de acometer a Florencio con armas blancas y propinarle un golpe en la cabeza con una azada son antijurídicas**. En consecuencia, deberá imponerse el pago de la responsabilidad civil derivada de delito.

II. **Cipriano es responsable penalmente. Por ello, debe ser condenado como coautor de un delito de tentativa de homicidio** (artículo 138 CP, con relación a los artículos 16.1 y 62 CP), teniendo en cuenta que la tentativa idónea acabada se castiga con la pena inferior en un grado, a una pena de siete años de prisión; **y como coautor de un delito de lesiones**, tipo agravado del artículo 148.1º CP por el uso de armas blancas concretamente peligrosas para la vida del lesionado, a una pena de tres años de prisión, todo ello en concurso real de delitos.

7. ESTUDIO DE LA CUARTA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. CUARTA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

Análisis de la conducta de Florencio desde el punto de vista de la parte general del Derecho penal

Tras ser retirado del lugar del altercado anterior por unos conocidos, Florencio coge un palo del suelo y se acerca en solitario hacia el grupo donde se encuentran Cipriano y Eduardo, iniciándose un nuevo altercado durante el cual Florencio golpea a Eduardo en la cabeza con el palo.

En consecuencia, la conducta a analizar es golpear con un palo en la cabeza a Eduardo.

Siguiendo la teoría del delito, en primer lugar analizaremos la antijuricidad. El primer elemento de la antijuricidad es el comportamiento. Debe comprobarse que existe un comportamiento humano voluntario en el momento de la lesión del bien jurídico. Son causas de exclusión del comportamiento humano la fuerza irresistible, los movimientos reflejos y la inconsciencia.⁷⁰ En este caso, no concurre ninguno de estos supuestos. En consecuencia, la conducta de golpear con un palo en la cabeza a Eduardo constituye un comportamiento voluntario. Puesto que existe comportamiento humano, debe proseguirse con el análisis.

En segundo lugar analizaremos la tipicidad. Es un tipo de comisión, doloso, consumado, de resultado. Empezaremos por la parte objetiva. En primer lugar, debe constatarse la presencia de una conducta típica. Es decir, debe analizarse si el golpear en la cabeza a Eduardo con un palo ha creado un riesgo típicamente relevante para la integridad física de Eduardo. El baremo que debe utilizarse es ex ante, con todos los conocimientos, ciencia y experiencia de la persona normativa ideal. Analizamos si se da alguna de las causas de exclusión del riesgo típicamente relevante: adecuación social, riesgo permitido, riesgo insignificante o consentimiento.⁷¹ En este caso no concurre ninguna de las causas de exclusión del riesgo típicamente relevante. En

⁷⁰ Véase nota 11.

⁷¹ Véase nota 12.

segundo lugar, analizamos la imputación objetiva del resultado, es decir, examinamos si el resultado puede ser atribuido a la conducta. Lo analizaremos con un baremo ex post, con todos los conocimientos, ciencia y experiencia de la persona normativa ideal. Primero, miramos si existe relación de causalidad. De acuerdo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, de acuerdo con la cual cualquier condición del resultado es causa de éste, existe relación de causalidad. Segundo, comprobamos si hay relación de riesgo. Existe relación de riesgo porque el resultado entra dentro del ámbito de protección de la norma infringida. El resultado producido es la herida de Eduardo de 7 cm. en el cuero cabelludo que precisó sutura. La norma prohibida es «prohibido golpear en la cabeza con un palo». Por lo tanto, el resultado producido es de los que la norma quería evitar. Existe relación de congruencia entre resultado y conducta.

A continuación, analizaremos la parte subjetiva. El baremo que se utiliza es uno ex ante, desde la posición del autor, con todos los conocimientos, ciencia y experiencia del autor, valorado por la persona normativa ideal. Podemos afirmar que Florencio actuó con dolo, no imprudencia, ya que le golpeó conociendo que estaba realizando la acción descrita por el tipo de lesiones, conociendo además su peligrosidad y su capacidad de lesionar la integridad física de Eduardo. En concreto, se trata de un **dolo de primer grado porque Florencio conocía que estaba realizando la acción prohibida de lesionar a Eduardo y perseguía su resultado**. Sin duda, Florencio golpeó a Eduardo con la intención de lesionarlo. Además, no concurre error de tipo (artículo 14.1 CP).

Examinada la tipicidad, comprobamos si existen causas de justificación. No concurren ni estado de necesidad, ni el ejercicio de un derecho u obediencia debida. Podría debatirse la concurrencia de legítima defensa por ser Florencio golpeado por los hermanos Cipriano y Eduardo, pero como se ha señalado en la *Primera cuestión* de este dictamen, debe tenerse en cuenta que **nos encontramos en el contexto de una riña mutuamente aceptada, y ésta no da lugar a legítima defensa puesto que en ella no se produce una agresión ilegítima y actual, el primer requisito de la legítima defensa**. La jurisprudencia y doctrina mayoritaria han considerado este requisito como

esencial, resultando en consecuencia imposible apreciar la eximente completa o la incompleta.⁷²

En último lugar, el cuarto elemento de la antijuricidad es la relación de autoría. **Florencio es autor individual puesto que realiza a solas el hecho delictivo (artículo 28, en relación al 61 CP). Florencio es quien golpea por sí solo a Eduardo en la cabeza con un palo.**

Dado que concurren los cuatro elementos de la antijuricidad, puede concluirse que existe un hecho antijurídico. En consecuencia, habrá responsabilidad civil derivada de delito.

Una vez confirmado que Florencio ha realizado un comportamiento antijurídico en concepto de autor, debe comprobarse su responsabilidad personal. En esta categoría analizaremos si Florencio ha llevado a cabo esa conducta en condiciones de madurez psíquica o en situación de normalidad.

En primer lugar, comprobamos que Florencio golpeó a Eduardo con conocimiento de que ese hecho estaba prohibido. Por lo tanto, actuó conociendo la antijuricidad. No concurre error de prohibición (artículo 14.3 CP).

En segundo lugar, comprobamos que no concurrió miedo insuperable. Florencio no se encontraba en ninguna situación anormal o excepcional en la que no le fuera exigible una conducta adecuada a derecho.

Finalmente, analizamos la imputabilidad. Descartada la eximente por minoría de edad penal del artículo 19 CP, comprobamos que en el caso de Florencio no concurren las eximentes previstas en los artículos 20.1, 20.2 y 20.3 del Código penal.

1. En relación al artículo 20.1 CP, puede afirmarse que en el momento de cometer la infracción penal Florencio no padecía ninguna anomalía o alteración psíquica que le impidiese comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

⁷² Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*. 9ª ed., p. 447.

2. En relación al artículo 20.2 CP, tal como se ha señalado en la *Tercera cuestión*, si bien se establece en los hechos probados que los participantes en el altercado habían «consumido todos en mayor o menor medida alcohol», no puede por ello afirmarse que Florencio se hallara en estado de intoxicación plena, o semiplena, por el consumo de bebidas alcohólicas. Y, como se ha afirmado para el caso de Cipriano, de haber sido el consumo de alcohol suficiente para causarle la intoxicación, Florencio podía haber previsto que le podía llevar a golpear a Eduardo; debiéndose descartar la concurrencia de esta eximente de acuerdo a la estructura de la *actio libera in causa*.

Tampoco consta en los hechos probados que Florencio se hallase bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras, que le impidiese comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3. Por último, y en relación al artículo 20.3 CP, no hay constancia de que Florencio sufra alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que le alteren gravemente la conciencia de la realidad.

Por consiguiente, no concurriendo ninguna de las eximentes, Florencio debe ser considerado imputable.

Florencio es penal y personalmente responsable del hecho antijurídico y, en consecuencia, procederá la imposición de una pena.

Con el redactado actual del Código penal, **cabría valorar si debe condenarse a Florencio por un delito de lesiones**, en su tipo agravado del artículo 148.1º CP por el uso de un objeto –un palo- concretamente peligroso para la vida del lesionado, **o por una falta de lesiones** (617 CP).

La diferencia entre el delito y la falta reside en el resultado lesivo. Cuando la lesión requiera objetivamente para su curación, además de una primera asistencia facultativa, de un tratamiento médico o quirúrgico, estaremos ante un delito. Por el contrario, en el caso de la falta únicamente será necesaria una primera asistencia facultativa (art. 617.1 CP) o ni siquiera ésta (art. 617.2 CP).

No obstante, la comisión en un año de cuatro faltas convierte el hecho en delito (art. 147.1 CP).

En este caso, ha quedado probado que la herida de 7 cm. en cuero cabelludo de Eduardo precisó sutura. El Tribunal Supremo ha establecido en su jurisprudencia que los puntos de sutura constituyen tratamiento médico/quirúrgico, considerando en consecuencia la concurrencia de un delito de lesiones. En este sentido, en la STS 1722/2000, de 9 de noviembre de 2000 se señala que «cualquier intervención que necesite cirugía reparadora y que suponga la necesidad de aplicar puntos de sutura, es y constituye un tratamiento quirúrgico, que impide incluir las lesiones en la categoría de las faltas».⁷³ **En consecuencia, Florencio debe ser condenado por un delito de lesiones, tipo agravado del artículo 148.1º CP.**

No obstante, debe tenerse en cuenta que el próximo 1 de julio del 2015 entrará en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, que eliminará el Libro III del Código penal, donde se encuentran previstas actualmente las faltas, desapareciendo éstas del Código penal.

CUARTA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

I. Queda acreditada la antijuricidad de la conducta de Florencio de golpear con un palo en la cabeza a Eduardo. En consecuencia, Florencio deberá pagar la responsabilidad civil derivada de delito.

II. Florencio debe ser condenado como autor penalmente responsable de un delito de lesiones, tipo agravado del artículo 148.1º CP por el uso de un objeto concretamente peligroso para la vida del lesionado, a una pena de tres años de prisión.

⁷³ STS 1722/2000, de 9 de noviembre de 2000, Fundamento Jurídico Sexto. Véase también STS 1890/2001, de 19 de octubre de 2001.

8. CONCLUSIONES FINALES

I. En el caso de los hermanos Eduardo y Cipriano, las conductas analizadas han sido acometer a Florencio con armas blancas y propinarle un golpe en la cabeza con una azada pequeña. Se ha comprobado la antijuricidad de estas conductas. En consecuencia, existe responsabilidad civil derivada de delito. Eduardo y Cipriano deben indemnizar a Florencio por las lesiones causadas y por las secuelas.

II. Ambos hermanos actúan en relación de coautoría cuando realizan estas conductas. En relación a las lesiones producidas en el primer incidente, ambos hermanos ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, acometiendo ambos a Florencio con armas blancas; y concurriendo a su vez un mutuo acuerdo tácito durante la ejecución.

En relación a la tentativa de homicidio, aunque no se conozca cuál de los dos hermanos propina el golpe en la cabeza a Florencio apto para producirle la muerte, a) ambos hermanos aportan una parte esencial de la realización del plan, aunque en el caso de uno de los hermanos éste no sea un acto ejecutivo; y b) existe un mutuo acuerdo tácito durante la ejecución ya que el golpe lo asesta uno de ellos «en presencia y con consentimiento del otro».

En base al principio de imputación recíproca que rige en la coautoría todo aquello imputable a uno de los hermanos puede ser atribuido también al otro hermano.

III. En consecuencia, ambos hermanos deben ser considerados coautores de un delito de tentativa de homicidio y de un delito de lesiones, tipo agravado del artículo 148.1º CP por el uso de armas blancas concretamente peligrosas para la vida del lesionado.

IV. No obstante, Eduardo debe ser considerado semiimputable, apreciándose la eximente incompleta por anomalía o alteración psíquica del artículo 20.1 CP.

Eduardo debe ser condenado como coautor de un delito de tentativa de homicidio, con la concurrencia de la eximente incompleta de anomalía o

alteración psíquica que debe castigarse en este caso con la pena inferior en un grado, y teniendo en cuenta que la tentativa idónea acabada se castiga con la pena inferior en un grado, a una pena de tres años y seis meses de prisión; y como coautor de un delito de lesiones, tipo agravado del artículo 148.1º CP por el uso de armas blancas concretamente peligrosas para la vida del lesionado, con la concurrencia de la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica que debe castigarse asimismo con la pena inferior en un grado, a una pena de un año y seis meses de prisión, todo ello en concurso real de delitos.

Asimismo, en aplicación del artículo 104 CP, en relación al artículo 101 CP, debe imponérsele una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico adecuado a su discapacidad intelectual por un tiempo máximo de cinco años.

Según los principios del sistema vicarial (artículo 99 CP), el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento debe ejecutarse con preferencia al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá suspender el cumplimiento del resto de la pena o aplicar alguna de las medidas no privativas de libertad del artículo 96.3 del Código penal.

V. Cipriano debe ser considerado penalmente responsable. No concurren en él ninguna de las causas eximentes de responsabilidad penal. Por ello, debe ser condenado como coautor de un delito de tentativa de homicidio, teniendo en cuenta que la tentativa idónea acabada se castiga con la pena inferior en un grado, a una pena de siete años de prisión; y como coautor de un delito de lesiones, tipo agravado del artículo 148.1º CP por el uso de armas blancas concretamente peligrosas para la vida del lesionado, a una pena de tres años de prisión, todo ello en concurso real de delitos.

VI. Florencio realiza la conducta de golpear con un palo en la cabeza a Eduardo. Ha quedado acreditada la antijuricidad de dicha conducta. En consecuencia, habrá responsabilidad civil derivada de delito; debiendo Florencio indemnizar a Eduardo por las lesiones que le ha causado y por las secuelas.

VII. Florencio debe ser considerado penalmente responsable. En consecuencia, debe ser condenado como autor de un delito de lesiones, tipo agravado del artículo 148.1º CP por el uso de un objeto concretamente peligroso para la vida del lesionado, a una pena de tres años de prisión.

9. RELACIÓN DE LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFÍA

9.1. Legislación

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE, núm. 281, 24-11-1995, pág. 33987-34058).

9.2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo 3603/1994 (Sala Segunda, de Penal), de 13 de Diciembre de 1994.

Sentencia del Tribunal supremo 1722/2000 (Sala Segunda, de Penal), de 9 de noviembre de 2000 (recurso 4992/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo 1890/2001 (Sala Segunda, de Penal), de 19 de octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo 149/2003 (Sala Segunda, de Penal), de 4 de febrero de 2003 (recurso 546/2002).

Sentencia del Tribunal Supremo 341/2003 (Sala Segunda, de Penal), de 11 de marzo de 2003 (recurso 634/2001).

Sentencia del Tribunal Supremo 1003/2006 (Sala Segunda, de lo Penal), de 19 de octubre de 2006 (recurso 1254/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo 210/2007 (Sala Segunda, de Penal), de 15 de marzo de 2007 (recurso 1505/2006).

Sentencia del Tribunal Supremo 601/2007 (Sala Segunda, de lo Penal), de 4 de julio de 2007 (recurso 1391/2006).

Sentencia del Tribunal Supremo 587/2008 (Sala Segunda, de Penal), de 25 de septiembre de 2008 (recurso 11285/2007).

Sentencia del Tribunal Supremo 258/2009 (Sala Segunda, de Penal), de 16 de marzo de 2009 (recurso 10688/2008).

Sentencia del Tribunal Supremo 603/2009 (Sala Segunda, de Penal), de 11 de junio de 2009 (recurso 11493/2008).

Sentencia del Tribunal Supremo 968/2009 (Sala Segunda, de Penal), de 21 de octubre de 2009 (recurso 2146/2008).

Sentencia del Tribunal Supremo 582/2010 (Sala Segunda, de Penal), de 16 de junio de 2010 (recurso 10032/2010).

Sentencia del Tribunal Supremo 1188/2010 (Sala Segunda, de Penal), de 30 de diciembre de 2010 (recurso 10665/2010).

Sentencia del Tribunal Supremo 45/2011 (Sala Segunda, de Penal), de 11 de febrero de 2011 (recurso 1608/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 189/2010 (Sección 1ª), de 11 de junio de 2010 (recurso 1/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 22/2012 (Sección 2ª), de 30 de enero de 2012 (recurso 9/2011).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 378/2013 (Sección 1ª), de 4 de octubre de 2013 (recurso 52/2012).

9.3. Bibliografía

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *DSM-IV: manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Coordinador general de las ediciones española, francesa e italiana: Pierre Pichot; director de la edición española: Juan J. López-Ibor Aliño; coordinador de la edición española: Manuel Valdés. Barcelona: Masson, 1995, 909 p. ISBN: 8445802976.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *DSM-IV-TR: manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Director de la edición española: Juan J. López-Ibor Aliño; codirector de la edición española: Manuel Valdés Miyar. Barcelona; Madrid: Masson, 2002, 1049 p. ISBN: 9878445810873.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales: DSM-5*. Coordinadores de la revisión científica de la edición española: José Luis Ayuso, Eduard Vieta, Celso Arango. 5ª ed. Madrid: Médica Panamericana, 2014, 947 p. ISBN: 9788498358100.

FONSECA MORALES, Gema María. *La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal*. Madrid: Dykinson, 2009, 324 p. (Colección Monografías de derecho penal; 14). ISBN: 8498497000.

JOSHI JUBERT, Ujala. *Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., 2009, 231 p. (Monografías). ISBN: 978-84-92656-20-2.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho penal: parte general*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, 586 p. (Manuales). ISBN: 978-84-9033-269-6.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, 814 p. ISBN: 9974-578-36-1

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, 647 p. (Tirant lo Blanch libros). ISBN: 978-84-9876-921-0.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La Coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 1998, 441 p. ISBN: 8481516732.