

¿QUÉ O QUIÉN?

(La concepción subjetiva de la antijuridicidad)

Índice

1.	Agradecimientos	.	.	.	1
2.	Introducción	.	.	.	3
3.	Planteamiento y Desarrollo	.	.	.	4
4.	Estructura de la norma penal	.	.	.	11
5.	Clases de antijuridicidad	.	.	.	16
6.	Ejemplos de derecho positivo de la concepción subjetiva de la antijuridicidad	.	.	.	16
6.1.	Actos preparatorios punibles	.	.	.	18
6.1.1.	Conspiración	.	.	.	18
6.1.2.	Proposición	.	.	.	20
6.1.3.	Provocación	.	.	.	21
6.2.	Tentativa inidónea y delito imposible	.	.	.	21
7.	Ejemplos de la concepción subjetiva de la antijuridicidad en la práctica forense	.	.	.	27
7.1.	Delito imposible	.	.	.	28
7.2.	Es un chico de buena familia	.	.	.	29
7.3.	Contenedor del puerto	.	.	.	30
7.4.	Eso es imposible que lo haya hecho ella	.	.	.	32
8.	La normalidad como criterio rector en lo cotidiano	.	.	.	40
9.	Paradigmas de la concepción subjetiva de la antijuridicidad en lo cotidiano	.	.	.	43
9.1.	Paradigmas: Lo hago por ti; Parece mentira; ¿Cómo te atreves?; Usted no sabe con quién está hablando,	45
10.	Conclusión: la concepción subjetiva de la antijuridicidad como soporte dogmático de los totalitarismos	.	.	.	46

1. AGRADECIMIENTOS

Quiero empezar esta intervención con unas palabras de agradecimiento.

En primer lugar a Andrés Boix y a Jesús Olavarría por el mantenimiento de este encuentro mensual que lleva ya muchos años en danza por lo que se ha convertido en una actividad cotidiana, normal, hasta tal punto que se echaría de menos si desapareciese. Vosotros –Andrés y Jesús- predicáis con el ejemplo. Obras son amores que no buenas razones, dice el refrán.

En segundo lugar, vaya mi agradecimiento al Discussant, Javier Boix, amigo y compañero, del que –y siempre que hay ocasión, y ésta es una de ellas, lo repito- he recibido -recibí allá por 1976- el mejor consejo que se puede recibir estando en la Universidad.

Lo que sigue tuvo lugar en el edificio de Blasco Ibáñez, donde y hasta 1995 estaba nuestra querida Facultad de Derecho. Yo comenzaba a subir por la escalera que queda a la derecha según se entra en la facultad por su puerta principal. Javier bajaba, yo apenas había subido un par de escalones, y Javier a una distancia no superior a otros tantos, dirigiéndose a mí me dijo que como sabía que yo tenía intención de quedarme en el departamento me aconsejaba que pidiera la beca de investigación, pues él, al haber leído la tesis ya no podía tener esa beca y si yo la pedía, el departamento podría seguir teniendo a un becario de investigación. Yo estaba en quinto curso. Le di las gracias por la sugerencia, aunque un tanto sorprendido porque supiese eso de mí y añadió: ***“ah, y en la universidad desmitifica, en la universidad desmitifícalo todo”***. Esto aún me dejó más sorprendido -perplejo, diría yo- por la crítica implícita que tal consejo contenía.

Javier y yo hemos hablado en más de una ocasión sobre esta anécdota y coincidimos en que, en aquél entonces, ni él ni yo podíamos imaginar el alcance de esas palabras y lo corto que nos quedamos con el significado que él les dio y yo les atribuí.

Hoy, cuarenta y ocho años después de aquel momento y haciendo más las palabras de Javier, me permito repetir las para ustedes: ***en la universidad hay que desmitificarlo todo.***

2. INTRODUCCIÓN

Como cuestión previa, quiero -otra vez- usar una cita del profesor Boix. Hace, unos cuantos años, tal vez diez o quince, tanto da, Javier refiriéndose a un amigo suyo, del que no recuerdo su nombre, comentó que éste le dijo que ***“cuando empezamos a dar clase queremos enseñarlo todo, luego enseñamos lo que sabemos y al final lo que consideramos más importante”***. Yo me jubilé el 31 de agosto del 23. Por tanto estoy en esa tercera etapa. De ahí el contenido de esta exposición.

¿Por qué este título y qué pretendo decir con él?

Inicialmente el título de este seminario iba a ser ***“La concepción subjetiva de la antijuridicidad”***. Pero Jesús –mi querido Jesús- me dijo que lo cambiase porque si no, nadie se iba a enterar. Yo, para mis adentros pensé que la gente sí que se iba a enterar, pero la sabiduría de Jesús, me hizo ver que con ese título, además le daba un cariz dogmático al seminario, que no era ni con mucho mi finalidad. Por ello, modifiqué el título inicial e introduje como referente, lo que en el fondo es el meollo de la cuestión: ***¿Qué o quién?***

Entonces, ¿cuál es la finalidad de mi exposición? Muy fácil: poner de manifiesto las reflexiones que me he ido haciendo a lo largo de mi discurrir por el Derecho Penal, reflexiones que han sido bidireccionales, y que como

acabo de decir, no van a ser sobre todo el derecho penal, ni sobre el poco derecho penal que sé, sino sobre la que considero más importante del derecho penal o por lo menos lo que a mi más me ha llamado la atención, interesado y sobretodo ayudado personalmente. Me estoy refiriendo a la exigibilidad, y aunque, el título de este Seminario "**Qué o quién (la concepción subjetiva de la antijuridicidad)**" se verá que exigibilidad y antijuridicidad están íntimamente ligadas.

Cuando hablamos de exigibilidad, necesariamente nos estamos refiriendo a dos sujetos, el que exige y al que se le exige; cuando hablamos de antijuridicidad, también estamos hablando de dos sujetos: el activo que realiza la acción lesiva y el pasivo, que recibe o soporta el daño **A veces estas dos categorías –antijuridicidad y exigibilidad- se confunden. También en el seno del derecho penal.**

3. PLANTEAMIENTO Y DESARROLLO

Desde siempre me ha preocupado la exigibilidad. ¿Qué se puede exigir al ciudadano?, ¿el individuo como ciudadano, a qué puede ser obligado?

Cuando era estudiante, y tenía una visión romántica del derecho penal, entre otras cosas me planteé porqué se castigaba la imprudencia, si no había intención de delinquir y aunque, en algunas ocasiones –no todas- esa imprudencia era debido a la falta de diligencia, de atención, de cuidado, cierto, en otras, esa imprudencia se debía al **desconocimiento o error**, desconocimiento en suma, entonces **¿por qué se castigaba el desconocimiento?**

Cuando en unos de los días que la facultad estaba cerrada por la muerte de Franco fui a hablar con el profesor Cobo del Rosal para decirle que me gustaría hacer la tesina (hoy día podríamos decir que es el equivalente a un TFM, solo que los TFM se liquidan con uno o dos meses de trabajo a lo sumo y la tesina suponía cuando menos seis meses de dedicación a tiempo completo)

le dije que me gustaría hacer la tesina sobre la imprudencia. Rápidamente me dijo que en absoluto. Que la imprudencia era un tema demasiado amplio para una tesina de licenciatura y me recondujo al arrepentimiento espontáneo. En aquel entonces el art. 9.9ª CP, hoy día desglosado en el 21.4 y 21.5 CP

En efecto la imprudencia no era tema para una tesina, por demasiado extenso y complejo, pero dentro de este tema (imprudencia), siguiendo en la línea expositiva del porqué del este seminario, latía la idea central: la **exigibilidad**, pero ahora ampliado: ¿Por qué el Estado nos puede exigir ciertos comportamientos? ¿Por qué el Estado nos puede castigar por llevar a cabo ciertos comportamientos no intencionales?

Acabo la carrera, me voy a la mili y de regreso me presento en el Departamento de Penal para hacer la tesina. Allí se me indica un sitio en lo que entonces era el seminario de Penal y empiezo a trabajar. Leo la tesina y se me dice que empiece a estudiar el Mezger.

Virgen Santa, que suplicio. Aquello era infumable. Las retorsiones mentales que tenía que hacer para poder comprender aquel intrincado laberinto, me superaban. Para mis adentros me decía: si yo sé derecho penal, aunque al mismo tiempo me decía: no sé derecho penal, pero, bueno, había acabado la carrera de derecho y hecho la tesina en derecho penal y si aquello me resultaba tan confuso, tan enrevesado (todo esto me lo decía con motivo de la acción) y debía comprenderlo para que se me pudiera reprochar algo a título de dolo, y podemos establecer que los delincuentes, de todo esto, nada de nada, ¿cómo es posible hablar de reproche? **La exigibilidad volvía a hacer acto de presencia**, pues, es evidente que sólo se nos puede reprochar algo en la medida en que se nos pueda exigir algo, que puede ser hacerlo o no hacerlo. Cuando alguien con intención de romper la nariz a otro, le da un puñetazo, ¿se plantea todo esto? Evidentemente que no, mucho menos las complicadas disertaciones de Mezger sobre la acción. Y ello –la ausencia de tales especulaciones sobre la acción- no es óbice para que podamos imputarle, se nos pueda imputar, un comportamiento doloso. Algo falla, concluía una y otra vez. **Total, que dejé de estudiar el Mezger.**

Sin embargo, el tema de la exigibilidad no solo me ha preocupado en el **ámbito público**, también en el **privado**. Al decir ámbito público, me estoy refiriendo al mundo de relación regulado por normas jurídicas y más concretamente a las normas jurídicos penales, en tanto en cuanto con éstas se establece aquello que se considera ataque intolerable para el orden de convivencia en el seno de la sociedad organizada (carácter fragmentario del derecho penal). Por el contrario, al hablar de ámbito privado, me estoy refiriendo a un ámbito de relación entre iguales, no regulado por normas jurídicas, sino morales, donde **el sujeto establece pactos y alianzas según su libre criterio, libre criterio por el que también se guía a la hora de modificar o dar por concluida tal o cual relación.**

Pues bien, para analizar la exigibilidad en el ámbito privado procuré trasladar a ese ámbito particular o privado, íntimo en suma, las estructuras y recursos del derecho penal que poco a poco iba descubriendo. Con ello pretendía obtener una mayor objetividad a la hora de conocer, y para ello procuraba que el análisis de aquello que despertaba mi interés discurrese por la estructura del Derecho Penal (hecho, daño y reproche) estructura que, al no ser una creación mía, me proporcionaba mayor objetividad, que es lo que en definitiva buscaba, siendo posible trasladar y aplicar ese mismo método de conocimiento a otros supuestos no tipificados en la ley penal, y me decía para mis adentros: así como el veneno es una cuestión de dosis, aquí era una cuestión de escala o proporción. El trasvase del *método penal* a supuestos no tipificados requería que la escala resultante del binomio delito/pena, se adecuara a la situación a analizar, a fin de formular un juicio, un diagnóstico y respuesta adecuada, es decir una **respuesta proporcional** al hecho objeto de análisis. También advertí que ese *análisis penal* podía aplicarse a cualquier situación o ámbito que me pudiera imaginar: personal, doméstico, colectivo, social, ... De ahí que el daño provocado por el hecho y el consiguiente reproche que el o los autores del mismo pudieran merecer, y consiguiente respuesta frente a tal proceder, **variase según el propio hecho y el ámbito en el que se produjera**: personal, doméstico, social, ... Lo cual también presenta una similitud con el Derecho Penal, pues éste protege no solo bienes particulares (vida, patrimonio, ...), sino también bienes colectivos, ya de naturaleza privada (seguridad vial, salud pública, ...) ya de naturaleza pública. También en estos ámbitos, vamos a llamar ajenos al derecho penal, la respuesta a ciertas

situaciones **estaba condicionada por la exigibilidad**, de tal modo que la exigibilidad se convertía en la columna vertebral sobre la que se estructura todo el andamiaje de las relaciones personales. A su vez -ahora aplicado al campo de lo público-, la exigibilidad se convierte en el contrapunto a la potestad punitiva del Estado: ¿qué nos puede exigir el Estado?, pues es evidente que el **Estado no nos puede exigir todo** o cualquier cosa. Y a nivel particular, la exigibilidad también es el límite que no se puede traspasar, es el criterio a respetar al relacionarte con el otro.

Este planteamiento pudiera hacernos pensar que, no obstante hablar o utilizar el mismo concepto de exigibilidad, la semejanza tan solo es fonética, no conceptual. No es necesario profundizar en la diferencia entre derecho y moral. No obstante, esta diferencia conceptual -formal y material- entre derecho y moral, no impide, en mi opinión, establecer un paralelismo o similitud a la hora de analizar los hechos objeto del derecho penal y algunos hechos objeto de la moral, los que suponen **relación entre iguales**¹, paralelismo o similitud en el análisis, al ser perfectamente posible utilizar el **mismo método de conocimiento**, que denominamos **método analítico-sintético**.

El procedimiento para determinar el iter en aquellas relaciones reguladas jurídico penalmente está establecido (Código Penal y LECrim), no así en las relaciones morales a las que nos estamos refiriendo. ¿Cómo juzgarlas, pues, sin perder la objetividad?

En mi opinión el esquema o método de conocimiento del derecho penal (método analítico-sintético)², concebido para enjuiciar hechos típicos, y

¹ Iguales, porque no hay ninguna norma jurídica que establezca jerarquía o dependencia. Si la hubiese la relación no se desenvolvería en el ámbito privado o moral, sino en el jurídico.

² **Método analítico-sintético**: Consiste en descomponer (análisis) el hecho objeto de verificación típica en tractos a fin de comprobar, mediante su reunificación (=síntesis) si en el hecho se reproducen o materializan todos los elementos de la figura típica y poder hablar, mediante la reunificación (síntesis) de esos elementos típicos materializados, de hecho típico. **Tracto**: unidad espacio temporal vacía de contenido. La mínima porción espacio temporal capaz de ser interpretada, tener un valor o ser expresión de algo. Tiene un carácter instrumental para determinar la configuración del hecho típico (ámbito jurídico penal) o meramente un hecho (ámbito

determinar de entre los hechos típicos, aquellos que son antijurídicos y de éstos los que merecen reproche, sirve perfectamente para enjuiciar (moralmente) hechos en el ámbito de las relaciones personales, hechos que por definición son atípicos, y que, no obstante, no nos son indiferentes, de ahí que nos produzcan daño (moral), y se puedan reprochar (moralmente) a quienes han producido el daño, reproche que a veces se convierte en castigo con tan solo explicitarlo, y otras veces el castigo es algo más o mucho más que la mera enunciación del reproche formulado por el malestar padecido: la intensidad de la reacción depende del que se siente ofendido.

Pero claro, en las relaciones personales y por extensión en el ámbito privado, a diferencia del derecho penal, no hay principio de legalidad. En el primer caso las relaciones vienen reguladas por normas jurídicas, en el segundo por normas morales.

Si en el derecho penal la antijuridicidad, es decir el daño, solo se puede predicar del hecho típico, en el ámbito privado, el daño se predica del hecho, pues no existe el principio de legalidad. Si en el derecho penal el daño viene establecido ex lege (otra vez principio de legalidad) en el ámbito privado el daño lo establece *motu proprio* el otro, pues no hay principio de legalidad. Si en el derecho penal el reproche y por tanto la exigibilidad resulta del principio de legalidad, en la esfera privada, al no existir principio de legalidad, son los hechos, -no los hechos típicos, sino meramente los hechos- y cuya lesividad depende del criterio del otro, los que sirven de fundamento al reproche. Y el reproche sólo puede predicarse en función de la exigibilidad.

¿Qué puedo exigir, que se me puede exigir, a qué estoy obligado en mi relación con otros, esos otros a qué están obligados para conmigo? Y eta evidente, que en este campo –mi relación con otros y en general en la relación

moral) **Ejemplo:** coger un vaso de agua para beber. Tracto 1 = coger el vaso; tracto 2 = abrir grifo del agua; tracto 3 = poner vaso debajo del grifo; tracto 4 = cerrar grifo; tracto 5 = llevar vaso a la boca; tracto 6 = sorber el agua; tracto 7 = abrir grifo agua; tracto 8 = poner vaso debajo chorro de agua; tracto 9 = limpiar vaso; tracto 10 = cerrar grifo; tracto 11 = secar vaso; tracto 12 = dejar vaso en encimera.

de unos con otros- la cosa no era tan complicada como cuando Mezger hablaba de la acción y del delito.

Sin embargo, no puede ignorarse que el delito es un mero comportamiento, entonces, ¿por qué si hablamos de delito la cosa se complica tanto?, ¿por qué si hablamos de la acción –no acción típica, sólo acción- como medio de comunicación en las relaciones humanas, siendo un tema ciertamente arduo éste de las relaciones humanas, no lo es tanto -el de la acción- como cuando, al adjetivarla como típica, se analiza en el derecho penal, pues en ambos casos estamos hablando del mismo sustantivo: acción?

El derecho penal, mejor dicho, la comprensión del derecho penal no podía, no debía ser una tarea de tanta complejidad. Y en aquel entonces que empezaba a aprender, me venía a la cabeza una cita del Prof. Broseta, que ya en el prólogo de la primera edición de su manual de Derecho Mercantil decía que había *“aprendido de su Maestro que la claridad es la mejor cortesía del Profesor”*

Por tanto, para poder conseguir una claridad expositiva y aunque en el seno del derecho penal, podamos distinguir casi tantos sistemas como autores, en esta exposición me voy a referir a las dos corrientes principales, una -a la que me adscribo-, que es la concepción causal de la acción, función valorativa de la norma y carácter retributivo de la pena -doctrinalmente minoritaria-, y otra, la mayoritaria que enarbola la concepción final de la acción y función motivadora de la norma, defensora de la concepción subjetiva de la antijuridicidad y de la función preventiva de la pena, ya general ya especial. Me centraré fundamentalmente en ésta, poniendo de manifiesto las deficiencias que, en mi opinión, presenta tal corriente doctrinal, deficiencias de índole penal con evidente repercusión en el campo procesal, y por tanto en las garantías del individuo, tanto a la hora de sufrir la imputación delictiva, como la consecuencia jurídica que de él se deriva.

Una vez perfilado el esquema jurídico penal y procesal de la concepción subjetiva de la antijuridicidad, trataré de esbozar la estructura -variable y

flexible- en la que se desenvuelven las relaciones personales, que se rigen por acuerdos tácitos o implícitos, que normalmente se dan en el ámbito inmediato y cotidiano de nuestro desenvolvimiento social, es decir, en nuestro entorno. Cómo es fácil advertir, en este campo de actuación el criterio vehicular no es el principio de legalidad, sino el de los principios rectores, o lo que en este caso equivaldría a los **usos sociales**.

La exigibilidad, en mi opinión, es el punto de unión en las relaciones. El lugar donde se produce la comunicación con el otro. En las relaciones jurídicas, y concretamente en el ámbito del derecho penal, es el legislador, que como se ha dicho antes **no lo puede todo**, el que establece, en virtud de la exigibilidad, aquello a lo que venimos obligados, produciéndose una bifurcación o doble vía: una que discurre por el ámbito de la valoración, que es común e igual para todos, mientras que la otra vía, la de la motivación, sí que atiende a las particularidades de cada individuo. Y según como se actúe en uno y otro ámbito -valoración y motivación-, hablaremos de la antijuridicidad y de la culpabilidad o reproche.

En las **relaciones personales**, la exigibilidad también juega este papel, solo que aquí no es el legislador el que determina lo que se considera valioso y por el contrario disvalioso, sino que es cada uno de los protagonistas de esa relación entre A y B los que establecen la (su) valoración, que equivale o supone la (su) barrera de protección, y es cada uno (=A) de los protagonistas el que establece la exigibilidad del otro (=B), es decir, el nivel de motivación con arreglo al cual el otro debe actuar, o lo que es lo mismo, el nivel de obligación que vincula, constriñe o determina al otro. No debe olvidarse que en toda relación -entre uno (A) y otro (B)- se da la reciprocidad funcional, es decir, una reciprocidad no necesariamente en los contenidos, pero sí en poder determinarlos conforme al leal saber y entender³ de cada uno -ya A, ya B-, por lo que hablando de lo mismo, puede darse que se tengan contenidos

³ No se ignora que este planteamiento -... según su leal saber y entender...- no siempre se da en el inicio de las relaciones, e incluso, a veces, brilla por su ausencia a lo largo de toda su existencia. No obstante se establece esta premisa -... según su leal saber y entender...- como punto de partida, a partir de la cual se deberán hacer las correcciones precisas hasta poder diagnosticar el criterio rector que rige la actuación de cada uno de los interlocutores o protagonistas de la relación.

diferentes, el que A atribuye al criterio, por ejemplo amistad, y el que B igualmente atribuye a esa amistad que le una con A. Si los contenidos son sustancialmente coincidentes, suele haber entendimiento. Pero, ¿qué pasa cuando esos contenidos no son sustancialmente coincidentes?

4. ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL

Cuando me incorporo formalmente al departamento de derecho penal, cosa que sucede el 1 de diciembre de 1978, el departamento en su totalidad era partidario de la retribución. Éramos de los pocos, cada vez menos, que nos manifestábamos inequívocamente en pro de la retribución. La pena se imponía por lo que se había hecho, no por lo que se pudiera hacer en un futuro (prevención especial), lo que implicaba un pronóstico de futuro, y como tal siempre incierto; mucho menos para disuadir a otros de cometer delitos (prevención general). Me parecía y me sigue pareciendo inconcebible castigar a alguien por lo que otros puedan hacer, que igualmente supone un pronóstico de futuro pero respecto de todos. Claro que aquí, los partidarios de la prevención general estadísticamente tenían ventaja, desde el momento en que es imposible defender que no va a haber más delitos.

A principio de los setenta del pasado siglo, entre los penalistas españoles cobró especial atención la función motivadora de la norma. Según esta corriente, la norma tiene como finalidad motivar a los sujetos para que no delincan, y por extensión motivar a los ciudadanos para que acepten los valores que se recogen en la norma. Con esta premisa tales penalistas pretendían justificar la desobediencia a las leyes franquistas, pues las leyes franquistas no podían motivar a quienes estaban en contra de aquel régimen político. Muere Franco, se aprueba la Constitución y España se configura como un Estado de Derecho y hete aquí que los nostálgicos del Régimen dicen que a ellos la Constitución no les motiva, por lo que no están obligados a obedecerla, ni a asumir sus valores. En aquel momento, la función motivadora de la norma, daba cobertura a todo lo contrario de lo que se defendía por quienes antes la enarbolaron con espíritu democrático. La conclusión, era obvia: la función motivadora de la norma servía para defender principios contradictorios con la particularidad de que cada bando podía avalar su postura con la misma

legitimidad que el contrario: la motivación o la falta de motivación de los valores que se defendían en la norma: **la función motivadora de la norma, no servía** para fundamentar el QUÉ, sino para justificar el QUIEN.

Uno de los mayores logros de Beling, si no el mayor, fue su contribución a diferenciar los planos de la antijuridicidad y de la culpabilidad, rápidamente enmarañados con la aparición de la concepción ontológica de la acción final de Welzel y el condicionamiento que ello supuso a la hora formular o proponer una estructura del delito que pudiera explicar dogmáticamente manifestaciones ontológicas a veces distintas cuando no contrarias, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

Podría decirse que la concepción de la función motivadora de la norma era un afluente de una corriente mucho mayor, cual es la concepción imperativa de la norma que, a su vez, iluminaba a la concepción subjetiva de la antijuridicidad. La concepción imperativa de la norma toma su asiento dogmático en la acción final, propugnada por Welzel. Desde el momento en que las acciones tienen una finalidad, la norma penal puede tener como principal objetivo esa finalidad, esa voluntad delictiva. Si se logra erradicar la finalidad delictiva, se acabará, o sin ser tan optimista, se podrá limitar el delito. De donde, una finalidad no acorde al mandato de la norma, al desobedecerla, la vulnera.

Otra aclaración: con el irrupción de la concepción final de la acción en el derecho penal, empieza a cuestionarse la concepción clásica del delito y el de la concepción de la norma que lo sustentaba. Surge la pugna entre la concepción valorativa de la norma y la concepción imperativa de la norma, auspiciada por el finalismo.

Un ejemplo, servirá perfectamente para comprender qué supone mantener una u otra concepción de la norma: valorativa o imperativa.

Pensemos en las diez mandamientos de la Ley de Dios, bueno, no en los diez, solo en estos cuatro: sexto, séptimo, noveno y décimo.

Los mandatos que contienen estos cuatro mandamientos son los siguientes:

Sexto mandamiento: No cometerás actos impuros

Séptimo mandamiento: No robarás

Ahora veamos los otros dos: noveno y décimo.

Noveno mandamiento: No consentirás pensamientos ni deseos impuros

Décimo mandamiento: No codiciarás los bienes ajenos

Veámoslos ahora emparejados: sexto (No cometerás actos impuros) y noveno (No consentirás pensamientos ni deseos impuros), por una parte y por otra, séptimo (No robarás) y décimo (No codiciarás los bienes ajenos).

El binomio formado por los mandamientos sexto (No cometerás actos impuros) y noveno (No consentirás pensamientos ni deseos impuros), presentan semejanzas con el que forman los mandamientos séptimo (No robarás) y décimo (No codiciarás los bienes ajenos). No en cuanto al contenido de un binomio para con el otro, sino en cuanto a la relación que se da entre los dos elementos de cada binomio.

Y ahora, hagámonos las siguientes preguntas: ¿es posible cometer actos impuros (6º mandamiento), sin antes haber consentido pensamiento o deseo impuro (9º mandamiento)? ¿Es posible robar (7º mandamiento), sin antes haber codiciado ese bien ajeno (10º mandamiento)?

Si trasladamos estas normas al campo del derecho penal, veremos que estamos ante un concurso aparente de normas, a resolver, cuando menos por

el criterio de la consunción recogido en el art. 8.3ª CP⁴. Dicho de otro modo, a modo de pregunta, y permitidme, la pregunta sería para un nivel muy elemental: ¿Quién infringe el sexto *-no cometerás actos impuros-* o el séptimo mandamiento *-no robarás-*, también infringe, respectivamente, el noveno *-no consentirás pensamientos ni deseos impuros-* o el décimo *-no codiciarás los bienes ajenos-*? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué hacemos entonces con el *ne bis in ídem*? Si fueran normas penales, el sexto mandamiento absorbería al noveno, y el séptimo al décimo.

Sigo, y ahora desde el punto de vista del iter criminis o perfección del delito, en este caso pecado: ¿acaso el noveno mandamiento *-no consentirás pensamientos ni deseos impuros-*, no constituye la tentativa del sexto *-no cometerás actos impuros-*, y el décimo *-no codiciarás los bienes ajenos-*, supone igualmente una tentativa pero del séptimo *-no robarás-*? Sin embargo, tanto el noveno como el décimo mandamiento están contemplando unos hechos consumados. El máximo de desvalor en el noveno mandamiento se alcanza cuando se consienten pensamientos y deseos impuros. Mientras que el máximo de desvalor según el sexto mandamiento, exige cometer actos impuros.

Mutatis mutandi, otro tanto podemos decir respecto del décimo y el séptimo. El máximo de desvalor del décimo mandamiento se produce al codiciar bienes ajenos, mientras que para realizar el máximo desvalor contemplado en el séptimo mandamiento, no basta codiciar los bienes ajenos, debes robarlos.

A la vista de lo dicho, ¿qué sentido tienen los mandamientos sexto *-no cometerás actos impuros-* y séptimo *-no robarás-*, existiendo el noveno *-no consentirás pensamientos ni deseos impuros-* y el décimo *-no codiciarás los bienes ajenos-*? Con la infracción consumada del noveno, es decir consintiendo pensamientos y deseos impuros se tiene un pecado consumado, pero con arreglo al sexto mandamiento, ese mismo pecado constituiría una tentativa del

⁴ El art. 8.3ª CP dice: Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 3ª) El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

sexto. Lo mismo sucede con el séptimo y el décimo. Con arreglo al décimo mandamiento se comete pecado cuando codicias un bien ajeno, pero para pecar con arreglo a séptimo, debes robarlo.

Pues bien, el **noveno** y el **décimo** mandamiento de la Ley de Dios, responden a una concepción **imperativa** de la norma, mientras que el **sexto** y el **séptimo** responden a una concepción **valorativa** de la norma.

¿Cuándo se entra en el terreno de la prohibición, en cada una de las concepciones vistas? Dicho de otro modo, ¿en qué concepción de la norma aparece antes lo antijurídico, la contrariedad a derecho? En la concepción **valorativa cuando se hace**, en la **imperativa cuando se piensa**.

Seguimos: ¿Cuándo es posible el reproche en cada una de las concepciones vistas? Como el reproche es posible allá donde hay contrariedad a derecho, el reproche será posible, en la concepción valorativa de la norma **cuando se haga**, en la concepción imperativa de la norma, **cuando se piense**.

No olvidemos que el reproche está en función de la exigibilidad, y que, por tanto, el reproche surge cuando no se ha respetado el criterio de exigibilidad establecido. ¿La concepción **valorativa** de la norma qué nos exige?: **que no lo hagamos**. ¿La concepción **imperativa** de la norma qué nos exige?: **que no lo pensemos**.

Y por último, el castigo es posible cuando hay reproche. Por tanto, ¿Cuándo surge la posibilidad de castigo con arreglo a la concepción **valorativa** de la norma? Cuando lo **hacemos**. Por contra, ¿cuándo surge la posibilidad de castigo con arreglo a la concepción **imperativa** de la norma? **Cuando lo pensamos**.

5. CLASES DE ANTIJURIDICIDAD

En la doctrina se habla de las siguientes clases de antijuridicidad: formal y material y dentro de esta última, objetiva y subjetiva.

Antijuridicidad formal: cuando la conducta coincide con la descripción típica. En mi opinión esta acepción de la antijuridicidad, está hablando de antijuridicidad formal, cuando de lo que debería hablar es de hecho típico. Confunde tipicidad y antijuridicidad.

Antijuridicidad material: Allí donde se produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Ahora bien, ¿cuándo se inicia la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido?

Antijuridicidad objetiva: Cuando se produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido como consecuencia de la realización de la conducta típica, conducta que puede consistir en un hacer (acción) o en un no hacer (omisión).

Antijuridicidad subjetiva: Cuando se concibe la idea delictiva, cuando se tiene el ánimo de llevar a cabo la conducta típica.

6. EJEMPLOS DE DERECHO POSITIVO DE LA CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD

El Código Penal no responde de modo exclusivo a una determinada concepción de la norma, de la antijuridicidad o de la culpabilidad, ni a lo que compone o conforma cada una de las distintas configuraciones que han recibido antijuridicidad y culpabilidad. Es decir, el hecho de que determinados preceptos del Código Penal obedezcan, por ejemplo, a una concepción subjetiva de la antijuridicidad, ello no significa que todo el código penal

obedezca a la misma concepción. Lo mismo podríamos -podemos- decir del código penal, referidos no solo al presupuesto del delito, sino a la concepción de la consecuencia jurídica. Pensemos en la reincidencia. La agravante de reincidencia encuentra su razón de ser en algo por lo que ya se cumplió condena, y esa amenaza de agravación de la pena sigue vigente hasta que tal o cual antecedente penal no haya sido cancelado, cancelación que exige no haber delinquir nuevamente desde que se extinguió la responsabilidad penal por el delito cuyo antecedente se quiere cancelar.

En mi opinión, el principal homenaje a la concepción subjetiva de la antijuridicidad que se puede encontrar en nuestro código penal, lo constituye los llamados **actos preparatorios punibles**: la conspiración, la proposición⁵ y la provocación⁶.

Otra institución que también responde a la concepción subjetiva de la antijuridicidad, o mejor dicho, una creación jurisprudencial que responde a la concepción subjetiva de la antijuridicidad elaborada a partir de una interpretación jurisprudencial y doctrinal del actual artículo 16, que regula la tentativa, y los antecedentes históricos de la misma en nuestro derecho patrio es la **tentativa inidónea**.

Veamos brevemente cada uno de estos supuestos: actos preparatorios, tentativa inidónea y delito imposible.

⁵ Art. 17 CP: 1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él. 3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley.

⁶ Art. 18 CP: 1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

6.1. Actos preparatorios punibles

Se distingue, entre actos preparatorios impunes y punibles, estando éstos últimos regulados específicamente en los artículos 17 y 18 del Código Penal, que se refieren a la **conspiración, proposición y provocación** para delinquir y que son también conocidos como formas de participación intentadas. (STS 29.10.2019)

6.1.1. Conspiración (Vid. STS nº 234/2017, de 4 de abril. Ponente: Sánchez Melgar, J.)

Como explica la STS 596/2014, de 23 de julio, con cita de la STS 956/2013, de 17 de diciembre, la **conspiración** supone, en el plano objetivo un concierto de voluntades (no basta el mero intercambio de pareceres) y la resolución conjunta de cometer un delito concreto. **Es indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues de lo contrario estaríamos ante la tentativa o la consumación delictiva.**

La jurisprudencia de esta Sala se ha referido al castigo de la **conspiración** como forma singular de coautoría anticipada (STS 601/1996, 24 de septiembre). En palabras de la STS 321/2007, de 20 de abril, la **conspiración pertenece a una fase del iter criminis anterior a la ejecución**, por lo que tiene, hasta cierto punto, naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de **ejecución**, como una especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas, pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del pactum scaeleris o concierto previo, y la resolución firme o decisión seria de **ejecución**.

La **conspiración** a que se refiere el art. 17 del Código Penal tipifica las doctrinalmente llamadas resoluciones manifestadas de voluntad que tienen de común con los actos preparatorios el que no contienen un principio de **ejecución**, por lo que se encuentran en un estadio anterior a la tentativa, vertebrándose tales resoluciones manifestadas por la existencia de un concierto de voluntades de varios en orden a la **ejecución** de un delito. De ahí la definición de **conspiración** del artículo 17 del CP,

que nos dice que: "...La **conspiración** existe cuando dos o más personas se conciertan para la **ejecución** de un delito y resuelven ejecutarlo...".

De acuerdo con ello, **surge la conspiración cuando hay una puesta en común en la ideación criminal**. Pero como dice la STS 823/2012, de 30 de octubre, en el caso tratado en la misma, como en el nuestro, "se superó la fase interna de la mera ideación y resolución en la medida que se adoptaron medidas externas"

De la STS 1129/2002, de 18 de junio, retenemos las características de la **conspiración** delictiva, que, recordemos solo es punible en los concretos casos previstos en el Código Penal de acuerdo con el principio de especialidad declarado en el art. 17-3º.

En dicha sentencia 1129/2002, de 18 de junio, se concretan las características de la **conspiración** en las siguientes:

1- Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como delito de "dinámica propia", no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "dependiente" de otro que podemos llamar "principal", o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "mediato" y no "inmediato", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una **tentativa de peligro**.

2- Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la **conspiración** siempre habrá de ir dirigida a la "**ejecución** de un delito" y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz").

3- Es necesario que este **delito de pura intención** no se haya iniciado en su **ejecución**, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la **conspiración**, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de **ejecución**.

4- Se requiere el **concierto** de dos o más personas para la **ejecución** delictiva de que se trate y que todas ellas **tengan el ánimo** de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de "condicionamientos

eminentemente psicológicos para su vivencia" cual son, no sólo el **carácter previo** o "pactum scaeleris" entre esas formas sino también la **decisión de su efectividad** o "resolutio finis".

Por otra parte es evidente que estos actos preparatorios no son actos neutrales. Por actos neutrales pueden entenderse actos realizados ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo. No son actos típicos de ningún delito. Las SSTs 34/2007; 185/2005; 797/2006; 928/2006; 189/2007 ó 1300/2009, han tratado la problemática de tales actos neutrales. En general, la opinión mayoritaria se inclina por el criterio objetivo para diferenciar los actos neutrales de los que no lo son, estimando que no son actos neutrales los que conducen inequívocamente a la consecución de un delito. Es decir se tiende a la relevancia penal que merezca tal acto por aparecer claramente favorecedor o tendente a la realización de un delito.

6.1.2. Proposición (Vid. STS nº 515/2019, de 29 de octubre, Ponente: Magro Servet, V.)

Recordemos que la STS de 25 de julio de 2003 nos dice, en perfecta síntesis, que la **proposición** para delinquir es una de las hipótesis normativas de las conocidas como resoluciones manifestadas, supuestos de verdaderos actos preparatorios, previos a la ejecución del delito. ../.. El elemento esencial es la firmeza de la decisión de cometer el delito por parte del proponente. Se resalta que **la invitación ha de ser concreta, precisa, convincente y persuasiva**. Efectuada la propuesta o invitación por quien se decide a cometer el delito en cuestión, la no aceptación por el destinatario de aquella sitúa al proponente en el plano de responsabilidad por **proposición** tipificada en el art. 17.2 CP. Pero si el acto se ejecuta ya se eleva a una autoría directa, mediata o por inducción, no por mera **proposición**. ../.. La **proposición**, llamada también "tentativa de inducción", sólo podría darse **cuando deviene ineficaz y por ende no va seguida de la ejecución**. En consecuencia el comportamiento de la acusada como proponente sólo sería posible en dos supuestos concretos:

a) cuando la inducción no fuera efectiva por no haberse cometido el delito propuesto.

b) cuando estemos en presencia del denominado "omnimodo facturus", es decir, la persona que en cualquier caso hubiese cometido el delito, porque su

voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas, deviniendo anodina y superflua la inducción".

COMENTARIO: Si la proposición es una **tentativa de inducción** porque no logra hacer que nazca en el otro la idea criminal y si en el denominado **omnimodo facturus** no puede hablarse de inducción porque el que propone no hace surgir la idea criminal en el otro, porque éste ya la tiene de antemano, por lo que, tanto en un caso como en otro, el comportamiento del proponente no incrementa el riesgo o peligro hacia el BJP. **¿Cuál es, entonces, la razón de ser del castigo al proponente?**

6.1.3. Provocación

Apunta la doctrina que la provocación no es un acto ejecutivo, ni tampoco preparatorio, sino que se sitúa en un estadio anterior, que podemos denominar "pre-participación". En cuanto a su naturaleza jurídico-penal, es **una tentativa de inducción**. Por eso, son aplicables las reglas de la tentativa, lo cual supone que caben el desistimiento y el arrepentimiento activo. (STS nº 515/2019, de 29 de octubre, Ponente: Magro Servet, V.)

La **provocación**, por su parte, "existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito" (art. 18.1 C.P.) Es obvio que en este caso, referido a una incitación intensa, de indudable amplitud y fuerza difusora, el provocador no pretende cometer el hecho delictivo, quedando al margen del mismo, en la esperanza de que el mensaje lanzado, pueda ser asumido por alguno de los indeterminados destinatarios. (STS 29.11.2002; Ponente: Soriano Soriano, J.R.)

6.2. Tentativa inidónea y delito imposible

Hoy día el delito imposible no es punible. Vid. ATS de 1.12.20222, que en su fundamento único dice:

*En STS 86/2020, de 3 de marzo, recordábamos que es cierto que el actual Código Penal no tiene un precepto equivalente al antiguo artículo 52 que castigaba como tentativa de delito los supuestos de imposibilidad de ejecución del delito o de producción del resultado y se planteó si, a partir del nuevo Código, resultaban impunes la **tentativa inidónea** y el **delito imposible**. Una parte de la doctrina estimó que estas figuras habían quedado despenalizadas mientras que otra parte consideró que al introducir en la definición de la tentativa el adverbio "objetivamente", deberían castigarse como tentativa los actos que desarrollen un plan o actuación del autor que "objetivamente" pudieran ser considerados como racionalmente aptos para ocasionar el resultado. En estos casos se justificaría la intervención penal "porque el autor decide vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto".*

*Después de algunas vacilaciones iniciales, la doctrina de esta Sala **sólo excluye de la tentativa los actos realizados con medios absolutamente irreales y supersticiosos**. Siguiendo a la STS de 27 de octubre de 2011 según la cual, "[...] la tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una **voluntad del autor hostil al Derecho**, pero además, en cuanto la **acción** debe mostrarse como **peligrosas⁷ ex ante**, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos **abstracto** para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia*

⁷ Peligrosas ex ante, sí, ¿pero con arreglo a qué idea de peligro?, ¿abstracto o concreto? Ejemplo de peligro abstracto: art. 379.1: "El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente,..." art. 379.2: "...el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas" Ejemplo de peligro concreto: art. 380: "El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas..." Los delitos del art. 379, se consuman conduciendo en tales circunstancias, con independencia de que hayan o no otros -personas o vehículos- en la calzada; en el art. 380 se exige, además de conducir con temeridad manifiesta poner en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

*contenida en el art. 16 de que los actos ejecutados -objetivamente deberán producir el resultado-. Ello, ante la cuestión de si tras la reforma CP. 1995 es punible la **tentativa inidónea**, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuada para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales o supersticiosas, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado [...]*".

Un interesante análisis sobre la distinción entre delito imposible y tentativa inidónea puede verse en **STS de 4.12.2008**, que en su Fundamento de Derecho quinto, defiende:

*"...que como modalidad de la tentativa puede considerarse la denominada por los penalistas franceses y los de habla hispana **delito imposible**, en tanto los alemanes utilizan la expresión de **tentativa inidónea**, aunque también suele, entre nuestros penalistas, reservar este término a los supuestos de inidoneidad de los medios y el de **delito imposible**, propiamente dicho, a la falta de objeto (en este sentido, STS de 16 de febrero de 1989, que apreció **delito imposible** de aborto, en mujer que se creyó embarazada).*

*En definitiva, "en la práctica del Derecho penal, no puede terminantemente distinguirse entre **tentativa inidónea** por falta de medios adecuados de ejecución, de un lado, y **delito imposible** por inexistencia de objeto o de sujeto pasivo sobre los que recae la acción delictiva (S 30-1-92) de otro" (STS 1718/93, de 5 de julio; en STS 116/94, de 26 de enero, indistintamente emplea ambos términos, abarcando las dos posibilidades).*

*Pero el problema surge a la hora de determinar si la **tentativa inidónea** puede incluirse en el concepto de tentativa del art. 16, que se refiere a "actos que objetivamente deberían producir como resultado el delito", en cuanto, por definición, por falta de objeto o por ser los medios inapropiados, en el **delito imposible** no se realizan tales actos.*

Y decimos que se suscita el problema, porque incluida la expresa punición del delito imposible en el C.P. de 1944, sacándolo del art. 9 de la

*Ley de Vagos y Maleantes de 1933*⁸ (cuya punición declaró la STC 70/85, de 31 de mayo que no vulnera el principio de legalidad), se dividió la doctrina al considerar o no como un precepto autónomo, respecto al art. 3, definidor de frustración y tentativa, el del art. 52. La jurisprudencia se ha inclinado por la autonomía de este artículo y así, en STS de 30 de enero de 1992 se afirma:

*"El **delito imposible o tentativa inidónea**, representa una excepción asistemática y opuesta al concepto de tentativa que, por definición, debe ser idónea. El art. 52.2 C.P. supone una causa imperativa de extensión de la pena convirtiendo en típicos comportantes los que no lo son a tenor del art. 3 C.P."*

*En consecuencia, no conteniendo los arts. 62 y 63 del actual Código referencia al **delito imposible**, similar a la del art. 52 del derogado, no será posible, conforme al art. 4.1, su punición.*

*Esta tesis ha sido acogida por la Sala Segunda, al declarar que "el **delito imposible y la tentativa inidónea** ya no son punibles por imperativo del art. 4.1 del C.P. vigente, que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas" (STS s/n de 28 de mayo de 1999), insistiendo en la atipicidad no sólo de las tentativas irreales o imaginarias y de los denominados "**delitos putativos**", sino*

⁸ Parece más lógico pensar que el anterior CP, a la hora de configurar el delito imposible y tentativa inidónea (vid. CP 1944, art. 52, 2º pfº. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito) se basara en la **Ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista**, que en la **Ley de Vagos y Maleantes de 4.8.1933**, nacida en la República. No obstante ambas normas presentan similitudes en el modo de configurar el delito imposible o tentativa inidónea, así, la Ley de Vagos y Maleantes, en su artículo 9, en su párrafo 4 decía: "Los hechos que no constituyan delito por **inidoneidad del medio, inexistencia del objeto, no aceptación de mandato o desistimiento de la acción emprendida, podrán ser asimismo susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad, aunque en razón a ellos se hubiese dictado auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria.**" Por su parte la Ley de 24.1.1941, en su artículo 5 se establecía: "**Las prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta creyéndola embarazada o empleando medios inadecuados para producir el aborto, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio, si se realizaran sin su consentimiento y con la prisión menor en su grado mínimo, cuando éste hubiera sido otorgado. Si a consecuencia de aquellas prácticas sobreviniere la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones comprendidas en el artículo cuatrocientos veintitrés del Código penal, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo.**"

también en "los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de "inidoneidad absoluta", aunque admitiendo la tentativa en los casos que denomina de "idoneidad relativa", "en que los medios utilizados 'objetivamente', valorados ex ante y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)" (SSTS 1000/99, de 21 de junio; 992/2000, de 2 de junio; 1243/2002, de 2 de julio; 1339/2004, de 24 de noviembre; 861/2007, de 24 de octubre), sin que sea necesario un peligro concreto (STS 77/2007, de 7 de febrero).

En la dicción del C.P. vigente, la acción típicamente punible en que la tentativa consiste, debe ser apta para producir el resultado, pues lo que el artículo 16.1 del Código Penal expresa literalmente es que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

Es decir, el enjuiciamiento de la tentativa se agota con la determinación de la idoneidad de la conducta para producir el delito, y ello debe hacerse atendiendo a la conducta misma y no a circunstancias extrañas a la voluntad del agente, que serán muchas veces de carácter accidental.

La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva.

El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa "los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito", lo que ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, sino también en los casos de inidoneidad relativa.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el art. 16 CP 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado"), lo que quiere decir que el plan o actuación del

autor, "objetivamente" considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

*Se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta pero no los de inidoneidad relativa, incluyéndose en aquella - como señala la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la 1866/2000, de 5 de diciembre- "los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados "**delitos putativos**" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta".*

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

Como dice la sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto.

La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.

COMENTARIO: En la tentativa inidónea, el *iter criminis* es inidóneo desde el inicio de su recorrido. En la tentativa idónea, el *iter criminis* es idóneo *ab initio*, aunque la consumación no se produzca por causas independientes de la voluntad del autor.

7. EJEMPLOS DE LA VIGENCIA DE LA CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LA PRÁCTICA FORENSE

Se ha dicho más arriba, que la concepción subjetiva de la antijuridicidad también despliega sus efectos en el campo procesal. Tal afirmación, a poco que se piense, resulta **innecesaria por obvia**.

El Derecho Penal necesita del Derecho Procesal, sin éste, el derecho penal sería pura especulación. Es más, podría decirse que la concepción subjetiva de la antijuridicidad puede actuar en el campo procesal con independencia del derecho penal o de la concepción de la norma a la que responda un precepto en cuestión. Una concepción OBJETIVA de la antijuridicidad en el derecho penal, el derecho procesal la puede convertir en concepción subjetiva de la antijuridicidad. **El derecho procesal es el dueño y señor de la prueba y de su valoración**. El derecho penal, por tanto, está llamado a desempeñar un papel secundario, por mucho que se le llame derecho sustantivo y al procesal derecho adjetivo.

Siempre me llamó la atención un refrán, que hoy sería, como poco, políticamente incorrecto, al menos parcialmente. El refrán dice así:

“No le dé Dios a entender al juez lo que puede, ni a la mujer lo que quiere”⁹

¿Por qué me llamó la atención? No por lo que dice de la mujer, que también, sino por lo que se admite o implica de la posible arbitrariedad de aquel que está llamado a aplicar la ley: El juez puede creerse Dios.

Volviendo a los Mandamientos de la ley de Dios, ¿por qué era pecado hacer lo que prohibían los mandamientos? Porque, ante todo, se estaba desobedeciendo a Dios, no se hacía lo que Dios mandaba. He ahí el meollo de la cuestión. Se castiga la desobediencia, pero la ley no dice donde hay desobediencia, eso lo dice el Juez, el aplicador de la ley: el juez. No le dé Dios a entender al juez lo que puede, porque en realidad -mejor dicho, en teoría- el

⁹ M.G. Martínez, “Antología de dichos jurídicos y éticos tradicionales” Civitas 1986, pág. 132, 2792

juez no puede, sino que debe, y porque debe eso, puede (debe), pero ese poder es facultad delegada, en realidad es un mandato, no facultad autónoma. Ahora ve y explícaselo al juez prevaricador. Te entalega.

7.1. DELITO IMPOSIBLE

Sentencia Audiencia Provincial de Alicante de 28 de abril de 1986,
confirmada en todos sus extremos por **STS de 13 de julio de 1989**

HECHOS PROBADOS: Resultando probado y así se declara, que el procesado E.U.F., con 37 años y anteriormente condenado, en 25 .02.1972 por delito contra la Seguridad en el Tráfico a penas de multa y privación de tres años del permiso de conducir, en 23.02.1973, por delito de imprudencia temeraria a penas de arresto mayor y privación de dicho permiso por cuatro años del referido permiso, habiendo sido expulsado –sobre la una de la madrugada del día 02.03.1984- de la cafetería M. de B., por su dueño C.R.C. ya que se estaba excediendo en la ingestión de bebidas alcohólicas y molestando a clientes presentes, tomó contrariado un taxi, en dicha población, que le condujo, a su instancia, hasta el caserío de S.F., próximo a A., deteniéndose en un chalet de aquella zona, en el que entró y del que sacó una escopeta de su propiedad, marca S., número ... del calibre doce, y dos cartuchos para la misma, dentro de la funda correspondiente, y regresando a B., donde, tras haberse tomado dos cubas-libres, en una venta de la carretera nacional, con el mismo taxista, F.L.P. y habiendo llegado a la zona de la mencionada cafetería M. de B., se bajó del taxi, diciendo a su conductor, que avisara a la Policía porque “iba a matar a uno”, dirigiéndose seguidamente, a dicho establecimiento, con intención de dar muerte a R. **creyéndole dentro de él y disparando, a tal fin**, contra el cristal de la puerta de entrada al mismo y a una altura de metro y medio del suelo, **cuando aquél ya estaba cerrado al público, con las luces apagadas y sin persona alguna en su interior**; por lo que solo se produjo, además de un orificio en dicho cristal, desperfectos en la cortina interior del mismo, es decir, daños que fueron tasados en 83.500 pesetas; siendo detenido poco después, por la Policía, avisada por el citado taxista, quien no se atrevió a impedir a descrita acción del procesado, al hallarse armado y en superior estado de nerviosismo al que ya denotó durante el recorrido realizado con él; E.U.F., en aquella época se hallaba sometido a tratamiento médico antidepresivo y

tranquilizante, teniendo sensiblemente alteradas sus facultades intelectuales y volitivas en la madrugada de autos por la incidencia sobre los fármacos que se tomó el día anterior, de las bebidas alcohólicas que ingirió, primero en la citada cafetería y luego en la venta mencionada; le fue intervenida en su poder la escopeta utilizada en el hecho reseñado.

La Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia condenatoria el 28 de abril de 1986, en la que condenaba a E.U.F. como autor responsable de un **delito de homicidio en grado de imposibilidad de producción**, con la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal a la pena de dos meses de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales y de una indemnización de 83.000 pesetas, al perjudicado C.R.C., dueño de la cafetería M., sita en la localidad de B. Dicha sentencia fue confirmada íntegramente por STS de 13.07.1989.

COMENTARIO: Se condena por delito de homicidio en grado de imposibilidad de producción por inexistencia de sujeto pasivo (= titular del bien jurídico protegido) coincidente con el objeto material (= persona o cosa sobre la que recae la acción) del delito de homicidio. Por tanto en ningún caso podía producirse la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido vida. Se castiga la intención, sabiendo que la exteriorización de la misma nunca podía poner en peligro la vida de aquel a quien se quería matar, ni a ningún otro, **por estar vacío el local**.

7.2. ES UN CHICO DE BUENA FAMILIA

En este ejemplo no puedo aportar datos concretos que permitan identificarlo.

Hace tiempo, durante algunos años, tuve varios asuntos en Teruel. Uno de ellos era sobre drogas. En Teruel, en aquel entonces, un asunto donde hubiera quince gramos de coca era narcotráfico. El asunto en el que intervenía como defensa era de cierta importancia por el número de imputados, creo que 10 o

12 y siendo Teruel, de todo el mundo conocidos. Las actuaciones de la Guardia Civil estaban perfectamente estudiadas para que los finalmente imputados, sus próximos e incluso los conocidos estuvieran acogotados por si también caían. La **instrucción de la causa fue ejemplarizante** Cada 15 días detenían a uno. El juez instructor, en aquel entonces no, pero hoy día es profesor asociado de esta casa y aunque sigue de magistrado, ya no está en la jurisdicción penal. Hubo posibilidad de conformidad con unos, con otros no y a éstos se les solicitó y finalmente impuso una pena de prisión, por la que tuvieron que entrar. A los conformados, la condena fue de prisión con suspensión condicional de la ejecución de la pena. Uno de los imputados, defendido por una compañera de despacho, al poco, volvió a tropezar con la misma piedra, pero, con mejor suerte que en el caso anterior, pues tan solo eran tres los compañeros de viaje y además, uno de **ellos era de buena familia**. *Claro, es que fulanito es de buena familia, sí ya, claro, pero, es que, ... es de buena familia, ...* eran los únicos argumentos que se oían en fiscalía y juzgado. Total que como fulanito era de buena familia, pues la instrucción discurrió en un *plis plas*, una conformidad hecha a medida y todos a casa, con la correspondiente suspensión condicional de la ejecución de la pena.

MORALEJA: Amigos hasta en el infierno y si son de buena familia, mejor que mejor.

7.3. CONTENEDOR EN EL PUERTO

SAP Valencia, Secc. 2ª 144/2019, de 22 de marzo, confirmada en todos sus extremos por la STSJ CV 153/2019, de 2de octubre de 2019 y por STS de 1.12.2021

II. HECHOS PROBADOS

Anselmo X.Z., Máximo W.Y. se concertaron para, tras aceptar la propuesta que al primero le había hecho un tercero, proceder a recuperar la cocaína que viajaba desde Chile hasta el Puerto de Valencia, en el barco **LOVE BOAT** y, en concreto, en el contenedor CMAU406637. En ejecución de dicho plan, contactaron con Roberto H.H., que trabajaba en la terminal de contenedores

del Puerto de Valencia, para que les facilitara, una vez desembarcado el contenedor con cocaína, la localización del mismo.

Una vez llegó el barco al Puerto de Valencia, Roberto H.H. facilitó a Anselmo y a Máximo la localización del contenedor y **éstos se dirigieron al Puerto**; sospecharon que el contenedor estaba vigilado y Roberto les confirmó que el contenedor en el que iba la cocaína había sido seleccionado para que se procediera en la aduana del Puerto a inspeccionar su contenido. Como consecuencia de dicha información, **cesaron en los intentos de recuperación del contenedor**.

El contenedor fue abierto el 30 de julio de 2018, a las 18,10 horas, en dependencias de la Guardia Civil. En su interior se localizaron un total de 110 de pastillas que contenían un total de 110.504 gramos -110 kilogramos y 504 gramos - de cocaína con una pureza del 80%. Dicha sustancia tenía un precio en el mercado ilícito de 3.781.241 euros.

Máximo W.Y. y Anselmo X.Z., el día 31 de julio de 2018, acudieron por propia iniciativa a la Comisaría de Distrito de Ruzafa, donde de forma libre, espontánea, antes de que se hubiera incoado procedimiento penal alguno y sin que existiera investigación policial respecto de los hechos que contaron, relataron a agentes policiales su participación en los hechos, así como la de Roberto Romero.

FALLO:

PRIMERO: CONDENAR a D. Máximo W.Y. y D. Anselmo X.Z., en quienes concurre la circunstancia atenuante muy cualificada de confesión del art. 21.4 del Código Penal, de un delito contra la salud pública en **grado de tentativa** de los arts. 368 y 369.1. 5ª del Código Penal, a sendas penas de DOS AÑOS y NUEVE meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y multa de 1.500.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de dos meses.

SEGUNDO.- CONDENAR a D. Roberto H.H. como cooperador necesario de un delito contra la salud pública en grado de tentativa de los arts. 368 y 369.1.5ª del Código Penal, a CUATRO AÑOS de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y multa de 2.500.000 de euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de tres meses.

COMENTARIO: En los hechos probados no hay ningún acto o momento que se pueda reconducir a alguno de los verbos típicos recogidos en el art. 368¹⁰, desde el momento en que ni siquiera entran en el puerto de Valencia y por tanto tampoco en la zona portuaria donde se depositan los contenedores a la espera de que sean transportados a su destino.

Si se considera que no hubo tal desistimiento en la conspiración, muy bien debería haberse castigado por **conspiración** que no por tentativa, máxime teniendo en cuenta que tanto la tentativa como la conspiración se castigan con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. Vids. arts. 62¹¹ y 373¹² CP

7.4. ESO ES IMPOSIBLE QUE LO HAYA HECHO, ESTÁ MUY BIEN CONSIDERADA, PUES LLEVA MÁS DE TREINTA AÑOS DANDO CLASE

Este asunto también se desarrolla en Teruel y recientemente. Los padres de un menor de tres años, presentan una denuncia en el Juzgado de Guardia por unos presuntos malos tratos a su hijo, denuncia que, poco después, se

¹⁰ El art. 368 CP, dice: Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines ...

¹¹ Art. 62 CP: A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

¹² Art. 373 CP: La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 368 al 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores.

amplía a una posible agresión sexual al menor por parte de la misma profesora. El momento en que se producen los hechos ya había entrado en vigor la ley del solo sí, es sí, por la que los abusos y agresiones sexuales pasaban a tener una única denominación común: agresiones sexuales.

El Juzgado de Instrucción, una vez incoadas las correspondientes Diligencias Previas, solicita un informe al IMLA, delegación de Teruel a efectos de que *“...emita dictamen sobre si el menor, con vista en todo lo actuado, padece alguna enfermedad o trastorno y si la misma guarda relación de causalidad con los hechos denunciados”,* y de que se practicara *“informe forense y psicosocial del menor incluyendo verosimilitud de los testimonios que preste y que puedan comportar indicios de delito”*.

En dicho Informe *del Instituto de Medicina Legal de Aragón, emitido por 2 Psicólogas y una Trabajadora Social, tras las cumplidas explicaciones que conducen a sus conclusiones, (se informa) que el menor tiene un adecuado nivel de desarrollo cognitivo y comunicativo acorde a su edad, sin psicopatología que suponga una desconexión de la realidad, que tras la valoración de la capacidad para testificar, se objetiva que el niño no tiene capacidad para prestar testimonio válido, dado que no ha alcanzado capacidades para: ubicar sucesos en el tiempo, cuantificar, describir lugares, describir secuencias de actividades, que respecto a la credibilidad del testimonio del menor, no es posible pronunciarse debido a que el menor no tiene capacidad para prestar testimonio válido, además de no haber un relato libre sobre los supuestos hechos y que respecto a la valoración de la psicopatología, el pequeño muestra conductas normalizadas y adecuadas al contexto, no objetivándose patología mental de ningún tipo.”*

Los padres aportan dos informes psicológicos. En uno de ellos emitido por el Dr. Juárez, sobre las mentiras en los niños de tres años o menores, donde se afirma que

“La capacidad de fabulación ha sido estudiada en los niños y se ha visto que a partir de los 3 años se puede mentir para ocultar información o protegerse de algún castigo (“yo no he sido”), mientras que mentiras en

aspecto de inventarse hechos, mentiras piadosas y las mentiras egoístas aparece en edades superiores”

En el otro informe, realizado por una psicóloga forense (Dra. García), entre otras cosas se afirma que

*“Las circunstancias que relata **Luisito** tienen un componente muy sexualizado, donde el menor incluye detalles muy concretos de como sucedían las mismas. Las fotos en el baño del centro escolar sin ropa y enseñando sus partes íntimas hay un componente sexual claro. Igualmente, y como describe mi compañero **CV0000** en su informe estas situaciones no serían fruto de la fabulación.”*

Comparando los dos informes en liza, el emitido por el IMLA y el que presenta Dra. García, tenemos lo siguiente:

El informe del **IMLA** se realiza sobre la base de **una entrevista** psicológica con el menor, que tuvo una duración aproximada de **30 minutos**, según se recoge en dicho informe.

Para la emisión del Informe firmado por **Dra. García** se llevaron a cabo **seis entrevistas con los padres y cinco exploraciones con el menor** que tuvieron lugar en las siguientes fechas:

- a) 20 de febrero de 2023. Entrevista clínica de una hora y media
- b) 27 de febrero de 2023 Exploración psicológica de dos horas
- c) 6 de marzo de 2023 Exploración psicopatológica de dos horas y cuarto
- d) 13 de marzo de 2023 Exploración psicopatológica de dos horas y quince minutos
- e) 20 de marzo de 2023, exploración psicopatológica de dos horas y 15 minutos

Tenemos por tanto, centrándonos solo en el aspecto temporal, que el Informe emitido por Dra. García se basó en un tiempo de entrevistas con el

menor **TREINTA VECES SUPERIOR** al tiempo empleado por las profesionales del IMLA. Es decir, la Dra. García dedicó **QUINCE HORAS Y QUINCE MINUTOS** a la exploración del menor, mientras que el tiempo dedicado por las profesionales del IMLA a la exploración del menor fue, según ellos mismos reconocen, de **TREINTA MINUTOS**

En el Informe emitido por el IMLA no se recoge ningún episodio concreto habido a lo largo de esos treinta minutos sobre los que poder valorar si las conclusiones del informe -que el auto 25.05.23 de sobreseimiento provisional hace suyas las conclusiones del informe sin mayor aditamento-, están o debidamente fundadas, no así en el Informe de Dra. García donde se citan preguntas y respuestas concretas del menor y las fechas en las que tales tuvieron lugar.

En el Informe emitido por la Dra. García se recogen distintos episodios en los que el menor cita o se refiere a Julia (profesora y tutora del menor Luisito). Así, puede leerse:

a) Página 12: **Luisito** informa que tiene 3 años y que en estos momentos no va al cole porque tiene miedo a su profesora **Julia**, asegura que no quiere ir a otro cole no sabe porque, solo que no quiere tener amigos, nombra a **Ramón** que a veces le pega y otras veces no y que **Julia** le dice que le pegue.

b) Página 13: El menor me refiere que empezó en el colegio XXXXXXXX y que ahora no va, frunce el ceño y evita mirar a la cara de esta perita:

P: Hola **Luisito**, ¿sabes porque estás aquí?

Luisito: porque te tengo que contar cosas que me han pasado.

P: ¿Por qué no vas al cole **Luisito**?

Luisito: **Julia** me castiga, me porto mal, soy malo

P: ¿y cómo te castiga Luisito?

Luisito: me pega y me encierra en el pasillo del baño “esta oscurito” y en el radiador, da mucho miedo

P: ¿y cómo te pega?

Luisito: con la mano, muy fuerte

P: ¿y porque da miedo el baño?

Luisito: **Julia** me hace fotos en el baño y también en clase y tengo que sonreír. (me escenifica como lo debía hacer, el menor representa una pose de lado y un rictus de sonrisa, después no hay emoción, se queda paralizado)

c) Página 14:

P: ¿Quién te pilla la pirulilla Luisito?

Luisito: **Julia** (al mismo tiempo el menor dirige su mano hacia sus partes íntimas y se toca el pene, varias veces).

P: ¿Qué es lo que pasa en el baño **Luisito**?

Luisito:, el menor estaba como ausente, con la mirada perdida, no fue capaz de responder.

P: ¿qué pasa **Luisito**?

Luisito: tengo miedo, no quiero hablar, quiero ir con papá.

En esta entrevista el menor jugaba con muñecos de playmobil, escenificaba algunas de las situaciones vividas por él en el centro escolar, eligió una figura a la que nombro como **Julia**, una figura de color oscuro como una niña y a él mismo con una camiseta verde, durante el tiempo que se realizó la entrevista, **Luisito** mantenía un dialogo consigo mismo al que dotaba de distintos tonos de voz, uno suave como el de una mujer, otro muy tosco, áspero y grave que tumbaba al suelo con patadas a la figura de playmobil que representaba su persona y varias voces infantiles que corrían y se golpeaban entre ellos. La entrevista se realizó a puerta cerrada.

La acusación particular solicitó la ratificación de los dos informes psicológicos aportados por los padres del menor, a presencia judicial y con asistencia de todas las partes. El **Juzgado NUNCA se pronunció sobre esta cuestión**, ni con motivo del escrito donde se solicitaban, ni con motivo de los recursos de reforma interpuestos donde se reiteró la ratificación. Reclamadas tales diligencias de investigación en los recursos de apelación interpuestos ante **Audiencia Provincial, tampoco hubo pronunciamiento al respecto**.

La acusación particular solicitó que se llevase a cabo una **exploración del menor conforme a lo dispuesto en el art. 449.ter¹³ de la Lecrim** (Cámara Gessel). Sobre esta petición **tampoco hubo pronunciamiento alguno**, ni por parte del Juzgado, ni de la Audiencia a la hora de resolver los sucesivos recursos -reforma y apelación, respectivamente- interpuestos.

¹³ El art. 449.ter de la Lecrim, dice: Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.

La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve.

La petición de la exploración del menor según art. 449.ter LECrim se hizo en el mismo escrito donde se solicitaba la nulidad del informe emitido por el IMLA, por no ajustarse a la prescripción del art. 449.ter LECrim. El juzgado inadmitió a trámite el escrito al considerar que se había planteado una nulidad conforme al art. 241 LOPJ, siendo que la nulidad solicitada lo fue al amparo del art. 238.1 LOPJ, sin referencia alguna al art. 241 LOPJ. El juzgado mediante providencia inadmitió a trámite el escrito, providencia que no es susceptible de recurso según reza el último párrafo del art. 241 LOPJ, por lo que la cuestión suscitada sobre la ratificación de los dos informes presentados por los padres denunciadores nunca obtuvo respuesta. **Simplemente se obvió.**

En conclusión, se dictó auto de sobreseimiento provisional **sin que el Juzgado Instructor se pronuncie, ni por tanto practicara ninguna diligencia de investigación propuesta por la acusación particular**, consistentes en la ratificación de los informes psicológicos aportados y exploración del menor según art. 449.ter LECrim

La fundamentación jurídica de único apartado y la parte dispositiva del auto acordando el sobreseimiento provisional de las actuaciones, contenía el siguiente tenor:

“Si el Juez estimare que no aparece suficientemente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa, acordará mediante auto su sobreseimiento provisional (artículos 779.1.1º y 641.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Así acontece en el presente caso, en el que las diligencias practicadas no permiten acreditar debidamente indicios de la presunta comisión del ilícito que se investiga.

El procedimiento se inicia por denuncia de progenitores de menor de 3 años de edad expresando sospechas de maltrato a su hijo por parte de su profesora, incluyendo connotaciones sexuales en los mismos, fruto de la narración del menor y conductas observadas en el mismo, habiendo aportado durante el procedimiento sendos informes psicológicos (índice 14 y 21).

Por mi parte he recabado informes policial y periciales del Instituto de Medicina Legal, que han tomado en consideración el contenido de los informes de parte, ninguna de cuyas diligencias permite atisbar la existencia de indicio de delito alguno.

Así, el Cuerpo Nacional de Policía (índice 13) ha recabado información en el centro educativo del menor, incluyendo padres de otros niños, sin indicio alguno de maltrato al concernido en esta investigación, ni a otros.

Por su parte, el Médico Forense (índice 28) informa de que el menor presenta un desarrollo psicomotriz normal para su edad, que no padece enfermedad alguna y que no se han detectado indicios que sugieran la existencia de maltrato físico.

Por último, el informe del Instituto de Medicina Legal de Aragón, emitido por 2 Psicólogas y una Trabajadora Social (índice 25), tras las cumplidas explicaciones que conducen a sus conclusiones, informan que el menor tiene un adecuado nivel de desarrollo cognitivo y comunicativo acorde a su edad, sin psicopatología que suponga una desconexión de la realidad, que tras la valoración de la capacidad para testificar, se objetiva que el niño no tiene capacidad para prestar testimonio válido, dado que no ha alcanzado capacidades para: ubicar sucesos en el tiempo, cuantificar, describir lugares, describir secuencias de actividades, que respecto a la credibilidad del testimonio del menor, no es posible pronunciarse debido a que el menor no tiene capacidad para prestar testimonio válido, además de no haber un relato libre sobre los supuestos hechos y que respecto a la valoración de la psicopatología, el pequeño muestra conductas normalizadas y adecuadas al contexto, no objetivándose patología mental de ningún tipo.

Corolario de lo razonado, como se ha adelantado y tiene igualmente interesado el Ministerio Fiscal, es la inexistencia de indicio alguno que permita sospechar la posible comisión de los delitos denunciados, como antecedente lógico para continuar la instrucción; de modo que procede el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

En virtud de cuanto antecede, vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

Debo acordar y acuerdo sobreseer provisionalmente las presentes diligencias previas, por no resultar debidamente justificada la

perpetración del delito que ha dado motivo a su formación y el archivo de las actuaciones, firme que sea el presente.”

Sobre la base de este autos y demás actuaciones obrantes en las DP correspondientes, se **interpuso querella contra el Juez de Instrucción por un delito continuado de prevaricación** que fue inadmitida a trámite por el TSJ de Aragón, que igualmente desestimó el recurso de súplica interpuesto contra la inadmisión. Sin embargo, el TSJ de Aragón sí que acordó incoar **pieza separada de conformidad con el art. 247.3 LEC a los efectos de examinar si, con la interposición de la querella, hubo abuso de derecho o mala procesal por parte del querellante, pieza separada que concluyó con la imposición de una multa de 300 euros al querellante.**

COMENTARIO: No consta que el denunciante, luego querellante, fuera de buena familia, a diferencia de la denunciada y el querellado.

8. LA NORMALIDAD COMO CRITERIO RECTOR EN LO COTIDIANO.

Antes, al referirme al criterio de la exigibilidad pero aplicada al ámbito privado he dicho que en él no hay principio de legalidad, y que por tanto no hay hecho típicos, tan solo hechos que no obstante son capaces de producir daño y justamente por esto, se les puede reprochar. Esta situación, es decir, la inexistencia del principio de legalidad en las relaciones -vamos a llamar humanas, personales, grupales o colectivas, sociales, etc... o como las queramos identificar, hace que éstas sean mucho más fluidas, pero al mismo tiempo pueden dar lugar a equívocos o malos entendidos. No obstante estos riesgos, no dejamos de entendernos al participar de un lenguaje y unos criterios, más o menos elásticos, que son comunes, de tal manera que ese lenguaje y criterios comunes (=normas morales) determinan un colectivo.

También se ha dicho ut supra, que en las relaciones personales, a diferencia de las relaciones jurídicas, **el sujeto establece pactos y alianzas según su libre criterio, libre criterio por el que también se guía a la hora de**

modificar o dar por concluida tal o cual relación, por lo que los miembros de un determinado colectivo no tienen por qué pertenecer en exclusiva a ese colectivo. El sujeto puede pertenecer a cuantos colectivos quiera y se le admita, lo que nos lleva a reconocer que las relaciones pueden ser multi direccionales y ello no impide que nos podamos comunicar.

¿Cómo establecer entonces la exigibilidad entre los miembros de un determinado colectivo, exigibilidad que tiende -o debería tender- a ser recíproca y a la vez tácita?

Creo que ello es posible gracias al criterio de **la normalidad**. Lo normal, es lo que hace que pueda surgir un principio de acuerdo sobre el que construir un inicial pacto y a raíz de él otros pactos a los que reconocemos vigencia. Con la vigencia de un pacto, recordemos que es un **pacto moral**, estamos admitiendo la reciprocidad y es esta reciprocidad la que permite que podamos exigir y se nos pueda exigir.

No obstante, lo normal, siempre viene referido a un determinado ámbito, de mayor o menor extensión o amplitud, sobre el que admitimos un inicio de compromiso que puede -o no- ir adquiriendo fuerza, consistencia, concreción, etc... hasta reconocerle -o no- y por tanto alcanzar -o no- el grado o *status* de vigencia. En ese momento se establece tácitamente la recíproca exigibilidad.

Al hablar de exigibilidad, se ha dicho que la exigibilidad es el punto de unión, y refiriéndola a las relaciones jurídicas se ha dicho: En las relaciones jurídicas, y concretamente en el ámbito del derecho penal, es el legislador, que por supuesto **no lo puede todo**, el que establece, en virtud de la exigibilidad, aquello a lo que venimos obligados, produciéndose una bifurcación o doble vía: una que discurre por el ámbito de la valoración, que es común e igual para todos, mientras que la otra vía, la de la motivación, sí que atiende a las particularidades de cada individuo. Y según como se actúe en uno y otro ámbito -valoración y motivación-, hablaremos de antijuridicidad o reproche.

Pues bien, creo que lo acabado de decir es perfecta e íntegramente aplicable a las relaciones personales, sociales, etc., etc..

En efecto. Empecemos diciendo que en las relaciones personales nadie lo puede todo, faltaría más. Cuando se ha alcanzado, después del inicio del compromiso, el grado, nivel o status de vigencia, surge ipso facto la exigibilidad. Pero claro, esa exigibilidad, que recordemos, que aunque recíproca es tácita, es decir, no explicitada, nos va a hacer actuar conforme al contenido que cada uno le dé a esa exigibilidad recíproca y tácita. De donde será al actuación del otro la que verificará si se está hablando del mismo contenido e intensidad de exigibilidad, aplicada al aspecto o cuestión de que se trate.

Veamos. Refiriéndonos al campo de del derecho penal, la exigibilidad juega el papel de gozne o bisagra, en la que se une la valoración y la motivación o determinación. Decíamos, la valoración es común para todos, mientras que la determinación o motivación atiende a las circunstancias o características de cada uno, presumiéndose que son las normales de la persona normal en circunstancias normales, sabiendo que la valoración y la exigibilidad hacia el respeto de esa valoración viene establecida ex lege. En las relaciones personales, hemos dicho que no hay principio de legalidad, por lo que es cada uno el que establece la valoración que el otro debe respetar, de ahí el recurso a la normalidad como criterio rector, tanto para la valoración como para concretar el nivel de exigibilidad. Pero, mientras que en las relaciones jurídicas el que concreta la valoración y el nivel de exigibilidad es un tercero imparcial y ajeno a la controversia o relación, en el ámbito de las relaciones personales, son dos las instancias que vienen a determinar la concreción del valor, de su posible lesión, así como el nivel de exigibilidad a que el otro viene obligado. No es fácil.

Cuanto mayor sea el margen de actuación que se conceda al otro, mayor será la viabilidad del acuerdo. No debe olvidarse que esa relación se tiene que desenvolver en el campo de la reciprocidad, con lo que se corre el riesgo de moverse en un círculo vicioso.

Cada sujeto admitirá que existe la reciprocidad entre él (A) y el otro (B) función del grado de cumplimiento que vea, admita o reconozca en el otro (B) respecto de la exigibilidad que él (A) considera obliga al otro (B). Dicho en primera persona: *“Veré o admitiré que hay reciprocidad entre él (B) y yo (A) en función del grado de cumplimiento que vea, admita o reconozca en él (B), respecto de la exigibilidad que considero le obliga para conmigo.”*

Si nos fijamos un poco, podemos ver, que en las relaciones personales se da una tendencia a **confundir o no separar** los planos que si son perfectamente diferenciables en el derecho penal, que en mi opinión son tres: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En las relaciones personales debemos proceder del mismo modo, distinguir los tres niveles de análisis: el del hecho, el del daño o contrariedad que produce tal hecho y el del reproche que se le puede formular por el daño o contrariedad causada.

Con la determinación del hecho, estamos concretando el momento o la situación de la que vamos a determinar si nos ha producido contrariedad y en su caso, la intensidad de la misma. Y según sea ésta, determinaremos el reproche que merece el sujeto. Ahora bien, en todo este proceso no podemos limitarnos a seleccionar el hecho causante hasta sacarlo de la realidad o contexto en el que se ha producido. El hecho causante es el fruto de una evolución, más o menos acelerada, de unas condiciones previas. Los momentos se suceden, no hay vacíos en el devenir. Debemos evitar la tautología.

9. PARADIGMAS DE LA CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LO COTIDIANO

Ahora bien, la exigibilidad de la que acabamos de hablar, no siempre concurre en un plano de reciprocidad o igualdad. ¿Por qué? Ello puede suceder, y aquí también nos sirve como referencia la dogmática penal, por dolo o por imprudencia y a veces, esa reciprocidad que no es tal, es decir esa falta de

reciprocidad, unas veces puede estar justificada, otras disculpada y aquí también podemos traer a colación las ideas que fundamentan las eximentes, entendiendo por éstas, no sólo las contempladas en el art. 20 CP, sino todo aquello que permite o impide poner pena. Pero, todo este elenco de justificaciones y disculpas, que se puede ampliar a las de atenuantes y -en el lado opuesto- a las agravantes, puede ser esgrimido tanto por uno (A), como por otro (B), cuando no por parte de los dos (A y B), con una singularidad y es que, como quiera que en las relaciones particulares no hay principio de legalidad, pues nos estamos rigiendo por normas morales¹⁴, el recurso a la analogía -in bonam parte (para mi)/in malam parte (para ti)- puede adquirir un protagonismo poco conveniente.

Un criterio que normalmente no falla, para poder descubrir el seguimiento o servidumbre a la concepción subjetiva de la antijuridicidad por parte del otro (B), es el de *“la situación del deber”*. El discurso del otro (B) tiende a colocar a su oponente (A) en la situación de deber? V.gr. es que (no) debías haber hecho eso; es que **debías...**

Ante cualquier situación, ¿quién no podría haber hecho algo más -por poco que fuera- de lo que ha hecho, aunque haya hecho mucho? Solo cuando se ha hecho el 100% de lo que era posible, resultará imposible que se nos exija o reproche por no haber hecho algo más y ni aun así se está libre de ese reproche, porque, no olvidemos, que en las relaciones personales, cada uno es libre de establecer el nivel de exigibilidad al que debe someterse el otro. Por tanto, ante esa tesitura, la pregunta a formularnos (a nosotros mismos) es: ¿es normal el nivel de exigibilidad al que se me quiere obligar? ¿es recíproco con el nivel de exigibilidad que me quiere aplicar?, ¿se aplica el mismo nivel de exigibilidad que me exige?

La exigibilidad, para ser recíproca debe ser simétrica. El grado de exigibilidad de uno (A) para con el otro (B) será recíproca, cuando, de

¹⁴ De las que antes hemos dicho, que *“donde el sujeto establece pactos y alianzas según su libre criterio, libre criterio por el que también se guía a la hora de modificar o dar por concluida tal o cual relación”*. Vid. ut supra p. 5

intercambiar los criterios aplicables a uno (A) con los del otro (B) la situación resultante para cada uno de ellos (A y B), no sea diferente a la situación existente antes del intercambio.

9.1. PARADIGMAS

Lo hago por ti: no solo debes aceptarlo, sino que además debes estar agradecido. Lo que cuenta es la intención del que lo hace (A) por ti (B), te guste o no te guste, porque él (A) lo hace por tu (B) bien; eres tú (B) el que no sabe lo que te interesa, eres tú (B) el que está equivocado, y es él (A) el que trata de sacarte del error, del mal camino, de la confusión. Es él (A) el que trata de aclararte (a ti B) las ideas.

Parece mentira: que puedas dudar de mí, pensar eso de mí, que digas eso (de mí), sin entrar a saber/preguntar -por parte del que reprocha (A)- el por qué el otro (B) piensa, duda o dice (de A) lo que piensa, duda o dice. Es decir, el hablante (A) reprocha la conclusión de B, sin atender a las razones de éste (B) tiene para llegar a tal cual conclusión, que evidentemente no le gusta o cree que no se merece: es decir, B tiene una opinión injusta de A

¿Cómo te atreves?: (... a decir/me eso) quien así habla (A), reprocha el reto que supone la actuación del otro (B). La actuación del otro (B) supone una desobediencia para quien (A) interpela de ese modo, o supone hacer algo que, quien interpela (A), desaprueba por razones que no explicita. En última instancia, (B) no ha reconocido (en A) la autoridad que (A) cree tener. Esa falta de reconocimiento por otro (B) a la autoridad (de A) viene dado, bien por desobediencia, lo que equivale a contumacia o rebelión, o por ignorancia, que nunca es excusable, cuando de ella se deriva una opinión poco o nada favorable hacia la autoridad (A), que es ella misma la que establece su condición o cualidad.

Usted no sabe con quién está hablando. El otro (B) no reconoce a la autoridad (de A), lo cual no es justificable, ni disculpable. ¿Cómo es posible

que (B) no sepa de la autoridad (de A) que, a más a más, todo el mundo conoce y nadie ignora?

Vemos, como mediante estos cuatro paradigmas se reconduce al otro (B), a una situación de desobediencia, caso de no aceptar las indicaciones del bienhechor (A)

En todos ellos (A), no admite que se cuestione o desconozca su autoridad, aplicando a ese desconocimiento la acepción más amplia que tal término pueda admitir y sin tratar de averiguar con suficiencia las causas por las que (B) carece del conocimiento o reconocimiento en de la cualidad que (A) afirma tener.

10. CONCLUSIÓN: LA CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD COMO SOPORTE DOGMÁTICO DE LOS TOTALITARISMOS.

La jurisprudencia de nuestro TS, a la hora de determinar el ánimo que movió al sujeto, entiende que, salvo reconocimiento expreso por parte del sujeto del ánimo que le llevó a actuar tal y como lo hizo, tal ánimo debe inferirse de los actos exteriorizados, de su comportamiento. Es decir, por síntomas o indicios.

La concepción subjetiva de la antijuridicidad supone, quiérase o no, un adelanto de la barrera de protección, que, en ocasiones, no deja de ser un eufemismo. El adelanto de la barrera de protección, supone la restricción de la capacidad de movimiento de otros.

Si la voluntad contraria se infiere por síntomas o indicios, y desde el momento en que los actos no siempre son inequívocos, cualquier sustrato material, cualquier momento, cualquier acto que no resulte incompatible con un determinado predicado (ilícito), se convierte ipso facto en ilícito, es decir contraviene no solo la ley, sino también la moral y la ética, lo que le convierte en, al menos, potencialmente peligroso y si bien esta condición de peligroso

no puede ser castigada, sí puede ser atajada mediante medidas de seguridad, cuyo contenido material, puede ser el mismo que la pena de prisión.

Además, desde un punto de vista procesal, una concepción imperativa de la norma, no encaja como un proceso inspirado en el principio acusatorio, sino en el principio inquisitivo.

¿Qué comportamiento no se puede reconducir a un acto de desobediencia, al menos indiciariamente? En esa dinámica, ¿qué supone negar la imputación que se sufre? Contumacia. ¿cómo se reacciona frente a la contumacia? **Pues eso.**

Vicente Baeza Avallone
Profesor Titular de Derecho Penal (jubilado)
Departamento de Derecho Penal
Universitat de València