

Grau en Dret

Treball de fi de Grau (21067/22747)

Curs acadèmic 2021-2022

LA PRETERINTENCIONALITAT

Un anàlisi del sistema actual i la proposta d'un model alternatiu

Albert Balcells Crespo

216708

Tutor del treball:

Ramon Ragués Vallès



Declaració d'autoria i originalitat

Jo, Albert Balcells Crespo, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Albert Balcells Crespo

Barcelona, 16 de maig de 2022

RESUM

L'objectiu del present treball és analitzar el concepte de preterintencionalitat així com els diferents models emprats per resoldre les situacions que presenten aquesta problemàtica. Per a tals efectes, s'ha realitzat un estudi detallat dels elements que conformen la preterintencionalitat. Finalment, hem pogut analitzar l'impacte que té en la pena l'ús d'un sistema o l'altre per calcular-la, arribant així a concloure quin de tots és el més beneficiós per a l'acusat.

PARAULES CLAU

Delicte preterintencional, qualificació pel resultat, imprudència, delicte base, relació de causalitat, conducta dolosa, preterintencionalitat, delicte qualificat

ÍNDIX

1. Introducció	5
2. Concepte	7
3. Tipus	8
4. Elements.....	9
4.1 Aspecte extern	9
4.1.1 El delicte base	9
4.1.2 Resultat preterintencional	10
4.1.3 Relació de causalitat	15
4.2 Aspecte intern.....	19
5. Models de resolució	23
5.1 Les modalitats espanyoles i el concurs ideal.....	23
5.2 Delictes preterintencionals pel resultat i el model italià	25
5.3 La solució intermèdia del model alemany.....	26
5.4 L' interessant model colombià.....	27
6. Més enllà de les lesions i l'homicidi.....	29
6.1 De lesions bàsiques a agreujades	29
6.2 Lesió seguida de la mort del fetus	30
6.3 Robatori seguit d'homicidi imprudent	32
6.4 Mort de l'embarassada seguit d'avortament	33
7. Anàlisi del càlcul penològic i el model més favorable a l'acusat	34
7.1 La preterintencionalitat heterogènia.....	34
7.2 La preterintencionalitat com a atenuant	35
7.3 Delictes qualificats pel resultat	36
7.4 Un model alternatiu, la tesi unitària	37
7.5 El meu model: temptativa de lesions en concurs ideal amb homicidi imprudent.....	38
7.5.1 Càlcul segons el model actual	41
7.5.2 Càlcul segons el model alternatiu	41
7.5.3 Síntesi de la comparativa	42
8. Conclusions.....	43
9. Bibliografia	46

1. Introducció

Al llarg de la història, han estat molt els autors que han debatut i han intentat proposar la manera més justa de resoldre jurídicament les situacions en què un atacant, amb una intenció clara i volguda, realitza una conducta delictiva, però aquesta acaba derivant en un resultat més greu del que esperava. El primer terme conegut i consolidat relacionat amb la preterintencionalitat va ser l'anomenat "versare in re illicita", que a partir del segle XVI va convertir-se en el criteri interpretatiu habitual. Aquest terme significava que l'acusat acabaria responnent de tot aquell resultat que es pogués derivar de la seva actuació il·lícita, inclús si aquell es pogués catalogar com a fortuït. Avui en dia és el que coneixem com a responsabilitat objectiva absoluta, és a dir, que l'autor respon per tot allò que pugui haver tingut un mínim nexa causal amb l'actuació inicial..

Ja des del dret penal més antic, no es vinculava la responsabilitat amb l'autor, sinó que simplement es buscava una mena de causa i efecte que pogués atribuir tot resultat a l'acusat, deixant de banda qualsevol anàlisi de la part subjectiva dels fets. Així doncs, la mort d'una persona exigia una reparació tant si es tractava d'un cas fortuït com d'un cas dolós. La base d'això era que l'autor, pel simple fet d'haver infringit la llei moral o estatal ja podia tenir atribuïda tota la culpa dels seus actes. Oposant-se parcialment al "versari in re illicita", va aparèixer el concepte de "dolus indirectus", el qual va fer un pas per intentar allunyar-se de la responsabilitat objectiva, deixant sense culpa aquells resultats produïts accidentalment. Això va suposar una reducció tímida de l'àmbit d'aplicació del dol, i per aquest motiu, calien encara més progressos per a respectar el principi de culpabilitat.

Després del primer Codi Penal espanyol l'any 1822 i d'una sèrie de crítiques per part de la doctrina, la reforma de l'any 1848 va introduir una figura que tenia en compte la dualitat d'intencions entre la voluntat inicial de l'autor i el resultat finalment produït, típic de les conductes preterintencionals - més enllà de la intenció-. Mitjançant l'article 9, en el seu apartat quart, els acusats podien veure reduïda la seva condemna, però això no suposava que la conducta deixés de declarar-se dolosa. L'únic impacte que tenia aquesta nova figura era en la pena de presó imposada, perquè en termes jurídics, es seguia comptant com a dol directe qualsevol conducta que produís un resultat lesiu. Per aquest motiu, considero que l'anàlisi de llavors era del tot incorrecte, perquè no es dividien els fets en dos moments diferents (voluntat inicial i resultat final) sinó que es graduava la gravetat de la pena pel resultat final i després es

mirava de maquillar valorant la intenció que va tenir l'acusat en iniciar la seva conducta. El que acabem d'explicar era el que es coneixia com a preterintencionalitat homogènia, i va estar vigent a Espanya fins a la reforma de l'any 1995.¹

D'altra banda, existia l'anomenada preterintencionalitat heterogènia, la qual, a parer meu, resolvia bé la problemàtica de, per exemple, les lesions inicials intencionades que acabaven ferint de mort a la víctima. Aquesta figura jurídica, emparada en l'article 50 del Codi Penal espanyol fins que va ser derogat l'any 1983², era d'aplicació quan el resultat era diferent de la conducta iniciada. Posem d'exemple que durant unes manifestacions al centre de Madrid, un noi incendia un caixer automàtic situat a la vorera, amb la mala fortuna que es propaga i posa fi a la vida d'un sense sostre que vivia a la part interior. En aquest cas, i amb l'article 50 a la mà es condemnaria per un delictes de danys dolosos en combinació amb un delictes d'homicidi imprudent.

Tot i que aquest article, com hem explicat, va perdre la seva vigència ara farà quaranta anys, el Tribunal Suprem va adoptar aquell mètode per a resoldre tots els casos en què es veu sobrepassada la intenció pel resultat. Avui dia doncs, havent-se erradicat pràcticament tots els delictes qualificats pel resultat, el model emprat majoritàriament és el de catalogar com dolosa l'actuació inicial i a més, atribuir a títol d'imprudència el resultat, sempre que no es pugui argumentar que aquest ha pogut estar fortuït.

L'objectiu d'aquest treball és, en primer lloc, analitzar el concepte de preterintencionalitat tal com l'entenem actualment. Els seus diferents elements, tant objectius com subjectius, tant interns com externs, i l'impacte de la relació de causalitat dins d'aquest debat. Seguidament, caldrà estudiar quins sistemes han estat utilitzats al llarg dels anys a Espanya i a altres estats europeus, per tal de poder arribar a proposar un mètode alternatiu propi. Per a poder comparar tots els models ens hem d'endinsar en l'importantíssim càlcul de penes, que és el que realment interessa als acusats. Serà reiterada la crítica constructiva a tots els sistemes, ja que cal tenir sempre al cap que el dret penal ens obliga a arribar sempre a la solució més ajustada a dret. Ara per ara, no hi ha cap principi que obligui als tribunals a arribar a la conclusió més favorable

¹ Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal (BOE núm. 281 de 24 de novembre del 1995)

² Llei orgànica 8/1983 de 25 de juny, de reforma urgent i parcial del Codi Penal (BOE n. 152 de 27 de junio de 1983)

al reu, ni de bon tros, però sí que ens hem d'esforçar en trobar maneres jurídicament viables de resoldre millor els delictes preterintencionalmentals.

2. Concepte

El terme preterintencionalitat, en un sentit etimològic, significa més enllà de la pròpia intenció. Un exemple pràctic podria ser aquell en què l'autor, a conseqüència de la seva conducta, produeix un resultat que sobrepassa el seu propòsit. Tenim doncs, que la figura de la preterintencionalitat pressuposa una part dolosa, volguda prèviament per l'autor, i una part culposa, amb la qual, en principi, el subjecte no hi comptava. Tant la via dolosa com la imprudent ens obliguen a determinar quina era la voluntat real de l'autor en cadascuna de les fases de l'execució. La primera meitat depèn del què s'entengui per dol i sobre quins fonaments s'analitzi. De manera pràcticament unànime, la doctrina s'ha centrat en estudiar-ne dues dimensions: la cognitiva i la volitiva.

La cognitiva fa referència a l'apartat més aviat intel·lectual del subjecte, aquí cal valorar si entén i comprèn els fets. La segona en canvi, se centra en la voluntat de l'autor. Totes dues vessants són claus a l'hora de determinar si una conducta ha estat duta a terme mitjançant dol. Si més no, d'una manera progressiva, s'està tendint a prescindir de la valoració de l'apartat volitiu, ja sigui per la dificultat probatòria que té o per l'afany generalitzat de tornar a aplicar una responsabilitat objectiva a tants articles del Codi Penal com sigui possible.³ Encara de vegades, ficar-se dins la ment de l'autor sigui una tasca difícil, prescindir de l'element volitiu genera una gran problemàtica a l'hora de discernir entre dol i imprudència, ja que és aquest el que ens permet saber si l'autor tenia la voluntat de realitzar aquella acció o no. Si ens basem únicament en l'apartat cognitiu, acabaríem abolint els delictes imprudents i gairebé totes les conductes serien tipificades com a doloses a partir del coneixement cognitiu. Tindríem doncs un sistema dividit entre conductes doloses, perseguides pràcticament amb una responsabilitat objectiva, i conductes fortuïtes⁴. No obstant aquest cert alarmisme, la culpa inconscient o els

³ CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, ORTS BERENGUER, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal* : (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) Capítol «Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad» Tomo II, 2009, p. 1573

⁴ RAMON RIBAS, *El homicidio preterintencional*, UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, núm. 3, 2010 “ Si se deja de exigir el vínculo de volición entre acción y resultado, dejará de tener sentido la distinción entre dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual, pues el dolo se configurará únicamente con el elemento cognoscitivo”

casos de coneixement parcial seguirien tenint cabuda al sistema, ja que el dol com a tal, exigeix un coneixement i voluntat ple, perfectament acreditat.

Una correcta avaluació del dol és vital per poder aplicar correctament la preterintencionalitat però no només això, sinó també per poder condemnar per imprudència en aquells casos en què no existeix cap mena de dol. A més, i com veurem més endavant, la preterintencionalitat permet deixar enrere la responsabilitat objectiva o la qualificació per al resultat, termes que desenvoluparem seguidament.

3. Tipus

La preterintencionalitat sempre ha tingut dues dimensions, i encara que en tinguem constància des de l'any 1979, aquestes han anat variant el seu significat al llarg del temps, sempre gràcies a les diverses modificacions legislatives que s'han anat succeint. D'una banda, trobem la preterintencionalitat homogènia. Aquesta fa referència a aquelles situacions en què una conducta delictiva volguda per l'autor, com ho poden ser unes lesions lleus, causen un resultat més greu, com ho pot ser un delictes de lesions amb pèrdua de membre principal, dins del mateix títol del codi penal. En aquest cas podríem dir que ens trobem davant una mateixa figura delictiva. D'altra banda, existeix la preterintencionalitat heterogènia. En aquest cas tenim una conducta dolosa que s'encamina cap a un resultat determinat (*minus delictum*) però que s'acaba materialitzant en un encara més greu (*maius delictum*), no previst per l'autor però considerablement previsible. A diferència de l'anterior, els dos delictes es troben a títols diferents. El cas més típic és el de les lesions ocasionades voluntàriament per l'acusat, que acaben derivant en la mort de la víctima, resultat que l'autor no tenia intenció de produir.

Totes dues dimensions tenen en comú una intensificació del dany que, podríem dir, desharmonitza la relació entre intenció i efecte.⁵ En aquesta situació, l'àmplia jurisprudència recent determina que l'acusat, amb una única conducta, desdobla dues infraccions, una considerada dolosa, pel què volia fer, i una culposa, perquè encara que no tingués intenció de produir el dany, estava obligat a preveure-ho i evitar-ho. Actualment, tots dos delictes es

⁵ STS, Sala 2a, núm. 1253/2005 de 26 de Octubre de 2005 (MP: Juan Ramon Berdugo Gómez de la Torre)

trobarien en una relació de concurs ideal, però com explicarem més endavant, hi ha diferents maneres d'afrontar i solucionar aquestes situacions.

4. Elements

Un cop definit el concepte de preterintencionalitat i les seves dues dimensions, cal endinsar-se en els diferents elements que l'estructuren. Primerament, farem referència a l'apartat extern. Aquest està compost per la producció d'un delictes base, un resultat preterintencional i una relació de causalitat entre ells. Segonament, ens centrarem en l'aspecte intern, aquell que valora la culpabilitat del reu tenint en compte el seu dol o culpa, i intentant determinar quina era la seva voluntat real a l'hora de dur a terme la conducta enjudiciada. Els diferents components no són alternatius, sinó concurrents, per exemple, sense una relació de causalitat no podem determinar l'element subjectiu, doncs tots els apartats són necessaris.

4.1 Aspecte extern

4.1.1 El delictes base

El delictes base, com hem explicat anteriorment, és aquell que l'autor té decidit cometre i acaba executant amb la seva conducta. Pel que fa a la preterintencionalitat doncs, cal trobar amb una actitud dolosa per tal de poder seguir amb l'anàlisi. L'aspecte cognitiu és fàcilment identificable, llevat del cas en què ens trobem davant una persona amb baixes capacitats intel·lectuals, i gairebé tothom és capaç de comprendre la prohibició o obligació de la norma.

L'aspecte volitiu, en canvi, és més difícil de valorar i caldrà revisar-lo a l'apartat intern de la preterintencionalitat, que se centra en la voluntat de l'autor. També estarem obligats a tenir en compte el "dol eventual" a l'hora de determinar el grau d'intenció que tenia l'acusat. És a dir, la jurisprudència, cada vegada més, està acceptant rebaixar el llindar a partir del qual es considera satisfet l'aspecte volitiu. Això és degut, principalment, a la gran quantitat d'entrebancs i manca de proves que ens trobem per poder demostrar la voluntat vertadera de l'acusat. I per tant, s'acaba deduint, a parer meu, de manera errònia, que l'autor havia acceptat prèviament el resultat pel simple fet d'entendre la conducta que estava realitzant. Aquesta

deducció és perillosa perquè de considerar-se prescindible l'element volitiu, ens trobaríem únicament entre el dol directe i el dol eventual, deixant sense possibilitats l'aplicació en els tipus la imprudència. A més, cal recordar que el dol eventual és una manera d'estendre el dol i que, per tant, hem de ser estrictes a l'hora de valorar-lo.

Tot i que la jurisprudència al respecte ha anat variant i ja hi ha diverses doctrines que han estat sobradament superades, el Tribunal Suprem⁶, quan la preterintencionalitat encara era considerada una atenuant de l'article 9.4 Codi Penal, va arribar a la conclusió següent. La preterintencionalitat, entesa com desacordança entre intenció i resultat, només havia de ser aplicada en el cas en què hi hagués una gran desproporció entre els mitjans emprats per cometre el delictes base i el dany produït finalment. Addicionalment, cal destacar que hi havia una presumpció en contra del reu ja que, generalment, -com succeix en un delictes de lesions que acaba provocant la mort-, hi ha una certa proporció entre els mitjans utilitzats i el resultat final. Afortunadament, i com explicarem més endavant, aquesta presumpció ja no s'utilitza com a mètode deductiu per jutjats i magistrats.

Més endavant, a l'apartat intern, ja analitzarem més a fons l'aspecte subjectiu de l'autor, i per tant podrem valorar si efectivament hi ha dol o no a l'hora de cometre el delictes base. De no haver-hi dol en la fase inicial, ens trobem que és molt difícil seguir amb l'anàlisi preterintencional, perquè d'una conducta inicial imprudent, com que no hi ha intenció, no podríem dir que aquesta s'ha sobrepassat, simplement no n'hi havia. Tot això haurà de ser contrastat amb el principi de culpabilitat, que exigeix dol o culpa per condemnar algú, i per tant, la voluntat de l'autor serà essencial a l'hora de determinar-ne les seves responsabilitats.

4.1.2 Resultat preterintencional

En segon lloc, tenim l'element del resultat preterintencional. Aquest és un concepte clau a l'hora d'estudiar les situacions en què trobem diferències entre intenció de l'acusat i la conseqüència que realment s'acaba produint. Entenem doncs com a resultat preterintencional aquell que ultrapassa les veritables intencions de l'autor. Llavors, una conducta humana pot tenir alhora elements dolosos, pel que fa a les intencions, i al mateix temps, d'altres de culposos

⁶ STS, Sala 2a núm 90/1980 de 29 de gener de 1980 (MP: Antonio Huerta y Alvarez de Lara)

pel que fa al resultat. Posem per exemple el cas d'una persona que dona un cop de puny a una altra ⁷ i aquesta cau picant amb el cap a terra i, conseqüentment, mor a l'instant. En aquesta situació, el propòsit de l'autor no podem dir que era matar-lo d'un cop, considero que ningú, a no ser que es tracti d'una persona amb coneixements de lluita específics, pot preveure que matarà a algú d'aquesta manera. Ens trobaríem altra vegada sobre la fina línia entre dol eventual o la culpa conscient, que ens portaria a la imprudència. La diferència seria que en el primer cas, l'autor preveu el resultat, l'accepta i continua amb la seva conducta sense importar-li les conseqüències definitives. En canvi, com passa en l'exemple que acabem d'explicar, en la culpa conscient, l'autor pot preveure un resultat determinat però confia en què no es produeixi, com passa amb la lesió intencionada però l'homicidi no desitjat.

Per tant, el resultat ha de ser no volgut, però això no vol dir que no sigui raonable imaginar-se'l, al revés. En els casos en què es condemna "el resultat imprudent" és pel simple fet que la conseqüència dels actes de l'autor eren mínimament previsibles i que per tant, la persona hauria d'haver tingut en compte el perill que suposava la seva conducta per a la víctima de l'atac. Tal com va detallar el Tribunal Suprem l'any 2010⁸, és possible admetre una barreja entre dol i culpa per molt greu que pugui semblar el dany finalment causat. Es tracta d'un cas en què una mare, farta dels plors de la seva filla, la va sacsejar bruscament causant-li múltiples lesions greus, sent doncs acusada per assassinat en grau de temptativa. El Tribunal va arribar a la conclusió que es tractava d'unes lesions doloses i unes altres d'imprudents, descartant així la temptativa. Pel que fa a les culposes la sentència reflexa el següent : " aunque el agente pudiera representarse tal resultado de muerte, si no puede deducirse del "factum" que, a pesar de ello, le era indiferente el resultado que pudiera producirse, estaremos en presencia de la llamada culpa consciente o con previsión, pues en tal caso no existe ningún elemento de donde deducir que quisiera su muerte ". En aquesta qüestió, el rellevant és que s'acaba produïnt una lesió molt més greu de l'esperada, que l'autor hauria d'haver previst, però així i tot, no li són atribuïbles a títol de dol.

Són vitals a l'hora de valorar com era de previsible el resultat preterintencional, les diferents circumstàncies en què el subjecte va actuar. Podem utilitzar per resoldre això la sentència del

⁷ SAP Burgos, sec. 1a, núm. 230/2009 del 20 d'octubre del 2009 (MP: Luis Antonio Carballera Simón)

⁸ STS, Sala 2a, núm. 910/2010 de 22 d'octubre del 2010 (MP: Julian Sánchez Melgar)

Tribunal Suprem 4705/2014, de 12 de novembre, tal com fa la sentència de l'Audiència Provincial de Las Palmas de l'any 2016.⁹ Trobant-nos en el cas en què, d'un sol apunyalament la víctima mort pràcticament a l'instant. Tot i que l'anàlisi del cas en qüestió és més aviat relatiu a la intencionalitat del subjecte agressor, la previsibilitat del resultat és perfectament avaluable amb els mateixos criteris. Per tal de poder endinassar-nos a la psique de l'acusat, les circumstàncies a ponderar a l'hora d'establir la intenció de l'autor, són les següents:

- La relació prèvia entre agressor i agredit
- El comportament de l'autor abans, durant i després de l'agressió
- L'arma o instruments utilitzats, a més de la zona del cos contra la qual es dirigeix l'atac
- La intensitat del cop o cops en què consisteix l'agressió

Tot i que alguns d'aquests criteris no són perfectament aplicables a l'hora de valorar la previsibilitat del resultat que podria tenir l'actitud del subjecte atacant, ens poden servir com a punt de partida. Sobretot les tres últimes circumstàncies ens poden ser molt útils. En primer lloc, podem imaginar-nos una situació com l'explicada anteriorment de la mare que causa a la seva filla unes lesions tan greus que pràcticament la deixa incapacitada de per vida. No sabem la seva actitud ni abans ni durant els fets, però l'acusada va mostrar, gairebé a l'instant de veure com la nena parava de donar signes de vida, un profund penediment. Això pot no ser definitiu, però sí que ens dóna indicis d'haver sobrepassat la intenció de la dona. Si en canvi, marxés sense més miraments ni preocupació, podríem suposar que, en certa manera, esperava que això passaria i per tant, trobaríem una mica més fàcil imputar-li els fets a títol de dol eventual.¹⁰

En segon lloc, és de gran rellevància la zona corporal cap a la qual es dirigeix l'atac i els mitjans emprats. L'assentada jurisprudència considera, principalment, el tòrax, el cap o coll i l'abdomen, les zones més vulnerables i les quals protegeixen els òrgans més vitals.¹¹ En els casos en què l'atac va dirigit cap aquestes parts del cos, es presumeix que l'atacant tenia intenció de matar, i d'això podem també desprendre'n que sabia les conseqüències finals que

⁹ SAP Las Palmas, sec. 10a, , núm. 110/2016 del 12 d'abril del 2016 (MP: Maria del Pilar Verastegui Hernández)

¹⁰ STS, Sala 2a, núm. 755/2008 de 26 de novembre del 2008 (MP: Juan Ramon Berdugo y Gómez de la Torre). Diu: "esa conducta posterior del acusado dejando abandonado a la víctima en estado semi-inconsciente, fácilmente perceptible, revela la concurrencia del dolo eventual."

¹¹ SAP Barcelona sec. 10, núm. 5/2015 de 9 de febrer del 2015 (MP: José María Torras Coll). Sobre la zona atacada: "La parte del cuerpo golpeada con dicha arma ha de ser una zona vital, (...) desde luego lo son la cabeza, el cuello, el tórax y el abdomen. "

això podia comportar. No obstant això, en el resultat preterintencional ens hem de trobar que aquest resultat o no ha estat previst per l'autor o simplement confiava que no es produís.¹² Per tant, si volem que el resultat de mort conseqüent a unes lesions sigui considerat homicidi imprudent cal tenir en compte quina zona corporal ha patit l'atac. Pel que fa a l'instrument, la jurisprudència analitza el tipus d'arma i la seva idoneïtat per causar la mort. És molt diferent clavar una punyalada amb un bolígraf que amb un ganivet o una navalla. Si tornem al cas de l'home que, d'un sol cop de puny fa caure un noi i aquest, en impactar amb el terra mor a l'instant, podem veure que els mitjans emprats són molt poc perillosos, o idonis per a matar algú. Aquest cas es resoluria com a lesions doloses en concurs ideal amb un homicidi imprudent. Probablement, arribaríem a una resolució diferent si en lloc d'un cop de puny fos un apunyalament a l'estómac.

En tercer i últim lloc per determinar la previsibilitat del resultat, donarem un cop d'ull a la intensitat de l'atac. Aquest criteri es pot avaluar de dues maneres: per la quantitat de cops o per l'energia de cadascun d'ells. De manera freqüent ens trobem que una gran quantitat de cops va lligada a una alta intensitat, pel simple fet que la reiteració sol fer perdre el control a l'atacant. Per tant, on trobarem més dificultats és en aquells casos en què hi ha un sol impacte i la seva intensitat és qüestionable. Encara que l'atac vagi dirigit a una part del cos vital del cos, com ho pot ser el cap, no tot atac ha de ser considerat dolós, sinó que hem de valorar quin grau d'energia s'ha utilitzat.¹³ Com podem veure en la sentència del Tribunal Suprem de 21 de setembre del 2009¹⁴, és possible trobar-nos que en unitat temporal hi hagi diverses escomeses d'un atacant cap a un sol agredit però que algunes siguin considerades amb *animus laedendi* i d'altres amb *animus necandi* per les diferències en la intensitat. Aquesta discrepància entre dol de lesionar o dol de matar varia pel fet que el primer atac va ser dèbil però els dos següents plenament enèrgics.

¹² SAP Madrid sec. 27a, núm. 806/2018, de 17 de desembre del 2018 (MP: Juan Antonio Toro Peña) Diu: " Si este niega la intención de matar, ello no significa que el Tribunal no pueda condenar por delito de homicidio, pues el órgano jurisdiccional podrá deducir el "animus necandi" con criterios objetivos externos de la acción (la existencia de amenazas o simples resentimientos entre el autor y la víctima) coetáneos a la acción (medios empleados para realizar la agresión, región del cuerpo afectada por la agresión) "

¹³ SAP Alicante, sec. 10a, núm. 141/2016, de 13 d'abril del 2016 (MP: María Margarita Esquivá Bartolomé) Sobre la intensitat de l'atac: " Es cierto que los golpes se producen en la cabeza, órgano vital y esencial de todo ser vivo, pero la intensidad de los golpes propinados no habrían determinado indefectiblemente la muerte de la víctima"

¹⁴ STS, Sala 2a, núm. 896/2009, de 21 de setembre del 2009 (MP: Joaquín Delgado García). Sobre el tipus i intensitat de la lesió: "La intensidad del golpe, que ha de ser la necesaria para alcanzar alguno de esos componentes existentes en esa zona vital. También concurre aquí este tercer elemento. Los hechos probados de la sentencia recurrida, algo que no se discute en el presente recurso, nos hablan de tres heridas aquí producidas: una de carácter superficial, que no sirve para inferir el dolo de matar"

Com ja hem explicat abans de començar a aprofundir sobre les condicions a tenir en compte per determinar el grau d'intencionalitat de l'autor, estem utilitzant-los anàlogament per mesurar com seria de previsible el resultat partint de la conducta del subjecte. Segons la jurisprudència, tenint tres dels quatre elements és més que suficient per determinar que hi havia *animus necandi*.¹⁵ Podríem dir doncs que si s'estableix un *animus necandi*, el resultat era perfectament previsible des d'un primer moment, i que a més, no és que la intenció s'hagi vist sobrepassada, sinó que s'ha complert allò esperat.

A manera de conclusió, podem dir que el resultat preterintencional, és a dir, aquell no volgut inicialment, però efectivament produït, es troba sempre a la fina línia entre la imprudència i el dol eventual. També la previsibilitat i l'*animus necandi* hi juguen un rol molt important perquè ens ajuden a determinar si l'autor assumia el risc de la seva conducta i continuava endavant o si, ben al contrari, no s'imaginava el resultat final o confiava que no succeís.

Aparentment, pot semblar que el veritable problema apareix quan el resultat era del tot inimaginable, que l'acusat, de cap de les maneres ho podia preveure. No obstant això, són gairebé nul·les les possibilitats que això passi. Agafant com exemple el cas típic d'un sol cop de puny al cap que acaba produint la mort per traumatisme cranioencefàlic, no podem deslligar del tot l'acció inicial amb el resultat final. En el següent punt de l'aspecte extern debatrem sobre la tan crucial relació de causalitat. Tot i les variacions que ha patit el Codi Penal, i en concret el terme "fortuït" fins avui dia, podem basar-nos en la sentència STS de 16 de juliol de 1998¹⁶, la qual va establir un reguitzell de condicions que permetrien determinar en quines situacions ens trobem davant d'uns fets totalment fortuïts i que, per tant, haurien de quedar impunes.

En primer lloc, s'ha de tractar d'una producció, objectivament, deguda a un accident. Segonament, si estem davant una cosa accidental, no hi pot haver ni dol ni culpa, tal com estableix l'article 5 del Codi Penal.¹⁷ En tercer i últim lloc, s'ha d'arribar a la conclusió que

¹⁵ STS, Sala 2a, núm. 1414/2002 de 23 de juliol del 2002 (MP: Joaquín Giménez García). Sobre els elements que determinen la intenció de l'atacant: "un golpe con un instrumento no determinado en zona del cuerpo vital, y con una gran energía, estos tres elementos bastan para confirmar el "animus necandi".

¹⁶ STS, Sala 2a, núm. 956/1998, de 16 de juliol del 1998 (MP: José Augusto de Vega Ruiz)

¹⁷ Art. 6 bis b):

1. Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará caso fortuito y no será punible

els fets eren del tot imprevisibles per a qualsevol persona amb una capacitat psíquica normal i corrent. Tots tres requisits són concurrents, i per tant, s'han de complir alhora. El primer és el més difícil de satisfer perquè havent-hi un mínim de relació causa-efecte, ja és suficient per desvirtuar la possibilitat que es tracti d'un accident. Així doncs, els casos típics de cops de puny, apunyalaments o empentes, no poden ser mai considerats com a tal. El segon i el tercer són els més interpretables, però tot i això, no són suficients per contrarestar la dificultat de satisfer el primer. Ens pot servir d'exemple el famós cas del Càmping de Biescas¹⁸ en què hi van morir 87 persones i 167 van resultar ferides. Pel que fa a la via penal, l'Audiència d'Osca va veure's obligada a arxivar el cas provisionalment perquè va considerar que, després d'una profunda anàlisi sobre la imprevisibilitat, en tractar-se d'un fenomen meteorològic extraordinari, era accidental i no hi podia haver ni dol ni culpa. Per aquest motiu es va centrar únicament a veure si els responsables havien complert la legislació vigent i si els fets havien pogut estar previstos o evitats amb anterioritat.

En aquella tragèdia no ens trobàvem ben bé en una situació de preterintencionalitat, però exactament aquest era el motiu pel qual n'hem fet menció. Per demostrar que, en la immensa majoria de casos, la preterintencionalitat acaba portant a resultats imprudents i no a fortuïts.

4.1.3 Relació de causalitat

Seguint en la línia de l'apartat anterior, haurem de demostrar la relació de causalitat per descartar, primerament, la possible fortuïtat. En principi, l'única gran dificultat que afrontem és trobar una relació causal entre la conducta de l'autor i el resultat final no volgut. És més fàcil demostrar un vincle entre la seva actitud i el resultat que volia provocar la persona en qüestió. La jurisprudència actual¹⁹ no explica la relació de causalitat sense valorar l'imputació objectiva. En primer lloc, cal verificar si existeix aquest vincle causal, basant-se en la "conditio si ne qua non". S'entén que la conducta activa o omissiva de l'acusat és imprescindible per a la producció del resultat. A més, el Tribunal Suprem estableix que és: "relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva," En segon lloc, podem prendre com a base per

¹⁸AJI, Jutjat d'instrucció núm 1, Aute de 4 d'octubre del 1999 (Instructor: Mariano Fustero Galve)

¹⁹ STS, Sala 2a, núm. 755/2008 de 26 de novembre del 2008 (MP: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre)

entendre millor la imputació objectiva una sentència de l'Audiència Provincial de Madrid del 2019²⁰. Els dos requisits principals són: que l'acció de l'autor hagi creat un perill jurídicament desaprovat que podria produir aquell resultat i que el resultat sigui efectivament la realització d'aquest mateix perill. El factor risc és clau a l'hora de poder imputar objectivament un resultat no volgut a una persona que ha vist sobrepassades les seves intencions. Aquí no es tracta tant de la seva voluntat prèvia als esdeveniments, sinó del risc que generava la seva conducta, independentment de si ho sabés o no. I si aquest risc s'acaba materialitzant, podem entendre doncs que se li ha d'imputar la conseqüència final.

No obstant això, si analitzéssim tots els casos aplicant de manera estricta aquests dos criteris, ens trobaríem entrebancs a l'hora d'aplicar condemnes proporcionals al greuge causat. És a dir, encara que l'autor generi un risc i aquest s'acabi produint, no vol dir que la norma s'hagi vist vulnerada. Tal i com apunta Martos Nuñez²¹, i fent referència a Mir Puig, només serà imputable aquell resultat que pugui ser considerat com la materialització del risc que va fer que aquella conducta esdevingués prohibida pel poder legislatiu. Això es coneix com l'esfera de protecció de la norma, aquelles conductes que la norma té previst perseguir. En certs casos, encara que es generi un risc i després es materialitzi, si la norma no ho tipifica, quedarà impune. Cada article del Codi Penal que tipifica un comportament concret té certs límits, i ha de ser clar i precís per tal que es pugui valorar si la conducta en qüestió és subsumible o no al tipus. Altra vegada és una Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid la que ens ajudarà a exemplificar això: “la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del art. 380 CP . La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar - la seguridad que se trata de proteger- lo es fundamentalmente para "la vida o la integridad de las personas" (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma.” I també: “Una segunda inferencia de la finalidad de la norma cuestionada tiene su origen en la catalogación expresa del tipo como de desobediencia grave, previsto en el art. 556 CP . La punición de la desobediencia trata, por una parte, de proteger el "orden público", tal como indica el título en el que se ubica el delito. Dicho orden público se entiende en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo bien como orden jurídico, bien como paz social, o como clima de tranquilidad “. Com podem veure, cada tipus penal té

²⁰ SAP Madrid, sec. 10a, núm. 226/2019 de 19 de març del 2019((MP: Joaquin Delgado Martin)

²¹ MARTOS NÚÑEZ, *Delitos cualificados por el resultado en el Derecho Penal Español*, 2012, p.88

la seva finalitat i, per tant, encara que puguem demostrar una relació de causalitat, si l'article en qüestió no ho persegueix, quedarà impune el resultat.

Hi ha diversos casos que ens poden servir per veure com s'aplica l'esfera de protecció de la norma per acotar la imputació objectiva encara que hi hagi relació de causalitat. Imaginem que l'autor "X" cala foc a propòsit una casa, i que el seu propietari, al veure-la cremant mor a l'instant per una crisi nerviosa. Com explica el Dr. Arburola ²², ens trobem davant una situació que ha creat un risc concret, com ho són els danys, però ha produït un resultat diferent (mort). Això cauria fora de l'àmbit que la norma penal tenia pensat protegir i, per tant, hauria de ser exclòs de l'espai penalment rellevant.²³ Aquest cas potser pot haver semblat una mica extraordinari, però la Sentència del Tribunal Suprem de 27 de gener de 1984²⁴ va tractar uns fets molt més habituals. Un home, mentre conduïa un cotxe, es va desviar del seu carril, atropellant així un noi que anava acompanyat d'una parella d'amics seus. El noi va caure al terra fulminat, i la dona de la parella va córrer a ajudar-lo, ficant-se així en el carril del costat, que anava en sentit contrari. Un segon cotxe que passava per allà va atropellar a la dona, deixant-la paralítica. En aquell cas, el Tribunal Suprem va condemnar al primer conductor per la mort del noi i també per les greus lesions que el segon va provocar a la dona. Com bé apunta Gimbernat²⁵, jo també considero que el tribunal es va equivocar clarament. La norma que prohibeix envair vorals persegueix evitar danys personals per a qui, en aquell moment, circuli per ells i si són definitivament atropellats pel conductor. El que no podem entendre que caigui dins l'àmbit de protecció són les eventuais lesions que puguin ser causades per altres vehicles que circulin per la via. Cal destacar també, que en aquests casos, el moviment del vianant pot significar tant la mort, com va succeir en aquest cas, com la salvació, si per exemple per darrere del primer conductor també hi circulés un altre vehicle, que hauria atropellat la dona si no hagués anat corrent cap a l'altre carril.

En darrer lloc, cal fer referència a la interrupció o ruptura del nexa causal. Ens basarem en la recent sentència de l'Audiència Provincial de Balears del 2021²⁶, que mentre analitza la relació

²² ARBUROLA VALVERDE. *La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal*, Revista electrònica Derecho Penal Online, 2010.

²³ MUÑOZ CONDE, *Teoría de la acción. En Imputación objetiva y antijuridicidad*. Estudios de Derecho Penal, 2002.

²⁴ STS, Sala 2a, núm. ES:TS:1984:1815, de 27 de gener del 1984 (MP: Juan Latour Brotons)

²⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Fin de protección de la norma e imputación objetiva*, 2008, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 61, Fasc/Mes 1, pàgs. 5-30.

²⁶ SAP Balears, sec. 2ª, núm.171/2021 de 6 de maig del 2021 (MP: Gloria Martin Fonseca)

de causalitat per complir amb la imputació objectiva arriba a vàries conclusions relatives a la interrupció del nexa causal. La dificultat principal es dona quan tenim múltiples causes que, sense saber el seu grau d'aportació al resultat final, han pogut ajudar a la seva producció. Essencialment, la sentència estableix que tot depèn de quan hagin aparegut l'altre o altres causes que hagin pogut interrompre la relació de causalitat entre conducta de l'acusat i resultat final. Si aquesta apareix amb anterioritat al comportament de l'autor, com podria ser una malaltia o patologia prèvia, això no impedeix la possibilitat d'imputar-li objectivament el dany final. Si més no, quan la causa aflora amb posterioritat i de forma anòmala, imprevisible i aliena al comportament de l'inculpat, això pot evitar-ne la imputació objectiva. Un clar exemple d'això podria ser el cas de la víctima agredida que, en ser transportada a l'hospital en ambulància, el conductor perd el control i fa sortir el vehicle de la via, causant la mort del pacient. En aquesta situació, l'agressor inicial, el que causa les lesions a l'agredit, no pot ser culpable de la mort. No obstant això, la sentència en qüestió jutja un cop de puny que acaba produint la pèrdua de visió d'un home i on les causes que poden interrompre el nexa causal són unes altres.

Encertadament, l'Audiència cita una sentència del Tribunal Suprem ²⁷ que desenvolupa molt bé el primer requisit de la Imputació Objectiva referent a la creació d'un risc penalment reprovable. Com bé explica, donar un cop de puny a una persona està activant directament un focus de risc d'ocasionar lesions tant com a conseqüència directa del cop com també el que pugui passar fruit de la caiguda o altres fets. La norma el que vol és prevenir tant els atacs directes com els resultats que es puguin acabar produint d'una forma natural a conseqüència de l'atac previ, sempre que no hi interfereixin altres factors imprevisibles i imprevisibles. Així doncs, el requisit es compliria ja que la conducta de donar un cop de puny desencadena un risc jurídicament condemnable en el qual s'inclouen tots els resultats lesius que puguin ocasionar-se com a conseqüència exclusiva i natural de l'acció inicial.

El segon requisit a tenir en compte és el que estudia si el risc generat per l'acusada és el que efectivament s'ha acabat materialitzant en el resultat patit per la víctima. La defensa de l'acusada sosté que existeix una ruptura del nexa causal derivada de la conducta del perjudicat. Entén que aquest va demanar l'alta voluntàriament, mai va ser diagnosticat correctament perquè ell no es va voler sotmetre a l'exploració mèdica i que mai va seguir el tractament pautat

²⁷ STS, Sala 2a, núm. 965/2016 de 19 de desembre del 2016 (MP: José Ramon Soriano Soriano)

de repòs absolut i observació constant. En resum, considera que la pèrdua de la visió no deriva de l'acció de l'acusada sinó de la decisió i conducta del perjudicat. El tribunal es va acabar adherint a aquesta argumentació. Considera que és cert que en el millor dels casos, i havent seguit totes les recomanacions, l'home hagués perdut com a mínim el 30% de la visió, cosa que no pot considerar-se una inutilització d'un òrgan. Així les coses, no es pot afirmar que existeixi una relació de causalitat entre la conducta de l'acusada i el resultat final. La gran quantitat d'irresponsabilitats dutes a terme pel perjudicat posen en dubte el desenvolupament causal de les lesions. Per aquest motiu, l'Audiència descarta aplicar l'article 149 CP i es limita a aplicar el tipus bàsic de lesions per tenir dubtes fonamentats sobre les causes que han produït la pèrdua visual.

En conclusió, els dos requisits claus a tenir en compte per poder declarar que hi ha relació entre una conducta i un resultat final són: la creació d'un risc desaprovat i que aquest risc sigui el que s'ha acabat produint. A més, hi hem d'afegir l'anàlisi de l'àmbit de protecció de la norma i la interrupció del nexa causal per poder arribar a la decisió més coherent amb els fets.

4.2 Aspecte intern

Ens trobem davant l'altre gran factor a tenir en compte a l'hora d'analitzar un delictes preterintencional: la vessant subjectiva. Aquella que se centra en si l'autor obrava mitjançant dol o culpa. Tal com explica l'article 5 del Codi Penal actual, no pot haver-hi pena sense dol ni imprudència. D'aquesta manera, i des de la reforma de 1983, s'impedeix l'aplicació de la responsabilitat objectiva. És a dir, es descarta que amb una simple relació de causalitat entre conducta i resultat final, una persona pugui ser condemnada sense cap altra justificació. Per sort, aquesta teoria ha quedat apartada de l'àmbit penal i ara es necessita més que una acció, una conseqüència i un nexa causal per condemnar algú.

Ara no tornarem a entrar en la distinció entre aspecte volitiu i cognitiu perquè ja hem aprofundit sobradament a l'inici de l'apartat 4.1.2, sinó que ens centrarem més aviat en el principi de culpabilitat com a límit del *Ius puniendi* de l'Estat. A més, aquest concepte està dividit o fonamentat en altres *subprincipis*, tal com explica Mir Puig²⁸.

²⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (10a ed.). 2016.

El primer d'ells és el de la personalitat de les penes. Aquest fa referència al fet que no es podrà fer responsable a una persona pels fets aliens. Això pot semblar-nos que xoca amb, per exemple, la responsabilitat que els pares tenen en cas que els seus fills menors cometin algun delictes, si més no, es tractaria d'una responsabilitat civil. En aquest cas, respondrien econòmicament, però no podrien acabar mai a la presó per la conducta dels seus tutelats. En segon lloc, cal esmentar el principi de responsabilitat pels fets. És a dir, que el nostre Codi Penal no pot perseguir pensaments, ni ideologies, ni formes de ser, tan sols conductes. No és del tot absolut, ja que per exemple els delictes d'odi, en certa manera, prohibeixen la manera de pensar d'algunes persones. En tercer lloc, trobem el principi de la imputació personal o culpabilitat en sentit estricte. Es tracta de valorar si les persones que han comès presumptament un delictes són inimputables, ja sigui pel seu estat mental, psíquic o per la seva edat. Per últim, cal referir-se el principi de dol o culpa, que és el que obliga a descartar la responsabilitat objectiva i la condemna en casos de fortuïtat.

A més, aquest principi de la culpabilitat en sentit estricte també busca erradicar la *versari in re illicita*. Aquest és un concepte bastant obsolet, però que en el seu moment, amb anterioritat a la reforma de 1983, tenia un gran pes en el dret penal espanyol. Es tracta d'un terme que permet atribuir penalment les conseqüències fortuïtes d'una conducta que inicialment està prohibida.

Deixant de banda la vessant més conceptual, ens endinsarem ara en l'apartat pràctic, en el dia a dia de l'element subjectiu de la preterintencionalitat. Als tribunals no es discuteix tant el principi de culpabilitat com a tal, sinó els diferents tipus de dol i imprudència mitjançant els quals es produeix la conducta en qüestió.

En primer lloc, analitzarem les conductes doloses, basant-nos en la Sentència del Tribunal Suprem 166/2017²⁹. Fonamentalment, la distinció es basa en tres tipus diferents: dol directe, dol de segon grau i dol eventual. Pel que fa al dol de primer grau, l'autor vol realitzar intencionadament el resultat en qüestió, posem per exemple, un homicidi. Per la jurisprudència, algú actua amb dol sempre i quan conegui que està generant un perill concret jurídicament desaprovat, i no obstant això, actua i continua portant a fi la conducta que sotmet la víctima a

²⁹ STS, Sala 2a, núm. 166/2017 de 14 de març del 2017 (MP: Alberto Jorge Barreiro)

riscos desmesurats. A més, l'autor sap que aquests riscos no podran ser controlats o neutralitzats i que per tant, encara que potser no persegueix un resultat homicida, al saber de l'altíssima probabilitat que es produeixi ja està actuant dolosament. La segona modalitat és la del dol de segon grau o de conseqüències necessàries. En aquest cas, l'autor no busca la realització del tipus penal, però sap que pràcticament segur, la seva actuació el portarà a cometre un delictes. Es tracta de voler cometre un delictes concret en primer grau i acceptar les seves conseqüències com a danys col·laterals imprescindibles i inevitables. Un exemple d'això pot ser un atac terrorista en què es col·loca una bomba al cotxe oficial d'un polític amb la finalitat de matar-lo. Qui prepara l'explosiu i el fa detonar sap perfectament que la víctima sempre va acompanyada d'un xofer, i que per tant, la bomba també es cobrarà la seva vida. L'autor accepta l'homicidi del conductor i continua endavant amb la seva conducta.

Per últim, cal analitzar l'anomenat dol eventual. A diferència del que passa amb el dol directe, aquí l'autor coneix el perill concret de la conducta desenvolupada i tot i això segueix endavant, acceptant o assumint el probable resultat que pretén evitar la norma penal. Això no significa que vulgui el resultat, com passa amb el de primer grau, ni que tampoc sàpiga al cent per cent que cometrà un tipus penal diferent del volgut, com passa amb el de segon grau. És clau, sobretot, l'aspecte cognitiu perquè el que importa és si l'autor sabia de l'alta probabilitat de materialització del risc. Com ja hem criticat a l'apartat 4.1.2, l'actual jurisprudència ens està abocant a una erradicació de l'apartat volitiu. D'aquesta manera, la distinció entre dol eventual i imprudència no tindria cap mena de sentit perquè només amb demostrar la potencialitat de realització del risc ja estaríem davant un cas de dol eventual, la qual cosa em sembla del tot incorrecta.

Possiblement, la distinció més complexa és entre el dol eventual i la culpa conscient. Això és degut a dos motius: que en les dues situacions l'autor no desitja en cap cas el resultat i també que el subjecte reconeix la possibilitat que s'acabi produint. Aquesta distinció és clau perquè la conseqüència penològica entre totes dues figures és enorme. Un homicidi amb dol eventual es mou entre els deu i els quinze anys com a mínim, mentre que de fer-lo amb imprudència ens quedem entre un i quatre. Com podem veure, la diferència penològica és clara i abismal, però distingir entre les dues situacions no és gens fàcil. La sentència del Tribunal Superior de Justícia

de Galícia³⁰ explica les dues teories al respecte. La teoria del consentiment considera que hi haurà dol eventual quan l'autor consenteixi i aprovi el resultat possible. En canvi, si de saber que el resultat es produiria l'autor s'hagués aturat, estariem davant una culpa conscient. És difícil demostrar què hagués fet l'agressor d'haver sabut què passaria finalment, aquesta teoria no és útil del tot perquè ens fa entrar en el camp de les suposicions. D'altra banda, la teoria de la representació es basa en el grau de probabilitat que es produeixi el resultat i si aquesta possibilitat ha estat coneguda per l'autor. Si la persona entenia que el risc era molt alt, haurà actuat amb dol eventual, però si, per contra, trobava que la producció del resultat era llunyana i gairebé impossible, estarem davant culpa conscient. Aquesta manera d'abordar el problema tampoc és massa fàcil d'aplicar perquè el càlcul de probabilitats no és, ni molt menys, una ciència exacta.

A tall de conclusió, podem dir que en la primera situació, l'agent agressor entén el risc i li és indiferent o fins i tot accepta que el resultat s'acabi produint. En la segona situació, la d'imprudència, l'autor confia en no complir amb el tipus, tot i que sap del risc de la seva conducta. . En cas de dubte, el millor és aplicar el tipus imprudent perquè actua en benefici del reu i respectaria més el principi de *in dubio pro reo*. Encara que no concedíssim l'absolució, per falta de proves o per dubitació, la solució és descartar el dol eventual i confirmar la culpa.

Abans de passar al següent apartat, m'agradaria fer un breu incís sobre la diferència entre imprudència greu o menys greu que trobem al nostre Codi Penal actual. Pel que fa al resultat preterintencional, no hi ha cap norma que determini si, per exemple, en el delictes d'homicidi no volgut però finalment succeït, s'hagi d'aplicar el tipus greu o menys greu. Es per això que em recolzaré altra vegada en una sentència del Tribunal Suprem³¹, per poder valorar en quin grau de culpa ens trobem. Aquesta estableix dos criteris per determinar la gravetat de la imprudència.

En primer lloc, i des d'una perspectiva externa, es té en compte la magnitud de la infracció de deure de cura o diligència que comporta la conducta de l'autor. El nivell de permissibilitat es troba també delimitat pel grau d'utilitat de la conducta duta a terme per l'autor, com més útil,

³⁰ STSJ Galícia , sec. 2a, núm. 81/2021 de 10 de novembre del 2021. (MP: José María Gómez y Díaz-Castroverde)

³¹ STS, Sala 2a, núm. 608/2021, de 7 de juliol del 2021 (MP: Carmen Lamela Díaz)

més assumpció de risc es permet. També és important el valor del bé jurídic amenaçat per la conducta imprudent, que com més alt sigui, menys risc serà permès i més diligència serà exigida.

En segon lloc, i des d'una perspectiva interna, es valorarà el grau de previsibilitat de la situació de risc, atenent a les circumstàncies de cada cas. S'entén llavors, que com més previsible sigui el perill, més important serà el deure objectiu de cura, i més greu la seva vulneració.

Encara que sembli que ens hem allunyat considerablement de la preterintencionalitat, no és així. Entendre correctament la diferència entre dol i culpa és vital per poder comprendre la doctrina actual. Tal com hem dit, el delictes inicial ha de ser comès de forma dolosa, és a dir, volent l'autor un resultat concret. Tot i que és cert que en els casos preterintencionalens trobarem habitualment amb dol de primer grau, no podem descartar el concurs entre dol de segon grau o eventual i imprudència. Com ja hem explicat, el resultat no volgut no pot ser mai tipificat com a dolós, i per aquest motiu existeix el concurs entre les dues figures, perquè la conducta inicial es duu a terme amb una intenció i la conseqüència amb una altra totalment diferent, o fins i tot sense intenció. Tot i que el mètode actual de concurs no em sembli un disbarat, més endavant presentaré com resoldria jo els casos en què la voluntat es veu sobrepassada pel resultat.

5. Models de resolució

Al llarg de la història jurídica europea, han estat diversos els models emprats per resoldre aquesta difícil situació que plantegen els delictes preterintencionalens. Ens serà molt útil seguir una exposició cronològica del model espanyol per veure les diferents variacions amb el pas dels anys i com algunes d'elles, ja obsoletes, eren totalment oposades a l'actual sistema utilitzat per solucionar els resultats que sobrepassen la voluntat de l'autor.

5.1 Les modalitats espanyoles i el concurs ideal

En un primer moment, i molt influenciat pel dret italià, el legislador espanyol va mantenir una postura una mica anacrònica i poc clara. El que feia el Codi Penal de l'època era distingir entre preterintencionalitat homogènia i heterogènia, conceptes que ja hem explicat anteriorment. La

primera s'aplicava d'acord amb l'article 9.4 del Codi Penal anterior a la reforma del 1983, i consistia en condemnar per un delictes dolós però atenuant la pena, sempre que la voluntat de l'autor fos d'actuar amb una gravetat moderada, per exemple unes lesions lleus, però s'acabessin produint unes lesions greus. És a dir, calia que la intenció i el resultat final fossin respecte al mateix delictes, en aquest cas, la condemna es veuria atenuada però considerada dolosa. La segona, l'heterogènia, s'aplicava quan la intenció i els fets finals eren subsumibles a dos delictes diferents, per exemple, lesió i homicidi. En aquest cas, s'emprava el concurs de delictes. Si es considerava que hi havia dol en lesionar, la condemna seria per unes lesions doloses i un homicidi imprudent. No obstant això, si no es pogués provar el dol de causar lesions, l'única condemna seria per un homicidi imprudent, i res més. Podem veure que això contrasta amb el model actual, ja que en cap cas les lesions com a tals quedarien absorbides per l'homicidi, quedant parcialment impunes, cosa que abans del 1983 sí que podria passar.

Segonament, i fruit de la reforma del 1983, es va derogar la disposició relativa a la preterintencionalitat heterogènia, però va seguir en vigor l'atenuant de l'article 9.4 del Codi Penal. Aquest encara considerava com a circumstància per reduir la pena: "La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo." A més, es va introduir, a l'article 1 del Codi, un paràgraf molt interessant i que d'una vegada per totes exclouia la responsabilitat objectiva del panorama jurídic espanyol. Aquest establia que no podia haver-hi pena sense dol o culpa, i que quan la pena anés determinada per la producció d'un ulterior resultat més greu només es podria respondre d'aquest si s'hagués causat, com a mínim amb culpa. És a dir, es descartava que els ciutadans poguessin respondre per motius simplement fortuïts o amb una relació de causalitat tan minsa com abans. Això va estar protegit també per l'article 6 bis b), que declarava literalment que els accidents es reputarien fortuïts i, per tant, impunes. Amb la derogació de la preterintencionalitat heterogènia, el Tribunal Suprem va començar a aplicar l'article 1 del Codi Penal en el sentit que era possible que una sola conducta fos una combinació de dol i imprudència. Va entendre doncs que en els casos heterogenis, només era viable l'aplicació del concurs ideal.

Tot i aquesta reforma, Espanya va continuar mantenint alguns delictes qualificats pel resultat i això entrava en conflicte amb el concurs ideal perquè moltes vegades, l'autor sortia beneficiat en aplicar el nou model, però el Codi Penal, com és en el cas dels avortaments amb resultat de mort, contemplava també una altra condemna, la que qualificava pel resultat. Es va arribar a la conclusió, que el delictes més greu, com és el cas de l'homicidi dolós, havia de desplaçar la

qualificació pel resultat i que, per tant, el concurs ideal era la solució correcta per tal de mantenir un cert respecte al principi de proporcionalitat de les penes.

La reforma més transcendent va ser la realitzada l'any 1995. El fet més destacable va ser la derogació de l'atenuant de l'article 9.4 CP i la introducció de l'apartat sisè de l'article 21 CP, que era un calaix de sastre que admetia qualsevol atenuant analògica a les ja afegides anteriorment a la reforma. Encertadament, el Tribunal Suprem va entendre que l'única manera de reduir la pena del dol és mitjançant la imprudència, i no tenint en compte el resultat final, sinó la intenció prèvia a l'actuació de l'acusat.

A més d'aquestes importants variacions a la part general, el legislador va derogar les disposicions d'aquells articles que encara qualificaven pel resultat diverses conductes, com pot ser l'avortament amb resultat de mort, l'abandonament de nens amb resultat de mort o els delictes contra la salut pública amb igual resultat. No obstant això, encara van quedar algunes escletxes obertes en què es continua valorant la gravetat del resultat a l'hora de definir la condemna correcta, com pot ser el d'estafa que produeix ruïna al perjudicat, o l'erosió d'una gran superfície etc. Vista la transformació de l'any 1995, podríem dir que el sistema espanyol manté algunes figures de delictes qualificats pel resultat, però que a la pràctica, no tenen una fonamentació a la part general i que, per tant, la solució proposada (delicte inicial dolós amb resultat final imprudent en concurs ideal) està més que justificada.

Més endavant analitzarem el gran impacte que té en la pena final aplicar el concurs ideal, o el delicte qualificat pel resultat o simplement el resultat final sense tenir en compte l'atac inicial.

5.2 Delictes preterintencionals pel resultat i el model italià

El Codi penal italià, des de la seva redacció l'any 1930, conserva el delicte preterintencional, i el considera punible només en aquells casos en què es trobi previst per la llei. Avui dia, però, només existeix l'homicidi preterintencional, que es pot donar en aquells casos de baralles o lesions prèvies. Per donar suport a la viabilitat d'aquest article, el legislador va introduir una definició de preterintencionalitat, que és la següent: " Resultat perjudicial o perillós produït mitjançant l'acció o omissió i que resulta més greu del que l'autor pretenia". Això és interessant

perquè, tot i que és cert que el sistema jurídic italià contempla el dol i la imprudència tal com ho fa l'espanyol, fa una excepció pels homicidis.

La doctrina italiana, dins dels delictes que contempen un agreujant pel resultat que sobrepassa la intenció, diferencia entre els que és indiferent si el resultat greu és volgut o no, i els que sí que és important perquè la causació voluntària pot constituir un delictes dolós totalment independent. En el primer grup hi podríem trobar la denúncia falsa o el fals testimoni, al segon grup hi pertanyen els casos que acaben amb resultat de mort, com pot ser el d'abandonament de menors, o lesions intencionades amb desenllaç no volgut. En aquest segon grup, el resultat és tan greu que constitueix un tipus penal separat, considerant-se així que l'actuació inicial dolosa portaria a la punibilitat del resultat de forma també dolosa. Amb la situació actual italiana, l'homicidi preterintencional i l'avortament amb resultat de mort, són, igual que el segon grup, supòsits de responsabilitat objectiva.

Afortunadament, aquest mètode de resolució ha estat abandonat pel legislador espanyol des de fa dècades, per tant, podríem entendre que, en aquest sentit, el sistema jurídic d'Espanya és, si ho podem dir, més modern que l'italià. Al meu parer, eliminar la responsabilitat objectiva és la millor manera d'assegurar un respecte complet al principi de culpabilitat. A més, el cas italià encara em sembla més alarmant perquè ho dibuixa com una figura preterintencional quan, a la pràctica, l'única manera de defensar-se és demostrant la imprudència en el delictes base, si l'acusat no ho pot fer, el resultat se li atribuirà automàticament, sempre i quan ens trobem en els casos d'homicidi o avortament amb resultat de mort. Per a mi, separar les conductes en dos grups, depenent de si generen un delictes independent o no, és un error perquè estem condemnant a l'acusat per la diferència en el resultat, i no per la seva voluntat.

5.3 La solució intermèdia del model alemany

Com veurem a continuació, Alemanya s'ha mantingut a mig camí entre els dos models anteriors. En primer lloc, l'any 1953 va descartar la responsabilitat objectiva al conjunt del seu Codi Penal, per tant, els delictes preterintencional exigien dol o culpa en tots dos nuclis (delictes base i resultat). En segon lloc, va mantenir alguns delictes qualificats pel resultat en l'apartat de la part general del Codi. Pel que fa a l'apartat objectiu, encara consideren que ha d'haver-hi una relació immediata entre delictes bàsic i resultat. En canvi, i per això respecta a

l'àmbit subjectiu, es posa més èmfasi en la poca cura atribuïnt-li un desvalor a l'acció augmentada per la qualificació pel resultat. Això suposa que, ara per ara, tingui la mateixa pena un homicidi dolós que una lesió corporal que derivi en mort, encara que puguem considerar que l'ànim de matar en tots dos casos sigui ben diferent.

Tot i això, el dret penal alemany contempla la possibilitat d'aplicar les regles del concurs quan existeixi, per exemple, un homicidi imprudent en concurs ideal amb unes lesions perilloses. Aquesta solució em sembla bastant adequada, principalment perquè resol d'una manera hàbil el problema de demostrar dol o culpa en l'homicidi. En altres paraules, ens ajuda a haver de provar, únicament, un dol de creació de perill. D'aquesta manera, simplifiquem molt el procés probatori a l'hora de demostrar si l'autor tenia intenció o no de matar, ja que ens podem limitar a demostrar el perill que suposaven les lesions doloses per poder atribuir-li l'homicidi finalment produït.

No obstant aquest cas aïllat, el dret penal alemany encara exigeix l'existència de delictes qualificats pel resultat, cosa que trobo anacrònica. Com bé han demostrat ells mateixos, l'aplicació del concurs ideal també és possible i perfectament aplicable, així doncs, considero que haurien de centrar-se en ampliar-ne la utilització a tantes situacions o conductes com sigui possible. Abans de passar al model més radical, hauríem d'aclarir la diferència conceptual entre el delictes preterintencional, establert al dret penal italià, i els delictes qualificats pel resultat, establerts inicialment a Espanya però encara vigents a Alemanya. D'una banda, el delictes preterintencional en sí mateix, exigeix dol en el delictes base i imprudència en el resultat final, i s'entén que l'important és la conducta com a tal, quedant en segon pla el resultat. D'altra banda, els delictes qualificats pel resultat són aquells en què es considera que només existeix un delictes base comès amb dol, i la pena associada al qual es veurà agreujada per motiu de la gravetat del resultat finalment produït. L'exemple típic és el de les lesions que amb una pena de 2 a 4 anys poden passar a tenir un màxim de 10 anys si es posa fi a la vida de la víctima inicialment lesionada.

5.4 L'interessant model colombià

En últim lloc, considerem necessari fer una breu menció a l'extravagant Codi Penal colombià, el qual afronta les conductes preterintencional d'una forma meridianament oposada al sistema espanyol. En primer lloc, el seu article 21, estableix que la conducta és dolosa, imprudent, o

preterintencional. Més endavant, afegeix que: " La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente". Tot i això, a diferència, per exemple, del model italià que sí que contempla delictes preterintencional com a tal, el Codi Penal colombià es centra en mantenir els delictes qualificats pel resultat. El més interessant és que ho aplica en casos que, a primera vista, no poden semblar massa obvis o considerables com a connexos. Posem d'exemple l'article 199 del CP Colombià estableix una condemna d'1 a 6 anys per qui, amb la finalitat de suspendre o paraitzar un lloc de treball, destrueixi o inutilitzi eines o instal·lacions. En el seu paràgraf segon afegeix que si com a conseqüència d'això es produeix la suspensió efectiva del lloc, la pena s'augmentarà fins a una tercer part més. Em sembla una mica sorprenent que, pel simple fet d'aconseguir l'objectiu, l'acusat tingui més pena que el que només destrueix o inutilitza. És a dir, sembla que el tipus bàsic es quedi en la temptativa, i que, en canvi, quan la pena és qualificada pel resultat, és llavors quan s'ha consumat el delicte. Finalment, cal analitzar el delicte de desaparició forçada amb el resultat qualificat de mort. L'article que ho regula és el 170.10 del mateix codi, i considero que és molt útil per poder demostrar que, penològicament, el concurs ideal emprat a Espanya és molt més coherent que els delictes qualificats pel resultat.

En primer lloc, realitzar la conducta de desaparició forçada té aparellada una pena dels vint fins als trenta anys. A més, si es posa fi a la vida de la víctima o se la lesiona, aquesta passa a tenir una pena de trenta a quaranta anys. No entrarem a discutir la legitimitat d'aquesta indiferència penològica entre la mort i les lesions perquè no és l'objecte d'estudi d'aquest treball, però és del tot alarmant. Separadament, a Colòmbia, l'homicidi consumat suposa una pena d'entre tretze i vint-i-cinc anys. Per tant, en el cas que una persona en faci desaparèixer una altra i l'acabi matant, ens trobem amb un problema perquè l'article 170 estableix una forquilla d'entre trenta i quaranta anys, però en canvi, si ho analitzéssim separadament, podríem imposar-li a l'acusat una pena de fins a trenta anys per la desaparició forçada i una altra de fins a vint-i-cinc per l'homicidi (sempre i quan no fos assassinat), suposant així una suma total de cinquanta-cinc anys, quinze més que amb el tipus qualificat pel resultat.

Com podem veure, els delictes qualificats pel resultat poden semblar, a simple vista, una bona manera d'aplicar una pena més greu per la producció final d'un mal més intens. No obstant això, i com acabem de demostrar, les normes de concurs real, que serien d'aplicació si es donés la situació de desaparició forçada i posterior homicidi a Espanya, tenen una pena més alta que la que s'atribueix al delicte qualificat pel resultat.

De fet, pel que respecta al principi de culpabilitat, el concurs ideal és la solució més coherent amb aquest principi, perquè no només impedeix la sanció criminal respecte dels resultats que han de considerar-se fortuïts, sinó que també obliga a delimitar el dol fins allà on arribi. La intenció d'implementar el concurs ideal és delimitar correctament la barrera entre dol i culpa, deixant lloc a aquesta última únicament quan hi havia un cert deure d'evitar un dany previsible. Les figures establertes a Itàlia (homicidi preterintencional com a conducta típica al Codi Penal) i Alemanya (delictes qualificats pel resultat) no són ni de bon tros, tan coherents amb el principi de culpabilitat com ho és el model espanyol. Considero que el *Ius Puniendi* ha de ser el més ajustat possible al dol i la culpa de l'acusat, evitant guiar-se pel desenllaç final o el dret penal d'autor, i centrant-se en la seva intenció a l'hora de cometre els fets enjudiciats.

6. Més enllà de les lesions i l'homicidi

Abans de valorar quin dels models és el més beneficiós pel reu, quin és més proporcional i quin és el més coherent a nivell de la pena, és necessari endinsar-nos en les diferents combinacions que ens podem trobar a l'hora d'aplicar la figura de la preterintencionalitat. Més enllà del típic cas de lesions que acaben en homicidi, són moltes les situacions en què una persona, amb una intenció i finalitat clara, duu a terme una conducta el resultat de la qual acaba sobrepasant les seves expectatives inicials.

Cal recordar el que hem explicat a l'apartat dedicat a l'aspecte extern dels elements de la preterintencionalitat, en el qual hem fet referència a la imperiosa necessitat d'haver-hi dol en el delictes base. Per aquest motiu, totes les combinacions possibles que seguidament analitzarem exigeixen que l'autor, com a mínim, vulgui cometre un delictes. A més, també caldrà que el resultat no volgut fos relativament previsible o fins i tot possible, depenent de la jurisprudència.

6.1 De lesions bàsiques a agreujades

És relativament fàcil trobar sentències en què d'unes lesions greus inicials acabin derivant en la mort de la víctima. Si més no, resulta molt més complicat trobar casos en què es determini que unes lesions lleus comeses dolosament acabin comportant unes lesions greus, com pot ser

la pèrdua d'un òrgan principal, de manera imprudent. El cas següent³² escenifica la possibilitat de combinar unes lesions bàsiques de l'article 147 CP amb les lesions que provoquin la pèrdua o inutilitat d'un òrgan tipificades a l'article 149 CP. Els fets es van produir de matinada, quan un grup de nois es va començar a barallar al mig del carrer, i on un d'ells, en intentar separar-los va rebre un sol cop de puny a l'ull que li va causar l'esclat del globus ocular.

Encertadament, el tribunal recorre a la figura de la preterintencionalitat per arribar a la conclusió que vista la conducta i avaluant tots els factors a tenir en compte, la intenció de l'agressor no era una altra més enllà de colpejar-li el cap o la galta a la víctima. És discutible, com ja hem explicat en apartats anteriors, la intensitat, la zona en què es dirigeix l'atac o la quantitat de cops propinats a l'hora de determinar si hi havia dol o culpa en el resultat, però el que no podem és fer que el resultat final contami la voluntat de l'autor. Com bé diu el tribunal, en aquests casos: “ lo relevante es determinar si la probabilidad de que se produzca ese resultado es muy elevada y entra por tanto dentro de lo probable, o si, por el contrario, es más bien escasa y solo entra dentro de lo posible”. És a dir, si el resultat era probable i gairebé podríem dir que, habitual, ens trobaríem més aviat dins la forma de dol eventual. Es consideraria que el resultat era tan previsible que l'autor, tot i saber-ho, va continuar endavant, descartant així la imprudència. En el cas enjudiciat, l'esclat del globus ocular era perfectament possible, de fet, és el que va acabar succeint, no obstant això, no li podem exigir sempre a l'agressor que calculi amb precisió les conseqüències dels seus actes. Per aquest motiu, el més correcte és aplicar el concurs ideal entre les lesions bàsiques (el cop de puny com a tal) i les lesions amb pèrdua d'òrgan (l'esclat ocular).

6.2 Lesió seguida de la mort del fetus

Un cas que, malauradament es produeix amb més freqüència de la desitjada, és el d'aquella lesió, normalment lleu o bàsica, que acaba produint la pèrdua del fetus de la víctima. Tot i que el primer que ens puguem imaginar és un cop directe a l'estómac de l'embarassada, els fets que exposarem a continuació no van ser exactament així, però tot i això, el tribunal va entendre que ens trobàvem davant un avortament preterintencional³³. Els esdeveniments van ser els següents. Una dona que treballava a un forn de pa, va ser agredida de la següent manera: “le dió un

³² SAP Albacete, sec. 1a, núm. 252/2012 de 18 d'octubre del 2012 (MP: José García Bleda)

³³ SAP A Coruña , sec.2a, núm. 495/2017 de 17 d'octubre del 2017. (MP: Luis Barrientos Monge)

cabezazo, así como le golpeó con la mano en la oreja derecha, dándole igualmente empujones y zarandeos, pero sin que dirigiera ningún golpe hacia el vientre de la perjudicada”. Com podem veure, no va haver-hi cap atac directe a l'estómac, i això ens podria fer pensar que de cap manera l'atacant va poder produir l'avortament de la víctima.

No obstant això, l'acusació particular sol·licitava una condemna per avortament dolós i unes lesions lleus. El tribunal comença valorant si l'atac dirigit cap a la dona anava dirigit únicament a ella com a tal, o també tenia la intenció de provocar-li un avortament no consentit. Les pròpies acusacions ja limitaven les agressions en unes lesions lleus (antigues faltes) i és per això que el tribunal arriba a la conclusió que els cops no tenien una altra intenció que fer mal a la víctima, res més. Tot i això, no es descarta que hi hagués una imprudència, una certa culpa. Els pèrits van determinar que l'estrés i l'ansietat que la víctima va començar a patir arrel de l'atac, van ser els factors claus per la pèrdua del fetus. És indubtable doncs que hi ha una certa relació de causalitat entre la conducta i el resultat final. Si l'acusat no hagués realitzat la conducta antijurídica, la qual hagués pogut evitar, la pèrdua del fetus no s'hagués produït. Com ja hem explicat anteriorment, aquesta relació causal entre actuació i fets és més que suficient per poder afirmar, com a mínim, la imprudència i deixar de banda la fortuïtat. És evident que la conducta de l'acusat no tenia ni justificació ni respecte pel deure de compliment que tots tenim amb les normes socials.

Oportunament, el tribunal arriba a la conclusió que el camí correcte és la preterintencionalitat. Com ja hem vist, la intenció es veu altra vegada sobrepassada pel resultat. A més, són molt interessants aquests casos perquè algú podria arribar a considerar que la víctima de les lesions lleus és una, la mare, i de l'avortament en són dues, el fetus i també la pròpia mare, encara que rebin un mal diferent cadascuna.

Aquesta sentència ens demostra el recorregut que té la figura de la preterintencionalitat i com d'habitual és a l'hora de combinar conducta amb resultat final no previst o potser, no desitjat. A més, també hi podríem afegir els casos en què no es provoca l'avortament sinó que es lesiona el fetus per mitjà d'un atac directe cap a la mare. Ens trobaríem davant la mateixa situació i, per tant, altra vegada tindria lloc el concurs ideal de delictes, el primer en grau dolós i el segon en grau d'imprudència, entenent que l'atac inicial és completament intencionat, i el segon atac, és una conseqüència directa no volguda del primer.

6.3 Robatori seguit d'homicidi imprudent

Al Codi Penal espanyol, fins a l'any 1989³⁴, tot robatori que provoqués la mort d'una persona comportava una pena molt agreujada, indiferentment de si s'havia produït l'homicidi de forma dolosa o imprudent. Per corregir això, va arribar la reforma de l'any 1989, que va separar tots dos casos, deixant amb una pena superior el robatori dolós seguit d'un homicidi dolós. Actualment, però, aquest article ja no és aplicable, ja que es va derogar per tal d'evitar la qualificació pel resultat i donar prioritat al concurs ideal de delictes.

Considero que en derogar l'article, el poder legislatiu va actuar encertadament, perquè ens trobem en un cas gairebé límit. Em costa veure la preterintencionalitat en el seu sentit més literal en els casos dels robatoris que acaben en la mort d'un comerciant o un client. És a dir, opino que totes dues figures delictives no són prou properes per a poder argumentar que l'atacant ha vist sobrepassada la seva intenció. Quan algú entra a robar a un establiment i té clar que emprarà violència o intimidació, ja es pot imaginar, en certa manera, els possibles resultats que es poden produir. Analitzant el següent cas, una sentència de l'any 2002 del Tribunal Suprem³⁵, m'he adonat que el robatori no es pot considerar el delicte base i l'homicidi el resultat culpós, elements exigits per la preterintencionalitat. Es tracta d'una compravenda d'heroïna en què els venedors, abans de rebre els diners per part dels compradors i entregar les substàncies, ataquen a un dels "clients" reiteradament i es queden amb tots els diners sense haver-los donat la droga en qüestió. Finalment, la víctima acaba morint i tots dos atacants són condemnats per un delicte de robatori amb violència, i unes lesions doloses en concurs ideal amb un homicidi imprudent. Com podem veure, la preterintencionalitat es produeix en les lesions, i no pas en el robatori. Encara que ens trobem en un robatori amb violència i no en un furt, el tribunal entén que són les lesions les que es veuen sobrepassades pel resultat de mort, i no pas el robatori. Pot semblar que d'aquesta manera el tribunal deslliga massa el robatori del final fatal, però considero que és la manera més correcta de jutjar aquests fets. És per aquest motiu que, a parer meu, el robatori amb resultat d'homicidi preterintencional no es pot tenir en compte amb el Codi Penal actual. Així doncs, la manera correcta de resoldre aquests robatoris que deriven en mort és tal com ho va fer el Tribunal Suprem en l'esmentada sentència.

³⁴MARTOS NUÑEZ, *Delitos cualificados por el resultado en el Derecho Penal Español*, 2012

³⁵STS, Sala 2a, núm. 1671/2002, de 16 d'octubre del 2002. (MP: Andrés Martínez Arrieta)

6.4 Mort de l'embarassada seguit d'avortament

Aquesta és una altra combinació que es podria produir de manera preterintencional. En aquest cas però, s'exigiria un desconeixement previ per part de l'atacant de la condició de la víctima. És necessari que l'agressor no sigui conscient de l'embaràs de la dona atacada per tal de poder valorar la preterintencionalitat. Aquesta seria l'única manera de poder trobar-nos davant un homicidi dolós en concurs ideal amb un delictes d'avortament imprudent. Tot i això, aquestes situacions en què s'ataca la víctima dolosament amb la voluntat de matar-la però no se sap que està embarassada són molt poc freqüents. El que sí que, tristament, es produeix de manera més habitual és l'homicidi imprudent en concurs ideal amb l'avortament imprudent. És cert que ens trobaríem doncs, lluny de la preterintencionalitat, perquè com ja hem argumentat anteriorment, aquest concepte requereix una mínima intenció o voluntat dolosa de produir un mal concret, i per tant, si només ens trobem davant conductes imprudents, la preterintencionalitat no hi té lloc. En la sentència de l'Audiència Provincial de Jaén de 30 d'abril del 2009³⁶, podem veure com és perfectament compatible l'homicidi imprudent amb l'avortament imprudent.

Si més no, cal recordar que a Espanya, fins a la reforma en què es van derogar gairebé tots els delictes qualificats pel resultat, va estar vigent l'article 411 del Codi Penal, el qual agreujava la pena pels condemnats per delictes d'avortament que acabava produint la mort de l'embarassada. Actualment, aquesta conducta ja no es resoldria així, sinó emprant el ja esmentat concurs ideal. A més, també és pràcticament impossible defensar que l'atacant que vol lesionar una dona no ha pogut preveure la mort del fill o el fetus que esperava. És per això que una sola conducta, un sol atac contra l'embarassada, pot resultar en la realització de dos tipus penals. En resum, el més habitual és que es donin o les dues conductes doloses (l'atacant volia matar la dona i sabia de la seva condició d'embarassada) o les dues conductes imprudents (l'atacant ni tan sols volia matar la víctima i sabia o no de la seva condició d'embarassada, però no volia provocar-li un avortament).

³⁶ SAP Jaén, sec. 2a, núm. 58/2009 de 30 d'abril del 2009 (MP:María Elenea Arias-Salgado Robsy)

7. Anàlisi del càlcul penològic i el model més favorable a l'acusat

En aquest apartat, calcularem quin dels diferents sistemes explicats a l'hora d'avaluar les situacions de preterintencionalitat és el que suposa per l'acusat les penes més baixes. Per fer-ho, caldrà que ens centrem únicament en els diferents models que s'han utilitzat a Espanya al llarg dels anys perquè així podem basar-nos en un únic Codi Penal. Si per exemple, comparéssim els articles italians amb els espanyols, arribaríem a conclusions mal fonamentades perquè les penes bases ja serien diferents entre sí, i els càlculs posteriors estarien, en certa manera, contaminats. És per aquest motiu que el Codi Penal emprat serà el vigent a Espanya, i d'acord amb els diferents mètodes de resolució de la preterintencionalitat anirem realitzant els càlculs pertinents per poder arribar a concloure quin d'aquests és el més beneficiós pels acusats en comparació amb el model actual.

7.1 La preterintencionalitat heterogènia

En primer lloc, farem una ràpida referència a l'article 50 del Codi Penal espanyol que va estar vigent fins a l'any 1983. Aquest establia el que coneixem com a preterintencionalitat heterogènia, la que es produïa quan la conducta volguda i el resultat final eren dos delictes diferents, com poden ser les lesions i l'avortament. La conseqüència penològica d'aquest resultat no desitjat era la d'aplicar en el seu grau màxim la pena del delicte de menor gravetat. És a dir, si apliquéssim el Codi Penal actual en el cas d'unes lesions que acaben produint la mort, caldria buscar la forquilla de penes que té el delicte volgut (les lesions) i elevar-les a la pena superior en grau.

Ens és de gran utilitat la sentència del Tribunal Suprem de 26 de març de 1979³⁷ que explicava el següent : "el contraste entre lo pensado y resuelto y lo ejecutado -supuesto de error contemplado en el párrafo 3.º del artículo 1.º del Código Penal , lo resuelve penológicamente aplicando la pena correspondiente al delito de menor gravedad, pero en su grado máximo". És a dir, si extrapoléssim aquest model a les típiques lesions doloses amb resultat de mort no desitjada, i amb el Codi Penal espanyol actual a la mà, l'acusat s'enfrontaria a un delicte de lesions amb una pena superior en grau. Aquesta podria anar dels 3 anys als 4 anys i 6 mesos.

³⁷ STS, Sala 2a, núm. 106/1979 de 26 de març del 1979 (MP: Carlos de la Vega Benayas)

En canvi, si ho féssim seguint la jurisprudència actual, que és la del concurs ideal establerta a l'article 77, la pena seria d'entre 2 anys i 6 mesos, i 4 anys per l'homicidi imprudent. Això és així perquè en el cas que una sola conducta produeixi dos o més delictes ens trobarem en el concurs ideal, i s'aplicarà en la seva meitat superior la pena prevista per la infracció més greu, que en aquest cas seria l'homicidi imprudent el qual té una pena d'entre 1 i 4 anys, mentre que les lesions es queden en una forquilla de 3 mesos a 3 anys.

No obstant això, si el reu obtingués una pena major en condemnar els delictes conjuntament, el tribunal estaria obligat a condemnar-los separatament sempre que això acabi resultant en una pena conjunta inferior.

7.2 La preterintencionalitat com a atenuant

En segon lloc, ens centrarem en l'homicidi atenuat per la preterintencionalitat, figura que va existir fins a la reforma de l'any 1995. Es tractava doncs d'una atenuant que reduïa la pena de l'acusat a condició que aquest no hagués tingut intenció de causar un mal de tanta gravetat com el que finalment va produir. Si ens trobéssim que continués vigent aquella jurisprudència, un homicidi amb l'atenuant de preterintencionalitat, és a dir, aquell que per exemple, comença amb unes lesions doloses però acaba produint imprudentment la mort de la víctima, tindria una pena d'entre 10 anys i 12 anys i 6 mesos.³⁸ Això si es considerés la preterintencionalitat com una atenuant normal, i no pas com una molt qualificada, tal com passa a la sentència referida del Tribunal Suprem. En aquests casos, doncs, es deixaven de banda les lesions doloses i tot es concentrava en l'homicidi com a tal, en el resultat, és per això que considero que aquest mètode no era el més correcte jurídicament parlant, ja que no analitzava els diferents moments de la conducta, sinó que el resultat ho absorbia tot.

Com hem vist en l'apartat anterior, amb la jurisprudència actual la pena seria d'entre 2 anys i 6 mesos, i 4 anys per l'homicidi imprudent. Resulta sorprenent la diferència penològica entre tots dos models, i per tant, podem concloure que en comparació amb el model anterior al 1995, l'actual és molt més beneficiós.

³⁸ STS, Sala 2a, núm. 1984/ 4691 de 25 de setembre del 1984 (MP: José Hermenegildo Moyna Ménguez). Deia que: “ la preterintencionalidad es un supuesto de incongruencia entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito, y entraña un "plus effectum" que va más allá de la intención, de suerte que a un hecho base doloso corresponde un hecho no querido pero previsible”

7.3 Delictes qualificats pel resultat

En tercer lloc, caldria fer un breu esment d'aquells delictes que qualifiquen pel resultat i que per sort ja en són cada cop menys al nostre territori. És important puntualitzar la diferència entre els delictes qualificats pel resultat i les figures agreujades per un resultat més greu. Dels primers en queden ben pocs a Espanya, podem dir que els més exemplificatius són el d'actes terroristes amb resultat de mort, ja que l'article 573 bis del Codi Penal preveu literalment "Prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona". En canvi, els segons, els trobem de manera reiterada i gairebé sistemàtica al Codi Penal actual. La diferència entre tots dos és que en el primer cas, ens trobem davant un resultat el qual podria tenir conseqüència penal pròpia, amb independència del delicte base, mentre que en el segon, el resultat serveix per graduar la pena del delicte inicial, com podria ser el cas dels incendis provocats que tenen un gran impacte o un gran abast. No podem dir que aquest "gran abast" sigui un delicte autònom, ni molt menys, sinó que ens ajuda a regular la pena del delicte base que és el d'incendi.

L'anàlisi d'aquest mètode no ens és massa útil per poder valorar si és més o menys beneficiós per l'acusat, sinó que l'únic que podem dir és que es tracta d'un model incorrecte des d'un inici. La millor manera de comparar el model del delicte qualificat pel resultat amb la resta, és fixant-nos en l'article 411 del Codi Penal espanyol de 1979, que condemnava amb reclusió menor la causació de la mort a la dona a qui s'havia produït l'avortament. En aquell moment, això suposava una pena d'entre uns 12 i un dia, i 20 anys. Si es fés l'anàlisi separatament, l'avortament no consentit en aquells temps suposava una pena d'entre 6 anys i un dia i 12 anys. Per la seva banda, l'homicidi imprudent podia comportar una pena d'entre 6 mesos i un dia, i 6 anys.

Si haguéssim d'analitzar aquesta conducta amb la jurisprudència i el sistema actual, caldria dividir la conducta en dos moments: l'avortament i la mort de la dona. El primer delicte, tenint en compte que és dolós, seria subsumible a l'actual article 144, el qual estableix una pena d'entre 4 i 8 anys. El segon delicte es tractaria d'un homicidi culpós, el qual ja hem vist que té associada una pena d'entre 1 i 4 anys. Així doncs, tenint l'avortament una pena molt més greu, i aplicant el concurs ideal actual, la pena màxima per aquests fets seria d'entre 6 i 8 anys. Altra

vegada, el model vigent suposa una gran reducció de la pena màxima possible, passant dels 20 anys als 8.

7.4 Un model alternatiu, la tesi unitària

Abans de passar a explicar el model que considero més encertat, trobo adient comentar breument la poc coneguda tesi unitària. Aquesta interpretació de la problemàtica es basa en l'anomenat efecte d'absorció, la qual considera que, en el cas típic de lesions doloses i homicidi imprudent, aquest últim delictes és suficient a l'hora de condemnar. El més interessant és que la defensa d'aquesta figura es basa, no pas en evitar la difícil tasca de determinar el grau de dol o imprudència en les lesions inicials, sinó que el resultat final per sí mateix substitueix l'agressió base.

Això és degut a que moltes vegades és gairebé impossible establir un lapse de temps entre el primer atac i la mort final, per la qual cosa, no podem dir si hi havia intenció de lesionar o de matar. Tot dependrà doncs de l'informe pericial o l'autòpsia, que en el cas que no fossin prou clars ens obligarien a tipificar-ho únicament com a homicidi imprudent, ja que és inviable determinar si hi havia dol o culpa en les lesions prèvies.

Tot i això, existeix també una forta crítica per gran part de la doctrina que considera que no estem davant un concurs de normes, sinó davant un concurs ideal, i que per tant, els dos delictes es cometen amb una sola conducta. El seu punt principal contra la tesi unitària és que apreciar únicament l'homicidi imprudent deixa sense cap mena de càstig les accions inicials doloses, i que per tant, deixar impunes les conductes volgudes des d'un primer moment seria totalment contrari al principi de culpabilitat. Un fet pot ser condemnat ja sigui per dol o culpa, així doncs, argumenten els crítics, que si trobem dol al delictes base, això ja és suficient per castigar-ho, més enllà del resultat final no volgut. Cabo del Rosal i Carbonell Mateu, expliquen que quan unes lesions acaben amb la vida de la víctima de forma no intencionada, és molt complicat determinar què hagués passat si el resultat fatal no s'hagués produït, caient així en l'obligació de formular fets hipotètics. Davant d'això, consideren que la impossibilitat de precisió exigeix evitar el concurs de delictes entre homicidi imprudent i lesions, deixant únicament lloc al primer d'aquests.

No obstant això, m'adhereixo a la crítica feta per Gracia Martín ³⁹, qui considera que una condemna que apliqués concurs ideal entre lesions doloses i homicidi imprudent en cap cas s'estaria basant en uns fets hipotètics. Com a molt podríem discutir l'abast de la lesió i el grau de dol, però no el perill que suposa una conducta que provoca unes lesions, el qual existeix (la mort de la víctima és produïda per les lesions) i és perfectament identificable.

Si a dia d'avui apliquéssim aquesta tesi unitària, les penes aplicables a una conducta inicial lesiva amb un resultat que la sobrepassa, que va més enllà de la intenció, serien únicament les del tipus establert a l'article 142 en tota la seva extensió. És a dir, ja no tindríem un mínim de 2 anys i 6 mesos com hem vist en la preterintencionalitat heterogènia o el model actual, sinó que ho rebaixaríem fins a 1 any, poden anar fins a 4 com a màxim. Això és degut a que en no aplicar l'article 77 del Codi Penal i per tant descartant el concurs ideal, la pena ja no ha de ser aplicada en la seva meitat superior.

7.5 El meu model: temptativa de lesions en concurs ideal amb homicidi imprudent

Havent analitzat els diferents sistemes de resolució de la problemàtica exposada, considero apropiat proposar el que per a mi podria ser el millor mètode possible, el que pensés més en el benefici de l'acusat. M'agradaria destacar, abans de començar, que la tesi unitària explicada a l'apartat anterior és, a parer meu, una manera poc discreta de deixar impune el dol inicial. És a dir, tot i que és cert que l'homicidi dolós sí que absorbeix les lesions inicials, considero que l'homicidi imprudent en cap cas podria fer el mateix amb les lesions doloses que es produeixen en un primer moment. Entenc que estem davant una conducta dividida en dos moments, en dues intencions. En una primera fase, l'actor duu a terme la seva decisió de forma totalment conscient, tant de manera volitiva com cognitiva i, per tant, ha de ser castigat per això. A més, durant la segona fase, es produeix de manera imprudent un resultat no volgut, que per sort o per desgràcia, està penat al codi vigent. D'aquesta manera, és inevitable pensar que, en aplicació del principi de culpabilitat, és obligat castigar totes dues conductes, tant la dolosa com la imprudent.

³⁹ RAMON RIBAS, *El homicidio preterintencional*, UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, núm. 3, 2010, p.161

No obstant això, i centrant-nos ja en el delictes base, la meua proposta és modificar-ne el grau de consumació per tal de deixar-les en una temptativa, reduint així de forma significativa la pena mínima aplicable. En l'exemple següent demostrarem com el model alternatiu proposat permet, aprofitant la flexibilitat de la llei, arribar a una conclusió beneficiosa pel reu. Tot i que puguem arribar a pensar que d'aquesta manera el principi de proporcionalitat pot veure's una mica vulnerat comparant els fets i la pena final, en tant que aquesta pot arribar a ser ridícula per la gravetat dels fets, l'objectiu dels propers paràgrafs serà justificar-ne la viabilitat. Vull ressaltar que això, probablement, no pot arribar a ser un model aplicable a tots i cadascun dels casos en què es dona la preterintencionalitat perquè la teoria pot quedar una mica sobrepassada per la pràctica. Així i tot, crec que pot ser útil per reduir encara més la pena en aquells casos en què una simple empenta o un cop de puny mal fet acaben amb la mort de la víctima. No podem oblidar la gran dificultat que ens trobem moltes vegades per considerar els fets com a fortuïts, per aquest motiu, i rendint-nos a aquesta gran barrera, aquest model alternatiu pot ser una manera de beneficiar l'acusat i poder aplicar-li una pena inferior a la que exigiria la jurisprudència actualment.

Imaginem-nos el cas següent. Un home colpeja amb un cop de puny a la cella a la seva dona mentre tots dos discuteixen a la cuina. En caure, la dona xoca de cap amb el marbre del taulell, causant-li la mort pràcticament a l'instant. El cop de puny li obre la cella, cosa que requeriria, com a mínim, 10 punts de sutura per a tancar la ferida. Ens trobaríem clarament davant un delictes preterintencional. L'acusat, en un primer moment, únicament volia fer un cop de puny a la cara de la dona, res més. Malauradament, però, aquesta acció inicial intencionada va suposar un desenllaç fatal per a la seva dona.

Primer de tot, cal remarcar que utilitzarem com a delictes base les lesions amb risc greu tipificat a l'article 148 del Codi Penal, que té una forquilla de penes que van dels 2 als 5 anys. Això és així perquè en l'apartat quart d'aquest article es té en compte que cal agreujar la pena del delictes base de lesions de l'article 147 i cedir davant el 148 CP si : "la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia". A més, com es tracta d'un cop de puny que necessitaria una primera assistència facultativa i una posterior intervenció mèdica, podem descartar l'article 153 en el seu paràgraf primer, ja que aquest s'hauria vist sobrepassat per la gravetat de l'atac.

Ara bé, l'important és poder demostrar que estem davant una temptativa i no pas davant un fet consumat. Tot i que és cert que en aquest cas, la lesió és perfectament identificable i visible, no podem determinar quina era la intenció real de l'acusat. Podem entendre que ell volia només colpejar-la o també que volia matar-la i sabia que cauria amb el cap contra el marbre, causant-li així la mort. Arran d'aquesta indeterminació del dol cal que ens quedem en la temptativa. L'autor ha intentat matar-la i no ho ha aconseguit, quedant-se en un intent? O simplement volia atacar-la d'una manera puntual?

Si prenem textualment l'article 16 del Codi Penal, el que explica el concepte de temptativa, trobem el següent: " 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 auto". Cal que mirem al resultat final, i no pas a l'intermedi com a tal, que serien les lesions que ell potser volia causar. Com he argumentat anteriorment, l'homicidi imprudent per sí sol no és capaç de contemplar el perill creat pel delicte de lesions inicials, i quan aquesta lesió primera és perfectament identificable, seria contrari al principi de culpabilitat deixar-lo sense resposta penal. No obstant això, la indeterminació del dol que tenia l'acusat en el cas concret haurien de portar-nos a aplicar la solució més beneficiosa per l'actor, la qual és deixar-ho en una temptativa.

En segon lloc, doncs, partim de l'homicidi imprudent de l'article 142, el qual té associades unes penes que van d'1 a 4 anys. Sense cap mena de dubte aquest és el delicte atribuïble al resultat final. Descartant altra vegada la tesi unitària, voldria ressaltar que de ser aquest el model majoritari, s'estaria tractant de manera idèntica un homicidi realment imprudent i un homicidi imprudent però començat amb unes lesions doloses. De cap manera podem permetre que dues conductes diferents puguin suposar la mateixa pena mínima, la qual seria d'1 any en tots dos casos.

Vist doncs els dos delictes en què ens centrarem, cal fer els càlculs per poder determinar la diferència penològica entre el model actual i el proposat en aquest treball.

7.5.1 Càlcul segons el model actual

Amb el model actual, consideraríem el cas exposat com unes lesions doloses en concurs ideal amb un homicidi imprudent. Agafant com a guia l'article 77, caldria, primer de tot, calcular la pena exasperada. És a dir, tenir en compte el delicte amb la pena mínima més alta, que en aquest cas és el de lesions amb risc greu concret, i aplicar-lo en la seva meitat superior. D'aquesta manera, ens trobaríem que la pena exasperada seria de 3 anys i 6 mesos de presó com a mínim per als dos delictes, ja que aplicaríem únicament la pena atribuïda a l'homicidi imprudent.

El mateix article 77, però, també ens obliga a calcular la pena acumulada entre dos delictes per veure si en fer-ho d'aquesta manera, el reu en surt beneficiat. Cal doncs agafar la pena mínima de tots dos delictes i sumar-la. El resultat obtingut és de 3 anys, format pels 2 anys de les lesions i 1 any per l'homicidi imprudent. Com podem veure, aquest valor és inferior als 3 anys i 6 mesos de la pena exasperada, per tant, estaríem obligats a establir una pena mínima de 3 anys, no més.

7.5.2 Càlcul segons el model alternatiu

Amb el mètode proposat, en canvi, partiríem de la premissa que el delicte inicial de lesions no ha estat consumat, sinó que s'ha quedat en una mera temptativa. Això provoca que puguem reduir la pena en un grau o fins i tot en dos si contemplem una menor gravetat dels fets, per exemple. A l'hora de calcular la pena exasperada, primer hem de determinar quin dels dos delictes és més greu. Les lesions, si les reduïssim en dos graus, podrien anar dels 6 mesos a 1 any. En canvi, l'homicidi segur que anirà d'1 any a 4 anys perquè s'ha consumat. Altra vegada en aplicació de l'article 77 CP, cal aplicar la pena més greu en la seva meitat superior, que ens porta als 2 anys i 6 mesos per l'homicidi imprudent.

D'altra banda, si calculem la pena acumulada, aquesta es quedaria en 1 any i 6 mesos, que és la suma de la pena mínima de l'homicidi imprudent i el de les lesions si les baixem fins a dos graus. Com podem veure, seria més beneficiós pel reu calcular la pena final de manera acumulada, en aplicació del segon paràgraf de l'article 77 CP, que es quedaria en només 1 any i 6 mesos.

7.5.3 Síntesi de la comparativa

Com hem pogut veure, la diferència entre la jurisprudència vigent i el model proposat és considerable. Tot i que de totes dues maneres ens quedem amb el càlcul de la pena acumulada, l'exposada en el model alternatiu té associada una pena menor. La diferència tampoc és molt exagerada, només serien 1 any i 6 mesos menys, però cal tenir en compte que el que busquem aquí és poder aplicar penes mínimes tan baixes com sigui possible per aquells casos en què, com al que hem explicat, el dol o culpa de l'atacant és tan indeterminat que atribuir unes lesions doloses és del tot injust. Ja hem detallat amb anterioritat que l'objectiu d'aquest mètode no és intentar ser aplicable a totes les situacions possibles, ni de bon tros.

De fet, si en lloc de tractar-se d'unes lesions agreujades estiguéssim davant unes lesions bàsiques del 147, les quals tenen una pena mínima de 3 mesos, la millora entre el model actual i el proposat seria ínfima. La diferència seria entre 1 any i 3 mesos, i 1 any i 22 dies si entenguéssim les lesions bàsiques en temptativa. Així doncs, podem concloure que l'aplicabilitat d'aquest model no és massa àmplia a l'hora de tractar delictes amb penes relativament baixes. Malgrat això, considero que és una manera molt més correcta jurídicament que la tesi unitària, ja que com diu el professor Eduardo Ribas⁴⁰ : " La indeterminación del resultado y del concreto dolo del autor podrán y deberán conducir a la aplicación de la solución más favorable para él pero no a su olvido, pues ésta fue precisamente la razón que motivó la tesis concursal.". És a dir, no podem deixar impune la lesió o atac inicial, encara que no puguem determinar el grau de dol o culpa que hi hagués involucrat.

⁴⁰ RAMON RIBAS, *El homicidio preterintencional*, UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, núm. 3, 2010, p.161.

8. Conclusions

Primera.- El concepte de preterintencionalitat ha anat adaptant-se al llarg dels anys al dret penal modern, aquell centrat més en la vessant subjectiva de l'acció que no pas en el resultat final i amb l'objectiu d'abandonar del tot el dret penal d'autor o la responsabilitat objectiva, entre d'altres. A Espanya mateix hem pogut veure com de manera progressiva s'ha anat descartant la preterintencionalitat dins el codi, primer l'any 1983 amb la derogació de l'article 50 que feia referència a la preterintencionalitat heterogènia, i segonament, l'any 1995 eliminant l'atenuant de l'article 9.4 CP, deixant sense recorregut la preterintencionalitat homogènia.

Tot i aquests avenços, i com ja hem explicat, no es va aconseguir erradicar els delictes qualificats pel resultat. El delicte de terrorisme, entre d'altres, continua augmentant la pena en funció del resultat efectivament produït. Això és diferent del que anomenem delictes o figures típiques agreujades per un resultat més greu. De fet, d'aquests tipus encara en queden moltíssims al Codi Penal espanyol i no ho critico, al revés, considero que és necessari que en alguns delictes es tingui en compte la gravetat dels fets, com pot ser el d'incendi, ja que si no cauríem altra vegada en la trampa de deixar amb la mateixa pena conductes que, en principi compleixen igualment el tipus però sense tenir en compte el grau de perill, risc o inclús dany produït finalment.

Segona.- Considero que gran part dels fonaments d'aquest treball són les concepcions que tinguem dels diferents tipus de dol i la imprudència. Com hem exposat en els primers apartats, és cabdal establir un criteri unificat per tal de discernir entre què és dol i què és culpa. El principal problema que ens genera el delicte preterintencional no és tant el delicte base, que també, sinó el resultat final i com podem atribuir-lo a l'acusat. La part subjectiva sempre l'hem de dividir en dos: la vessant cognitiva i la volitiva. Malauradament, la tendència actual és no tenir en compte la segona, i d'aquesta manera, ampliar de manera desproporcionada la capacitat que tenen els tribunals per atribuir el dol a tota mena de conductes. Això es deu, principalment, a les dificultats que tenim per provar la voluntat vertadera que tenia l'acusat, caient així en la falsa creença que saber què pot passar és sempre voler-lo. Aquesta deducció és d'allò més perillosa perquè si prescindim de l'element volitiu ens mourem únicament entre el dol directe i el dol eventual, o la fortuïtat.

Tercera.- La imprudència és la millor defensa en aquells casos en què no és possible demostrar que uns fets són fortuïts. De fet, és comprensible. El que entenem com a fortuït és que no hi hagi nexa causal o que hi hagi interrupció d'aquest. Això és molt poc probable, de fet, és gairebé impossible en la majoria de casos perquè quasi sempre l'acusat ha dut a terme una conducta inicialment, per a molt insignificant que aquesta sigui, que és suficient per establir una relació entre conducta i resultat. Si erradiquem les figures imprudents perdem totes les armes de poder defensar-nos de les conductes que realment no desitjàvem, però que desafortunadament hem provocat. Com deia Quintero Olivares⁴¹: "Según cual se la forma de concebir el dolo eventual y la imputación objetiva resultará imposible hablar de preterintencionalidad y de concurso de delitos entre una infracción dolosa y otra imprudente: todo será doloso eventual". Pot ser que això acabi sent així si acceptem que amb satisfer l'element cognitiu sigui suficient per atribuir una conducta en dol eventual. No podem oblidar que en la imprudència també hi ha coneixement, la diferència és la intenció, la voluntat, l'element volitiu. Això recolza l'autora Lorenzo Copello⁴², qui explica que: "Si se deja de exigir el vínculo de volición entre acción y resultado, dejará de tener sentido la distinción entre dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual, pues el dolo se configurará únicamente con el elemento cognoscitivo".

En resum, si cedim davant del perill que amenaça el nostre sistema actual, aquest que consisteix a prescindir de l'examen de la intenció o voluntat real de l'acusat, podem dir que la distinció entre dol i imprudència acabarà desapareixent. Però és més, fins i tot la diferenciació dins els diferents tipus de dols també patirà el mateix final. Aquest camí acabaria portant-nos inevitablement, altra vegada, a la responsabilitat objectiva, aquella que en té prou amb establir una relació causal entre acte i conseqüència, sense estudiar l'aspecte subjectiu. Per tal d'evitar això, cal que continuem desenvolupant una teoria unificada respecte al dol i la imprudència, aportant més claredat als diferents graus de dol però també de culpa, per distingir entre la conscient i la inconscient.

Quarta.- Deixant enrere la crítica a la tendència actual, m'agradaria centrar la segona part de les conclusions en el model que he proposat per resoldre la problemàtica dels delictes preterintencionals. Com hem vist, la comparativa entre el model establert per la jurisprudència

⁴¹ CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, ORTS BERENGUER, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*: (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) QUINTERO OLIVARES, Capítol «Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad» Tomo II, 2009, p. 1587

⁴² LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

vigent i l'ideat en aquest treball mostra una diferència d'1 any i 6 mesos entre totes dues maneres de calcular. Ja hem deixat entreveure que, encara que en l'exemple exposat la diferència era considerable, això no és així amb tots els casos. I aquesta és una de les grans mancances del mètode suggerit: la falta d'universalitat. És cert que des d'un punt de vista jurídic sí que tindria un impacte, ja que no és el mateix consumir unes lesions que no pas deixar-les en una temptativa. Però en casos fora de les lesions perilloses, l'efecte que tingués en el càlcul de les penes seria més aviat petit.

Cal tenir en compte però, que les combinacions són infinites, sobretot si entren en joc els agreujants, els eximents, els atenuants o delictes amb penes més altes. Imaginem el cas en què un home li talla la cama a un altre amb una aixada durant una discussió al camp i en conseqüència talla la vena aorta de la víctima, causant-li la mort uns minuts després. En aquest cas, hi podem trobar un delictes de lesions amb pèrdua de membre principal (article 149 CP) en concurs ideal amb un d'homicidi imprudent. Aplicant la jurisprudència actual, la pena exasperada seria de 9 anys i 6 mesos perquè les lesions serien consumades i elevades en la seva meitat superior, i l'acumulada seria de 7. Amb el model proposat, la pena exasperada seria de 3 anys i 9 mesos, i l'acumulada de 2 anys i 6 mesos, tenint en compte que deixaríem les lesions en una temptativa. Aquest cas és la constatació que com més alta siguin les penes a què s'enfronta l'acusat més gran és la diferència entre tots dos mètodes.

Més enllà de la viabilitat que pugui tenir aquesta alternativa des d'un punt de vista jurídic - la temptativa és discutible - considero que tenint en compte que sempre cal solució més ajustada a dret , aquesta combinació entre lesions intentades i homicidi imprudent podria suposar una manera de resoldre millor les situacions preterintencionals. Al final, l'objectiu és que en aquells casos on veritablement les lesions inicials són molt insignificants o quan no podem determinar el grau de dol o culpa, la pena mínima pugui ser tan baixa que l'acusat no hagi ni d'entrar a presó gràcies a la suspensió de l'execució de la pena.

9. Bibliografía

ALONSO ÁLAMO, Mercedes (1983) El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad consecuencias de la derogación del artículo 50 del Código Penal, La Ley revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm.3, pàgs. 1059-1073.

AMBOS, Kai (2006) Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el derecho comprado, Revista InDret.

ARBUROLA VALVERDE, Allan (2010) La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal, Revista electrònica Derecho Penal online.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1989) Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad, en «Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín FernándezAlbor», Universidad de Santiago de Compostela.

CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, ORTS BERENGUER, CUERDA ARNAU (coords.) (2009) Constitución, derechos fundamentales y sistema penal : (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) Capítol «Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad» , Editorial Tirant lo Blanch.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2008) Fin de protección de la norma e imputación objetiva, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 61, Fasc/Mes 1

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990) Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

LAURENZO COPELLO, Patricia (1999) Dolo y conocimiento, Editorial Tirant lo Blanch.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio (2012), Delitos cualificados por el resultado en el Derecho Penal Español, J.M. Bosch Editor.

MIR PUIG, Santiago (2016) Derecho Penal. Parte General 10a ed (2a impressió corregida del 2016), Editorial Reppertor .

MIR PUIG i MUÑOZ CONDE, (1982). «Propuesta alternativa de la Parte General del Código Penal del Grupo parlamentario comunista (PCEPSUC)», Cuadernos de Política Criminal, , núm. 18.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2015). Derecho penal: parte general, 10a edició (Corregida al 2019), Editorial Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2002) Teoría de la acción. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal. 1a edició. Editorial Jurídica Bolivariana.

PERIS RIERA, Jaime (1994) La Preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual : (tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo), Editorial Tirant lo Blanch.

RAMON RIBAS, Eduardo (2010), El homicidio preterintencional, UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, núm. 2.

Legislació i textos normatius

Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre , del Codi Penal (BOE núm. 281 de 24 de novembre del 1995)

Llei orgànica 8/1983 de 25 de juny, de reforma urgent i parcial del Codi Penal (BOE n. 152 de 27 de juny de 1983)

Jurisprudència

STS, Sala 2a, núm. 106/1979 de 26 de març del 1979 (MP: Carlos de la Vega Benayas)

STS, Sala 2a núm 90/1980 de 29 de gener de 1980 (MP: Antonio Huerta y Alvarez de Lara)

STS, Sala 2a, núm. 1984/1815, de 27 de gener del 1984 (MP: Juan Latour Brotons)

STS, Sala 2a, núm. 1984/ 4691 de 25 de setembre del 1984 (MP: José Hermenegildo Moyna Ménguez).

STS, Sala 2a, núm. 956/1998, de 16 de juliol del 1998 (MP: Jose Augusto de Vega Ruiz)

AJI, Jutjat d'instrucció núm 1, Aute de 4 d'octubre del 1999 (Instructor: Mariano Fustero Galve)

STS, Sala 2a, núm. 1671/2002, de 16 d'octubre del 2002. (MP: Andrés Martínez Arrieta)

STS, Sala 2a, núm. 1414/2002 de 23 de juliol del 2002 (MP: Joaquin Giménez García).

STS, Sala 2a , núm. 1253/2005 de 26 de Octubre de 2005 (MP: Juan Ramon Berdugo Gómez de la Torre)

STS, Sala 2a, núm. 755/2008 de 26 de novembre del 2008 (MP: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre)

SAP Burgos, sec. 1a , núm. 230/2009 del 20 d'octubre del 2009 (MP: Luis Antonio Carballera Simón)

SAP Jaén , sec. 2a, núm. 58/2009 de 30 d'abril del 2009 (MP: María Elena Arias-Salgado Robsy)

STS, Sala 2a, núm. 896/2009, de 21 de setembre del 2009 (MP: Joaquin Delgado García).

STS, Sala 2a, núm. 910/2010 de 22 d'octubre del 2010 (MP: Julian Sánchez Melgar)

SAP Albacete, sec. 1a, núm. 252/2012 de 18 d'octubre del 2012 (MP: José García Bleda)

SAP Barcelona sec. 10a, núm. 5/2015 de 9 de febrer del 2015 (MP: José María Torras Coll)

SAP Las Palmas, sec. 10a, núm. 110/2016 del 12 d'abril del 2016 (MP: Maria del Pilar Verastegui Hernández)

SAP Alicante, sec. 10a, núm. 141/2016, de 13 d'abril del 2016 (MP: María Margarita Esquiva Bartolomé)

STS, Sala 2a, núm. 965/2016 de 19 de desembre del 2016 (MP: José Ramon Soriano Soriano)

STS, Sala 2a, núm. 166/2017 de 14 de març del 2017 (MP: Alberto Jorge Barreiro)

SAP A Coruña, sec.2a, núm. 495/2017 de 17 d'octubre del 2017. (MP: Luis Barrientos Monge)

SAP Madrid sec. 27a , núm. 806/2018, de 17 de desembre del 2018 (MP: Juan Antonio Toro Peña)

SAP Madrid, sec. 10a, núm. 226/2019 de 19 de març del 2019((MP: Joaquin Delgado Martin)

SAP Balears, sec. 2a, núm.171/2021 de 6 de maig del 2021 (MP: Gloria Martin Fonseca)

STS, Sala 2a, núm. 608/2021, de 7 de juliol del 2021 (MP: Carmen Lamela Díaz)

STSJ Galícia, sec. 2a, núm. 81/2021 de 10 de novembre del 2021. (MP: José María Gómez y Díaz-Castroverde)