

DR 29 474

Esto es la programación radiofónica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que todos los días de lunes a viernes está en esta emisora desde las ocho y media hasta las once de la noche. Los viernes de ocho y media a diez de la noche es el tiempo de revista de Derecho, que se dedica a desarrollar y explicar los diferentes temas relacionados con las materias de la carrera de Derecho. Y para desarrollar el tema de Derecho Penal II de esta noche, contamos con la presencia del profesor titular, don Alfonso Serrano Gómez.

Hablaremos con él para aclarar diferentes aspectos de la tentativa y frustración en el homicidio. Buenas noches, profesor Alfonso Serrano. Buenas noches.

En la guía de los medios estaba como título para esta noche el delito de prevaricación, pero se ha cambiado por el de tentativa y frustración en el homicidio, ¿no es así? Sí, efectivamente así es. Bueno, una de las razones es porque ustedes saben que el profesor Estampa se ha jubilado, todavía no sabemos si seguirá como profesor emérito o no, entonces me hago el cargo yo de Derecho Penal I y también de Derecho Penal II. Por esta razón, hoy hablamos del tema de tentativa y frustración, que son los primeros temas que estudian ustedes en la parte especial de Derecho Penal, es decir, en Derecho Penal II.

Por cierto, hay un borrador sobre el nuevo Código Penal. ¿Nos podría decir si afecta a estos delitos? Yo quiero decirles a los alumnos que no se preocupen por lo que vienen diciendo los medios de comunicación sobre un nuevo Código Penal. Ya en el año 1980 hubo un proyecto de Código Penal que incluso llegó a las Cortes y no terminó siendo código.

En el 1983 ha habido una propuesta de Código Penal que tampoco ha terminado en código y no sabemos lo que ocurrirá ahora. Por otra parte, hay que tener en cuenta que se trata de un borrador y además de un borrador que afecta sólo a la parte general, es decir, a lo que estudiaron el año pasado. Yo no creo que antes de un par de años tengamos en vigor un código nuevo, aunque se sigan haciendo todos los trámites lo más rápido posible.

Pero de todas formas, de momento no hay una parte especial, es decir, que los delitos que van a estudiar este año no se encuentran todavía ni siquiera en un borrador. Es más, el próximo viernes en el programa de Revista de Derecho habrá un coloquio con varios profesores de Derecho Penal más catedráticos de distintas universidades para discutir los puntos favorables o menos favorables de este borrador del libro primero del Código Penal. Sí, que será a partir de las ocho y media, como siempre.

¿Qué es más grave, el parricidio o el asesinato? Tradicionalmente en todos los códigos ha sido más grave el parricidio que el asesinato, porque claro, es más grave matar al padre o a un hijo que matar a un extraño, aunque concurra a una de las circunstancias previstas para el asesinato. Sin embargo, el legislador, en la reforma que hizo del parricidio y asesinato, como consecuencia de haber desaparecido la pena de muerte en el Código Penal, que quedó abolida

por la Constitución del año 1978, pues le pone más pena al asesinato que al parricidio, porque el asesinato es reclusión mayor en grado máximo, mientras que el parricidio es simplemente reclusión mayor. Fue un lapso del legislador que, por supuesto, espero que se palie o se reforme en el nuevo proyecto que todavía no ha aparecido de la parte especial del Código Penal.

Hay dos términos que son un tanto conflictivos, difíciles de distinguir, como es la tentativa y la frustración. ¿Cómo se diferencian? Es difícil determinar en nuestro código actual la diferencia entre tentativa y frustración en estos delitos de parricidio, asesinato e incluso de homicidio, porque es fundamental conocer si el sujeto tenía intención de matar o no tenía intención de matar. Claro, cuando el autor ha ejecutado los hechos, si no ha habido muerte, aunque la haya habido, él dirá que no tenía intención de matar para que le pongan menor pena, por supuesto.

Y entonces es difícil, por parte del legislador, determinar cuál era la intención del sujeto, para lo cual tiene que tener en cuenta una serie de elementos objetivos, es decir, el arma que utilizó, las heridas que causó, el lugar donde causó las heridas, porque hay delitos donde es fácil determinar la diferencia entre tentativa y frustración, como ocurre, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, tanto en el robo como en el hurto. Para distinguir tentativa de frustración es simplemente si el sujeto tuvo posibilidad de disponer de los bienes que había sustraído. Si podía disponer de ellos, estábamos ante frustración, y si no pudo disponer porque fue detenido en el momento que sustraía el objeto, o inmediatamente después, entonces estaríamos ante una tentativa.

Pero vamos a poner algún ejemplo en los delitos de homicidio parecido a asesinato, que en definitiva son exactamente iguales. Por ejemplo, supuestos que yo entiendo que se calificaron como homicidio frustrados y sin embargo debieron serlo como tentativa. En realidad, en todas las sentencias lo que interesa es si hubo animus necandi, ánimo de matar, o animo ledendi, ánimo de lesionar.

Así, por ejemplo, en la sentencia de 29 de febrero del año 1988, se recoge lo que sigue. Disparó con ánimo de matar, alcanzándole de rebote varios perdigones que se alojaron en el antebrazo, brazo, mano derecha y muslo del mismo lado, saliendo de estas lesiones 17 días de asistencia médica. La verdad es que vamos a suponer que hubo intención de matar, lo admitimos, pero sin embargo las lesiones fueron de tan escasa importancia que por supuesto no podemos decir, por lo menos a mi entender, que hubo un delito de homicidio frustrado, sino que simplemente para mí fue una tentativa.

Por ejemplo, en la sentencia ésta sigue diciendo, si hubiera alcanzado algún órgano vital, habría producido resultados funestos, si bien sólo le alcanzó en las extremidades del cuerpo y de rebote en la barra. La barra de hierro, que en definitiva la protegía, es decir, la propia sentencia nos está diciendo que si hubiera alcanzado algún órgano vital, las lesiones podían haber llegado a un resultado funesto, pero sin embargo lo cierto es que no fue así y sigo insistiendo que debió ser tratado como tentativa y no como frustración. En otro supuesto la

audiencia condenó por parecido en grado de frustración y dice en uno de los incisos, que son unas lesiones en el cuello de 5 centímetros de longitud y de un centímetro de profundidad paralela al borde mandibular inferior izquierdo, presentando un corte limpio con labios no separados.

En definitiva nos encontramos aquí también a unas lesiones de escasa importancia, que por supuesto no se dan los requisitos que exige el Código Penal en cuanto a lo que se entiende por frustración. Quizá esto tenga una solución si el Código sigue adelante, porque desaparece la distinción entre tentativa y frustración, que vemos que los delitos contra la vida realmente es difícil de poder separar en un caso y otro. Y así podríamos estar citando supuestos en los cuales el Tribunal Supremo, que tiene una tendencia a ir hacia la frustración en lugar de la tentativa, es decir, supuestos en los cuales puede imponer una pena más grave.

Lo fundamental es si hubo animus necandi, ánimo de matar, o animus ledenti. El Tribunal Supremo se ocupa de modo especial de conocer, lo mismo que las audiencias, si hubo animus necandi, voluntad homicidia, o animus ledenti o vulnerandi, es decir, simple deseo de lesionar, para distinguir que estamos ante un delito de homicidio, aunque sea en ejecución imperfecta o un delito de lesiones. No es fácil en ocasiones determinar cuál era la voluntad de la gente, pues la realidad criminológica nos demuestra que después de los hechos, como decía antes, el autor de lo mismo tendrá que decir que su intención era la de lesionar y no la de matar, pues con ello tendrá una pena inferior.

Por tanto, no podemos hacer por límite de tiempo una exposición de estas cuestiones, en diversas sentencias, simplemente vamos a referirnos a la 24 de septiembre del 88, que dice, el delito de lesiones y el de homicidio sea frustrado en grado de tentativa no se diferencian sino por el propósito de la gente y el cual puede haber obrado con animus necandi o por el contrario, el edendi, como hemos hecho referencia anteriormente. Y la propia sentencia reconoce que existen, será dificultades para determinar cuándo estamos en un supuesto o cuándo estamos en otro. En fin, estos son, en definitiva, unas líneas generales porque, repito, no tenemos tiempo para mucho más.

Sí, después de todo lo que acaba de decir, pues realmente es difícil encontrar la distinción entre tentativa y frustración. Entonces, ¿a qué conclusiones se puede llegar? Bueno, a conclusiones que son realmente difíciles. Yo voy a intentar dar una solución, según mi criterio.

El propio Tribunal Supremo, ante estas dificultades, recurre a elementos objetivos, es decir, a situaciones que se dan alrededor del hecho, como medios o instrumentos empleados en la agresión, lugar del cuerpo donde se dirige la misma, importancia de las lesiones, es decir, elementos objetivos que sirven de base para determinar el elemento subjetivo o intencional que persigue el autor. Teniendo en cuenta cómo se regula hoy tentativa y frustración, en la tentativa se da comienzo a la ejecución de los hechos y en la frustración se han practicado todos los actos de ejecución que pueden, vamos, que llevarían al resultado del delito y no se producen por causas ajenas al sujeto. Yo diría que para distinguir frustración y tentativa, un

criterio a seguir podría ser el que sigue.

Habría homicidio frustrado, parricidio o asesinato en su caso, cuando además del animus necandi, las lesiones ocasionadas a la víctima fueran de tal entidad que de no ser asistido de forma más o menos inmediata hubiera fallecido. Habría tentativa cuando la intervención médica no fuera urgente y las lesiones se hubieran curado con una asistencia que no es inmediata o incluso con un tratamiento rutinario, es decir, practicado por cualquier médico no especialista de medicina general. Hay que considerar decisivo que las lesiones sean mortales y que la intervención médica evite la muerte.

Para finalizar el tiempo de Revista de Derecho, contamos con la intervención siempre particular y característica del profesor titular de Derecho Civil II, don Jesús María Álvarez Carvallo, para que nos conteste a las preguntas en relación a la transmisión del crédito. Buenas noches, profesor Álvarez Carvallo. Buenas noches, Charo.

Buenas noches también a los oyentes. Saliendo al paso de una preocupación manifestada por algunos alumnos en visitas personales recibidas, quienes se han sentido asustados por la minuciosidad y muy especialmente por la gordura, del nuevo programa de Derecho Civil II, quiero decir que esa minuciosidad no está reñida con mi habitual y reiterada petición de brevedad y sirve, en cambio, para centrar las ideas a la hora de la prueba presencial. Y por eso su reconocida y evidente gordura a lo Carvallo es un arma defensiva buscada intencionadamente por mí para facilitaros el mal trago de la realización de la prueba presencial.

El tema, por mi señalado para hoy, está referido a la transmisión del crédito y quiero llamar muy especialmente la atención de mis oyentes en torno al paralelismo existente entre el contenido del tema 9, al cual se refiere esencialmente esta emisión sobre la transmisión del crédito, esto es, la transmisión del contenido obligatorio de un vínculo jurídico obligacional, y la transmisión de un contrato, de la cual se habla en el tema 18, y como nexo de enlace entre una situación y otra existe un tercer aspecto constituido por el contrato de transmisión, el cual se puede referir tanto al contrato de transmisión de un crédito como al contrato de transmisión de un contrato, y por su mayor frecuencia nuestro Código Civil regula esa situación al hablar del contrato de compra-venta en los artículos 1526 a 1536. Profesor Carvallo, acabamos de comenzar y ya estamos hechos un lío, ¿pretende decir que es lo mismo transmitir un crédito a transmitir un contrato? No, no pretendo decir sea lo mismo transmitir un crédito a transmitir un contrato, te pondré un ejemplo de los míos, veamos si te sirve, yo estoy hablando en tu presencia, ante el micro y usando el mismo medio, la palabra, tanto puedo yo hablar del rollo que hoy nos ocupa como decirte una frase amable o decirte una grosería, entre las tres cosas hay un triple punto de conexión, la persona que habla es la misma, la persona que oye es la misma, el contenido del mensaje es notablemente distinto. Me parece que esta vez no me sirve mucho a mí el ejemplo y además me parece absolutamente incapaz, profesor, de decirme una grosería.

Siento que el ejemplo no sirva, pues debo buscar otro, y al mismo tiempo mi temperamento

travieso siente la tentación de mostrar que por una vez la mujer no tiene razón. El nuevo ejemplo sería este, en una versión doble o distinta, si yo te debo a ti diez mil pesetas y tú ves evidentes dificultades para conseguir cobrármelas, es posible te animes a transmitir el crédito que contra mí tienes a una persona dotada de medios persuasivos más contundentes, quien aceptará pasar a ser mi acreedor pagándote a ti solamente una porción de tu crédito, con la pretensión en cambio de cobrármelo a mí entero, ya que algo valdrán sus peculiares recursos para conseguir el cobro. Tú aceptas resignadamente, pues si bien es verdad pierdes algo, también es verdad algo recuperas de una cantidad, las diez mil pesetas ya dada totalmente por perdida.

Es casi lo mismo que si tú vendieras tu posición de acreedora mía con una notable rebaja ante el riesgo real de perder el total importe de tu crédito. Si pensamos, en cambio, en que tú has comprado una entrada para oír a Montserrat Caballé en el Teatro Real de Madrid, en una de sus próximas y felices actuaciones, y cuando ya tienes la entrada en el bolso, aparece un grave problema que te imposibilitará para acudir pese a las enormes ilusiones que en ello habías puesto. Es posible, te animes a transmitirme a mí la entrada, para que sea yo quien disfrute de la actuación, y si bien tú te quedas sin ir al concierto, al menos recuperas el dinero que por la entrada has pagado, mientras que al teatro y al artista le resulta absolutamente indiferente.

Seas tú, o sea yo, quien ocupe esa butaca que tú ibas a dejar vacía pese a haberla pagado en taquilla. Es casi lo mismo que si yo hubiera comprado directa y personalmente la entrada en taquilla. Así, creo, se ve la proximidad de las dos figuras diferenciadas únicamente por cuanto en una se transmite solamente el lado activo, el crédito, de la relación jurídica obligacional, y en el otro se transmite, entera y verdadera, toda una posición contractual, que puede ser más o menos compleja, y que por definición abarca tanto aspectos activos como pasivos, y al propio tiempo, ya como guinda del pastel que me ha costado parir y no salió a la primera, quiero dejar constancia de ser ésta la razón fundamental por la cual nuestro Código Civil trata esta cuestión también en sede de compra-venta a través de los artículos 1526 a 1536, puesto que el camino más usual y frecuente para la transmisión, ya sea de créditos o de contratos, es un contrato de transmisión de crédito o un contrato de transmisión de un contrato, que suele dar la puñetera casualidad de ser casi siempre un vulgar contrato de compra-venta, pues ese versátil instrumento jurídico tanto puede servir para comprar la pálida harina de consumo prohibido como el brillo y el color de las manzanas, hermanas de la que sirvió a Tiepolo para decorar la boca de la Serpiente Fabulosa a los pies del cuadro de la Inmaculada conservado en el Museo del Prado.

Sigamos, profesor Carballo. No, no vamos a seguir. ¿Cómo dice? Quiero decir que no vamos a seguir inmediatamente, pues de repente me ha acordado de lo oportuno que será hacer una aclaración respecto a uno de los ejemplos de José Luis la Cruz muy relacionado con el segundo ejemplo por mi propuesto.

No se trata de llevarle la contraria a nadie, y mucho menos a José Luis la Cruz, cuyo recuerdo durará en mí mientras yo dure, sino por tratar de encajar la cuestión en una doble vertiente,

pues por un lado sirve para animar a los alumnos a que miren más allá de sus narices y por otro estimular los posibles ejercicios sistemáticos para acostumbrarse a conocer la complejidad de la vida real. Para esta tarea debe ponerse en conexión el artículo 1112 del Código Civil cuando nos dice literalmente todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiese pactado lo contrario con el artículo 1205 del mismo Código Civil, el cual a su vez manifiesta la renovación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor. La crítica mía a este último artículo 1205 se centra en que si bien es verdad lo manifestado por José Luis la Cruz respecto a que las características del sujeto acreedor son absolutamente irrelevantes para el ordenamiento jurídico, pero eso, precisamente eso, a mí me parece un muy notable defecto que afecta a la posición de igualdad de las dos partes contratantes.

En efecto, no es lo mismo ser deudor de un acreedor bondadoso, pero no tonto, a ser deudor, por el contrario, de un acreedor de mala leche. En el mismo instante en que yo os digo esto con mi lenguaje claro y áspero como el papel de lija ya entendéis el sentido de la injusticia del artículo 1205 en donde solamente se ha pensado en el interés del acreedor centrado en la seguridad del pago y nunca en el interés del deudor. Este tipo de injusticia ha sido la que ha fundamentado las ácidas afirmaciones del materialismo histórico de las cuales se han contaminado inconscientemente muchos pensadores inocentes según las cuales el derecho es una simple extorsión de la clase poderosa frente a la menesterosa tal como ya manifestaba hace muchos años Antonio Mengar en una obra breve, deliciosa pero cáustica titulada El derecho civil y los pobres cuya traducción española hecha por Adolfo Posada es de 1898 y que originariamente costaba 5 pesetas en Madrid aunque a mí me haya costado en una librería de viejo o de lance 5.000. Y por último profesor Carvallo, si tuviera que resaltar una idea especialmente importante del tema de esta noche ¿cuál querría destacar de forma especial? Es bastante tramposa la pregunta pero voy a tratar de condensar aún repitiendo ideas la parte más fundamental que a mí me ha tentado para ocuparme este año de esta cuestión cuando podía haber preferido otras.

Por una parte la complejidad de funcionamiento de la institución en sí misma que lo mismo sirve para transferir un crédito aislado y de forma muy simple que para transferir una muy compleja situación contractual entera y junto a esta versatilidad de actuación la menos fecunda forma de producirse a través prácticamente de todos los tipos de negocios jurídicos existentes y de alguno no tipificado aún por más que nuestro código civil solamente se ocupe de tres aspectos parciales la transmisión del crédito en el artículo 1112 el efecto técnico que produce la transmisión del crédito aludido en el artículo 1205 del código civil y finalmente como tercer elemento aludido y francamente muy cuestionable la manera o forma de más frecuente utilización a la cual se refiere olvidándose de todas las demás el código civil en los artículos 1526 a 1536. Junto a estas razones es preciso no olvidar la importancia extraordinaria que en el momento presente está teniendo la institución acaso precisamente por su versatilidad y por la penetración que en el mundo del mercado está haciendo en el ámbito jurídico y ello hace se

puede llegar a pensar en la verdadera y real existencia de nuevos productos jurídicos que están apareciendo y que se disfrazan inicialmente con vestiduras más o menos tradicionales y conocidas hasta que alguien tira de la manta y descubre la superchería cuando ya existe un volumen considerable de intereses creados que puedan permitir la financiación de la aparición en sociedad de la nueva figura. Es para mí extraordinariamente importante resaltar junto a lo que se podría llamar doctrina común que veréis en el libro de texto que hay otra serie de apreciaciones mucho más arriesgadas y personales que por ser exclusivamente mías pueden constituir solamente un sueño de verano y de las cuales podéis prescindir totalmente sin ninguna consecuencia desfavorable para vosotros cosa, en cambio, que ya no puede decirse si desconocéis los artículos 1112, el 1205 y los 1526 a 1536 del Código Civil y sus recíprocas interrelaciones.

Pues esperamos que con esta exposición suya sirva para motivar al alumno al estudio de la transmisión del crédito. Muchas gracias, profesor Carvallo. Gracias, Fichar.

Subtítulos realizados por la comunidad de Amara.org Esto ha sido todo por hoy en Revista de Derecho. Volveremos a estar contigo en enero, el viernes 11 que será el último programa que se dedique a tercer curso antes de las primeras pruebas presenciales. El próximo viernes estaremos en Antena con el primer programa especial dedicado a debatir el borrador del Código Penal con importantes invitados expertos en Derecho Penal.

Subtítulos realizados por la comunidad de Amara.org