

Subsunción adjetival en sentencias penales del Tribunal Supremo español

Adjective subsumption in penal sentences
by the Supreme Court of Spain

JOSÉ LUIS MONTIEL DOMÍNGUEZ
Universidad de Huelva
jose.montiel@dfilo.uhu.es
<https://orcid.org/0000-0003-1889-7744>

CORONADA SÁNCHEZ GÓMEZ
Universidad de Huelva
coronada.sanchez@dfesp.uhu.es
<https://orcid.org/0000-0002-2864-8955>

MIHAELA DELIA CRISTEA
Universidad de Huelva
mihaela.cristea@dfilo.uhu.es
<https://orcid.org/0000-0002-1353-3928>

Resumen: Este artículo pertenece a los estudios recientes sobre la modernización del español jurídico, porque adoptamos un enfoque semántico para el análisis de dos tipos de adjetivos (calificativos y relacionales) en la argumentación de las sentencias penales del Tribunal Supremo español. El texto critica la valoración subjetiva dentro de las sentencias, que podemos inferir del empleo de adjetivos calificativos en respuesta a las súplicas y alegaciones de abogados o fiscales. Por el contrario, defendemos una argumentación jurídica basada en la adjetivación más objetiva derivada de los tipos penales. Además, ofrecemos un método de subsunción o reducción de la argumentación jurídica basado en una fórmula causal que permite el empleo de un adjetivo de estas categorías.

Palabras clave: Adjetivos calificativos, adjetivos relacionales, argumentación jurídica, subjetividad, objetividad.

Abstract: This paper belongs to the recent studies about the modernization of legal Spanish, because we adopt a semantic approach to the analysis of two types of adjectives (gradable and nongradable) in the argumentation of the penal sentences by the Supreme Court of Spain. The text criticizes the subjective assessment inside the sentences, which can we infer from the employment of gradable adjectives as a reply to the pleas or allegations by lawyers or prosecuting attorneys. On the contrary, we defend a legal argumentation based upon the more objective adjetivization stem from the penal types. Besides, we offer a method of subsumption or reduction of the legal argumentation based upon a causal formula which enables the use of an adjective of these categories.

Keywords: Gradable adjectives, nongradable adjectives, legal argumentation, subjectivity, objectivity.

I. Introducción

La argumentación jurídica se basa primordialmente en una narración de hechos probados, de modo que el juez se erige como una especie de historiador que incrimina. En su plan enciclopédico de las disciplinas filosóficas, una mente de largo alcance espiritual como la de Hegel apartó la narratividad empírica del seno de la historia (Hegel, 2004) y del derecho (Hegel, 1999), donde por el contrario debía prevalecer el *Volksgeist*, el Estado, y el espíritu universal. La dialéctica hegeliana proclama la identidad en la diferencia (síntesis) de la subjetividad y la objetividad en lo Absoluto que se piensa a sí mismo y que se realiza en el tiempo. No obstante, a efectos prácticos de análisis en este trabajo sin pretensiones metafísicas, distinguiremos lo subjetivo y lo objetivo, siendo evidente que los conceptos evocan su contrario. La concepción «narrativista» de la historia establece vínculos —pese al «corte epistemológico»—, entre la explicación histórica y la comprensión narrativa, ya que el tiempo en ambas puede recorrerse bien regresiva o progresivamente, no siendo asimilable al tiempo físico; además, comparten las ideas de drama, crisis, conspiración, construcción imaginaria probable, lo que ocurre a la larga, consecuencias no queridas, etc. (Ricoeur, 1995: 240-242, 355, 370)¹. Los problemas de la causalidad histórica parecen, pues, fuertemente ligados a los de la constitución lógica de la trama narrativa, y a su vez, representan el fundamento de la argumentación jurídica, como se desprende de la sección de antecedentes de hecho de las sentencias².

¹ La monografía fundamental sobre la narratividad del lenguaje histórico es White (1987), aunque cabe mencionar precedentes en esa concepción narrativa y retórica de la historia como los estudios analíticos de Dray (1965), Danto (1968) y Mandelbaum (1977); desde una perspectiva antropológica se puede consultar Geertz (1973). Por otra parte, el estudio más completo sobre filosofía de la historia es el de Aron (1984), que puede completarse con otras monografías entre las que cabe señalar: Gardiner (1959), Veyne (1972), Gallie (1985), Cruz (2008), y el genial estudio de Weber (2013) sobre la ética del protestantismo. La comprensión histórica desde Hegel, Dilthey y otros filósofos se define como una reconstrucción de la vivencia racional en el pasado (Cruz, 2008: 76). Los trabajos de Taruffo (2008) y Carofiglio (2010) apuntan a las dificultades del establecimiento de la verdad procesal, que pueden vincularse lejanamente con los de la verdad histórica.

² Sobre la argumentación jurídica en particular puede consultarse Atienza (2013) —con una perspectiva crítica del formalismo jurídico—, y sobre argumentación pragmática son fundamentales los tratados de Toulmin (2003) y Van Eemeren y Grootendorst (2004) —desde la dialéctica—, el de Perelman y Olbrechts-Tyteca (2015) —desde la retórica—, y el de Aarnio (2016), que analiza la relación entre lo racional y lo razonable en la argumentación jurídica.

En los últimos años se vienen publicando multitud de trabajos metódicos sobre el lenguaje jurídico³ y sobre la problemática que su tendencia al arcaísmo y al formulismo depara para la simple comprensión de las sentencias y leyes. En particular, destacan los de Montolío (2011, 2012a, 2012b) y su grupo de trabajo en la Universitat de Barcelona (Taranilla, 2011, 2012). Sin embargo, no es nuestra intención abordar el tema desde esa metodología, en la que se proponen versiones alternativas allí donde se detectan vicios argumentativos o «patologías» discursivas (Montolío, 2011), que retratan resabios bien conocidos del lenguaje jurídico, sino afrontar la cuestión desde una perspectiva descriptiva de las facultades discursivas y modalizadoras de las sentencias penales en casación.

Por otra parte, conviene tener presente para el propósito de este artículo que las fundamentaciones de derecho que se observan en las sentencias penales del Tribunal Supremo, además de basarse en la narración de hechos probados del tribunal sentenciador, se dirigen principalmente a la calificación o adjetivación de los argumentos del recurrente, ya que el Tribunal Supremo, por tratarse de un tribunal de casación, evalúa la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida o del recurso elevado. Las razones tienen, por tanto, una base cualitativa que procede del uso de determinados adjetivos, ya que la casación no deviene de la idoneidad del supuesto jurídico y de su consecuencia penal —según Kelsen (1982), la norma es una estructura condicional, cuya consecuencia es una sanción—, sino de la valoración de la argumentación en la que se apoya el tribunal sentenciador. De esta forma, podríamos concluir que la sentencia de casación como género discursivo en-

En la perspectiva de la argumentación subjetiva y la modalización es clásico el trabajo de Kerbrat-Orecchioni (1997), que puede complementarse con Rocci (2017) y Rodríguez Espiñeira (2010) para los adjetivos modales. Véanse, no obstante, las reflexiones de Alexy (2007: 421-423) sobre la validez del discurso racional, y sus límites en relación con el poder y el conflicto de intereses y de principios, dado que la actividad del jurista, siendo decisoria, demanda naturalmente ponderación y proporcionalidad (Alexy, 2007: 504). Así, el valor del consenso para la verdad (Habermas, 1999) o el del auditorio (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 2015) han sido señalados reiteradamente como metas de la argumentación jurídica y social. Con respecto a la vinculación de la argumentación con la lógica, cabría consultar Vaz Ferreira (1962) y el completo diccionario de Vega y Olmos (2016).

³ Seleccionamos algunos títulos de la extensa nómina de estudios dedicados al lenguaje jurídico en los últimos años con atención a sus aspectos de lengua de especialidad: Hernando (2003), Sanjuán y Bustinduy (2006), De Juan y Fernández (2010), Gutiérrez Álvarez (2012), Alcaraz, Hughes y Gómez (2014) —desde una perspectiva traductológica—, Vilches y Sarmiento (2016), Relinque (2017), Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial (2017).

cajaría en una tipología narrativo-argumentativa, en la que la adjetivación estaría al servicio de la construcción del argumento jurídico⁴.

La teoría de la argumentación jurídica distingue entre el juicio de proporcionalidad o ponderación (Alexy, 2007: 459), basado en principios —como pretende el neoconstitucionalismo moderno—, que debe originarse siempre que se produzca el choque de normas o de intereses⁵, y el de la subsunción del caso a las condiciones formales o lógicas de aplicación de la ley (Gascón, 2014: 313; Atienza, 2013: 23). El silogismo subsuntivo se basa, pues, en reglas y se da cuando la premisa fáctica se adecua formal o materialmente a la premisa normativa de un tipo penal de delito. Pero en este trabajo el término *subsunción*⁶ se aplica a la síntesis argumentativa como *ratio decidendi*, normalmente mediante un adjetivo incluido en una causal, de un fundamento de derecho expuesto en la sentencia de casación, por el que se estima o desestima un motivo alegado por la Defensa, el Ministerio Fiscal o la Acusación Particular. El hecho de que la argumentación se sustancie en términos de

⁴ Henríquez (2007) analiza la adjetivación calificativa en sentencias de lo social del Tribunal Supremo, y pese a que hace alguna alusión al «razonamiento jurídico» o a «conceptos jurídicos», presenta un enfoque más gramatical que propiamente discursivo o argumentativo. Alcaraz, Hughes y Gómez (2014: 128, 263) caracterizan, sin embargo, la sección de fundamentos de derecho como discursivamente expositiva, aunque en este trabajo subrayaremos las secciones argumentativas por el poder de subsunción de los adjetivos.

⁵ Nino (1994) da cuenta de las relaciones entre derecho, moral y política como prácticas colectivas, en tanto que Rawls (2006) afirma con base en el imperativo kantiano el condicionamiento político, moral y el consenso social de la justicia distributiva. Por otro lado, se decantan por una visión pragmática y antiformalista del derecho el juez Holmes (1963), y Ihering (2015) —desde la sátira heterodoxa jurisprudencial—. Son positivistas netos del derecho por rechazar la argumentación moral: Hart (1980) y el realismo jurídico genovés de, por ejemplo, Chiassoni (2011).

⁶ McCormick (1978) establece una justificación subsuntiva o deductiva para los casos fáciles; en cambio, para los casos difíciles, aplica reglas de universalidad, coherencia y consistencia, esto es, acordes con el sistema jurídico en cuanto a principios y valores constitucionales, así como argumentos consecuencialistas en cuanto a la repercusión de las resoluciones jurídicas en el mundo. El procedimiento de subsunción mantiene una ligera semejanza con las macrorreglas de Van Dijk (1980), pues a fin de cuentas constituye un proceso de supresión y selección. Sobre la hermenéutica filosófica en general, y aplicada al derecho en particular, puede consultarse Gadamer (1977) y Von Wright (1987); más específicamente dirigidos a la interpretación del fenómeno literario en el marco de la estética de la recepción son los trabajos de Ingarden (1998) e Iser (2022). Un filósofo del derecho de la talla de Dworkin (2022) ha equiparado el derecho a la literatura por ser ambos fenómenos de naturaleza interpretativa, y Nussbaum (1997) ha abogado por la formación literaria de los jueces para humanizar la justicia.

valoración subjetiva, como son los adjetivos calificativos, aumenta la connotación axiológica de los argumentos judiciales, más allá del uso racional de la argumentación fundamentada en los hechos probados. La prueba puede ser no discutible, pero sí la interpretación basada en una apreciación graduable o cualitativa, que además no solo se halla en la estimación o desestimación de los motivos, sino también como fundamento real de la apreciación formulada con adjetivos de carácter relacional que definen un tipo penal.

A continuación, vamos a exponer la aplicación práctica del mecanismo de subsunción en dos epígrafes. En el primero, nos detendremos en la distinción general entre adjetivos calificativos y relacionales, aportando ejemplos definitorios de varias sentencias; en el segundo, analizaremos particularmente casos concretos del contraste entre adjetivos calificativos y relacionales en fundamentos de sentencias, que se clasifican por los tipos penales más frecuentes, esto es, homicidio, lesiones, robo, tráfico de drogas y malversación. Finalmente, se desarrollan unas conclusiones, en las que se destaca la relevancia de los análisis efectuados.

1. Subsunción del fundamento de derecho: adjetivos calificativos y relacionales

El procedimiento de análisis de las sentencias que presentamos en este trabajo consiste en subsumir los fundamentos de derecho en una oración compuesta, cuya cláusula principal adopta la fórmula ‘el motivo se estima o se rechaza’ seguida de una expresión causal que contiene, o bien un adjetivo o un sustantivo jurídico, en el que se apoya la resolución en casación. El término de la subsunción causal del fundamento de derecho —también puede hablarse de subsunción de preceptos legales— puede ser, como decíamos, en primer lugar, un adjetivo calificativo graduable y explícito, que resaltamos en negrita⁷:

⁷ Las siglas que se emplean en el artículo son las usuales en la literatura jurídica; por ejemplo, STS equivale a sentencia del Tribunal Supremo, FD a fundamento de derecho, CP a Código Penal, LECrim a Ley de Enjuiciamiento Criminal, etc. Los textos de las sentencias se han tomado de dos repositorios libres en internet: CENDOJ (Centro de Documentación Judicial) poderjudicial.es, y del portal vLex.es. También hemos tenido en cuenta las colecciones de casos prácticos de derecho penal (Cuerda, 2004; Gómez Rivero y Mendoza, 2010) y para los conceptos básicos el manual de Muñoz Conde (2002).

- (1) El motivo debe ser rechazado porque la pregunta fue correctamente denegada por **impertinente**. (STS 561/2002, de 1 de abril; FD, 1.º)
- (2) En reiterados y constantes precedentes esta Sala ha subrayado la **improcedencia** de la pretensión de revisar el juicio del Tribunal de los hechos sobre la base de las actas que contienen declaraciones de personas que declararon o pudieron declarar en el juicio oral. (STS 2021/1994, de 2 de julio; FD, 9.º)
- (3) El acusado mantenía, pese a sus crisis de ansiedad y fobia social, una vida de relación que puede considerarse **normal**, por lo que igualmente normal era su aptitud para recibir el mensaje explicitado en la norma social de cuidado, que sobradamente conocía, de precaución en la conducción de un vehículo de motor. (STS 561/2002, de 1 de abril; FD, 5.º)

En (1) la pregunta se rechaza por *impertinente*⁸; en (2) se desestima por improcedente la pretensión de la Defensa de revisar los hechos probados, ya que es un procedimiento no contemplado en el recurso de casación. En (3) se desestima la eximente de enajenación por juzgarse *normal* la capacidad del acusado. Así pues, si quisiéramos subsumir el motivo de desestimación del fundamento de derecho, se concretaría en una fórmula con ese adjetivo calificativo: ‘el motivo se desestima por ser normal la conducta del acusado’. Como señala Ricoeur (1995: 201), la inclusión del nexo *porque* nos sitúa la acción del agente «en el marco de su comportamiento habitual», esto es, de lo que se debe esperar.

En otros casos, la estimación del recurso de enajenación se apoya en una valoración cualitativa que conduce a la apreciación de la antijuricidad del hecho frente a otros motivos causales:

- (4) En consecuencia, la Audiencia ha infringido el art. 20.1.ª CP, pues se ha apoyado para evaluar las consecuencias normativas de la alteración mental del recurrente, evaluación requerida por la fórmula legal del art. 20.1.ª CP, en la opinión de peritos médicos que

⁸ La Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga al juez o tribunal la capacidad de admitir o inadmitir las pruebas en función de su pertinencia (LECrim, art. 785.1), así como las preguntas dirigidas a los testigos: «El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes» (LECrim, art. 709). El juez puede también proceder al sobreseimiento provisional si no encuentra «motivos suficientes» para acusar de un delito cometido (LECrim, art. 641.2).

no tuvieron en cuenta al opinar los límites de sus conocimientos científicos. De esta manera, se ha considerado que una alteración psíquica **grave y permanente** no era la causa de una conducta específica, cuando, en realidad, no se trataba de un problema causal, sino de la valoración jurídica de si el autor pudo comprender la antijuricidad de su acción y comportarse de acuerdo con dicha comprensión. (STS 1798/2001, de 13 de octubre; FD, 2.º)

En (4) se estima el motivo de eximente completa para un caso de agresión sexual por tratarse de una alteración calificada con el doblete⁹ *grave y permanente*, que impide al sujeto comprender la antijuricidad, pese a que según los peritos no haya causado directamente la conducta. Esos dos adjetivos, precisamente por ir coordinados, muestran su carácter calificativo y, en consecuencia, valorativo o subjetivo.

Ahora bien, otras veces la subsunción adjetival de la causa jurídica se concreta en un adjetivo relacional, tipificador, clasificador o categorizador, que precisamente no admite ni la coordinación ni la gradación, y que se comporta a todos los efectos de manera parecida al lexema de un compuesto¹⁰; se trata de un vocabulario más técnico, un tecnolecto, monosémico y especializado, que incrementa la intensidad semántica y disminuye la extensión. Puede construirse como adjetivo de estadio (GTG, 9, s. v. adjetivo de estadio)¹¹, y

⁹ La tendencia al doblete es general del lenguaje jurídico (Alcaraz, Hugues y Gómez, 2014: 29).

¹⁰ En Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial (2017: 92) se denominan complementos relacionales, que forman un grupo compacto no divisible con el sustantivo.

¹¹ Los adjetivos calificativos admiten gradación frente a los relacionales, siendo justamente la gradación un factor argumentativo de primer orden, además de la correlación de polaridad con un opuesto. En cambio, los relacionales no se anteponen al sustantivo, y se reconocen por los sufijos *-al/ar*, *-ario*, *-ano*, *-ico*, *-ero* o *-ista* (GTG, 12, s. v. adjetivo relacional; se cita el *Glosario de términos gramaticales* de la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española por las siglas GTG). Por otro lado, los adjetivos de estadio se combinan con el verbo *estar* y los adjetivos de individuo (GTG, 10, s. v. adjetivo de individuo) con el verbo *ser*, aunque un mismo adjetivo puede adoptar las dos formas: «es barato» / «está barato». Son determinativos los adjetivos del tipo *determinado*, *diferente*, *diverso*, *idéntico*, *mismo*, *numeroso*, *semejante* que se anteponen al nombre y que transmiten las nociones de cuantificación o referencia (GTG, 11, s. v. adjetivo determinativo). Abundan, además, en el lenguaje jurídico los adjetivos anafóricos (Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, 2017: 107) como *dicho*, *antedicho*, *aludido*, *mentonado*, etc. Véase Demonte (1999) para más precisiones con respecto a la gramática del adjetivo. De acuerdo con Hare (1963), hay que distinguir el

no necesariamente aparece explícito en el texto de la sentencia, sino que se podría derivar a partir de un término clave del texto citado:

- (5) De todo ello se deduce que, si el error de hecho que se denuncia en un recurso amparado en el art. 849.2 LECr no se demuestra mediante un **documento**, alguno de cuyos particulares evidencian la equivocación, sino que se intenta argumentar mediante una nueva valoración del conjunto de la prueba celebrada en la instancia, la impugnación está irremediabilmente condenada al fracaso. (STS 561/2002, de 1 de abril; FD, 2.º)

En (5) se rechaza el motivo por no estar documentado, esto es, la fórmula de subsunción podría incorporar aquí un adjetivo relacional con esa raíz: ‘el motivo se desestima por no tener base documental’. El vínculo semántico entre sustantivos y adjetivos es estrecho y así ha sido juzgado desde siempre por la gramática filosófica (por ejemplo, en Port-Royal se decía que «la signification distincte de *rouge* est la *rougeur*»; Arnauld y Lancelot, 1660: 32) y, sobre todo, a tenor de la permutabilidad gramatical de sustantivaciones y adjetivaciones.

Hemos de representarnos también la posibilidad de que el adjetivo relacional comparezca explícitamente junto a un sustantivo jurídico en una típica fórmula que subsuma la causa de estimación o desestimación del motivo. El empleo del adjetivo relacional (por ejemplo, *eventual*, *ilegal*, *insuperable*, *invencible*) otorga concreción a la taxonomía, que se ajusta a un tipo jurídico, aunque no siempre se apoya en una axiología propiamente relacional sino calificativa:

- (6) Si una persona crea, con su forma temeraria de conducir, un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas y lo crea con consciente desprecio para estos bienes jurídicos, debe entenderse que se representa y admite la posibilidad de su lesión, puesto que los pone en peligro precisamente porque no los aprecia, representación y consentimiento que obliga a atribuirle, al menos, el **dolo** que la doctrina y la jurisprudencia denominan **eventual**. (STS, 561/2002, de 1 de abril; FD, 3.º)
- (7) Respetando, como debe ser respetado, el relato fáctico, es claro que la acción descrita integra el tipo de detención **ilegal**, pues la con-

frástico del enunciado (el *dictum* en la tradición gramatical) y el néustico (el *modus*); así, el frástico de los juicios morales por ser prescriptivo entraña mayormente el empleo de imperativos.

ducta típica en este delito se concreta en los verbos «encerrar» y «detener», suponiendo el primero el mantenimiento en un espacio cerrado a una persona, privándole de su libertad ambulatoria, que es precisamente lo ocurrido en el presente caso. (STS 2067/2002, de 13 de diciembre; FD, 1.º)

- (8) En el caso actual cabe apreciar que concurren los dos requisitos exigibles para la aplicación de la eximente **incompleta** de miedo **insuperable**: la existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva [...] No cabe apreciar, sin embargo, la exención completa interesada por la parte recurrente, pues existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, dada la excesiva e injustificada prolongación de la detención. (STS 2067/2002, de 13 de diciembre; FD, 4.º y 5.º)

La desestimación del motivo se da en (6) por considerarse *dolo eventual* y no un mero accidente, pero la eventualidad se aprecia en base a lo consciente o peligroso de la conducta, que son adjetivos graduables. Sin embargo, en (7) se desestima la ocurrencia de la Defensa de presentar un caso de detención ilegal como una especie de medida de autoprotección de la acusada, porque lo *ilegal* trae causa de lo *cerrado* del espacio en que mantuvo a su cónyuge durante dos días, de ahí que la fórmula de subsunción ‘el motivo se desestima por ser ilegal la detención’, pese a contar con un adjetivo relacional que encarna un tipo penal, se apoya en realidad en la cualidad del encerramiento —más o menos esperable— al que sometió la acusada a su cónyuge. Por otra parte, el tribunal apreció la eximente *incompleta* de miedo *insuperable* en (8), expresada con dos adjetivos en sustancia calificativos, pero que definen sendos tipos penales y devienen así relacionales. Ahora bien, al leer la fundamentación de derecho se verá que se apoya en consideraciones cuantitativas sobre el grado de incapacidad para lo «insuperable» del miedo, o bien en la valoración *excesiva e injustificada* de la detención ilegal, nociones cualitativas que se basan en el empleo de adjetivos calificativos coordinados.

En un caso de tráfico de drogas (9) se desestimó, sin embargo, la eximente de miedo insuperable por no darse la enajenación *permanente y absoluta* que se presume en tal tipo, porque la acusada dispuso de diecinueve días para superar su miedo, aunque la otra acusada de detención ilegal no lo superase en dos.

- (9) El obligado respeto a la declaración de Hechos Probados que exige el cauce casacional, impide que, en virtud de lo antedicho, pueda aceptarse la concurrencia de la eximente que postula el recurrente, pues compartimos la argumentación del juzgador de instancia —basada en el relato histórico— de que la acusada no permaneció los 19 días transcurridos desde que fue invadida por el miedo del mal anunciado hasta que ejecutó el hecho delictivo en un estado psíquico de abolición permanente y absoluta de sus facultades cognitivas y/o volitivas que impusieran a aquélla un automatismo de su conducta exento de todo vestigio de autodeterminación que es lo que caracteriza esencialmente el miedo **insuperable**. (STS 673/1999 de 26 de abril; FD, 1.º)

Así pues, en este último ejemplo, la adjetivación del tipo es relacional (*insuperable*), esto es, ‘el motivo se desestima por no haberse dado miedo insuperable’, pero trae causa de una apreciación cualitativa sobre el grado de *abolición*, expresada con esos dos adjetivos calificativos coordinados: *permanente* y *absoluta*. El adjetivo relacional puede darse también como causa de estimación o desestimación del motivo de casación, aunque concurre a veces con un adjetivo calificativo antepuesto que tiene significado adverbial:

- (10) Siendo así que no cabe el recurso de casación por **simples** errores **materiales**, según repetida jurisprudencia que por su obviedad no es preciso citar, procede desestimar el motivo. (STS 735/2000, de 18 de abril; FD, 4.º)

En (10) hubiera sido más acertado decir «únicamente por errores materiales», empleando el adverbio de foco, ya que lo simple, ínfimo, complejo o intrincado del error no influye en la apreciación del motivo.

2. Tipologías penales

A continuación, analizaremos concretamente la alternancia de estos adjetivos en la subsunción de los fundamentos de derecho de algunos tipos penales. En un caso de homicidio (art. 138 y ss. CP) cometido por un policía, la Acusación Particular recurrió la eximente incompleta de legítima defensa putativa, impuesta por el fallo del tribunal sentenciador. La Sala estimó el motivo, indicando en la subsunción adjetival calificativa que la conducta del

agente fue *precipitada e innecesaria* (11), lo que descartaba el posible error vencible del acusado.

- (11) De tal modo no queda más que una **precipitada e innecesaria** conducta del agente policial que, no cubierta por una subjetiva creencia errónea de que era agredido impide la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa sobre una forma de actuar, con un arma de capacidades letales, disparada sobre zonas del cuerpo conocidamente importantes para la existencia, que inevitablemente hubo de representarse y comprender como ilícita y encaminada a causar la muerte de la persona contra quien disparó. (STS 1364/1999, de 5 de octubre; FD, 1.º)

Por otra parte, la embriaguez del acusado como eximente completa se desestima en un asesinato frustrado, ya que el tribunal niega, frente a los informes periciales, que hubiese sido *fortuito* (12); por tanto, en subsunción calificativa del fundamento de derecho: ‘la alegación se desestima por no haber sido fortuita la embriaguez’. Pero también se descarta la pretensión de la Defensa de retirar el tipo de alevosía, ya que la agresión se describe con los adjetivos calificativos expresos de *imprevisible* y *repentina* (13), de ahí la subsunción del fundamento: ‘el motivo se desestima por haber sido la agresión imprevisible’. Así las cosas, la Sala fundamenta su valoración de lo fortuito de la embriaguez, afirmando justamente lo contrario, que fue voluntaria o buscada intencionalmente, lo que se subsume en el tipo de *actio libera in causa* culposa (14); o sea, el acusado se emborrachó adrede para cometer el delito, lo que conduce a la desestimación de la eximente completa con la siguiente subsunción calificativa: ‘el motivo se desestima por haber sido de origen voluntario la embriaguez’.

- (12) Porque el juzgador no desconoce el contenido de los informes periciales, que respeta en cuanto a la plenitud de la embriaguez, sino que parte de un dato distinto: el negar el carácter de **fortuito** a la misma, lo que no es un tema médico, sino de calificación jurídica. (STS 7119/1995, de 25 de enero 1995; FD, 2.º)
- (13) La narración histórica de la sentencia, a la que por aplicación del citado art. 884.3 de la LECr hay ahora que atenerse necesariamente, expresa que el acusado vio a la víctima y «tras apostarse en la calle Cápita, que forma esquina con aquella otra calle, sin que Rosendo hubiera advertido la presencia del acusado, este de man-

era **repentina** y sin que aquel tuviera posibilidad de defenderse o huir»; y tal cuadro fáctico es paradigmático de la modalidad alevosa caracterizada por la sorpresa y por lo **imprevisible** de la agresión. (STS 7119/1995, de 25 de enero; FD, 3.º)

- (14) [...] pues si su origen (el de la embriaguez) es **voluntario** («actio libera in causa» culposa), la aplicable es, como correctamente hizo el tribunal de instancia, la eximente incompleta. (STS 7119/1995, de 25 de enero; FD, 3.º)

En un caso de tentativa de homicidio, la apreciación de la actuación dolosa en el uso indebido de armas de fuego por un guardia civil del Seprona causa la desestimación del motivo alegado por la Defensa, al señalarse con el adjetivo calificativo *ajeno* (15) a las normas el comportamiento del recurrente:

- (15) Es cierto que los agentes implicados en esta causa, en el momento de los hechos, realizaban una actuación preventiva de posibles delitos e infracciones, propia de su función policial. Incluso persistían en el desarrollo de esta en el momento de iniciarse la persecución de los ocupantes del vehículo; pero el carácter abiertamente anti-jurídico de la conducta que se produjo en ese contexto, connota a la correspondiente acción como delictiva y la hace rigurosamente incompatible con el orden jurídico. Por lo demás, el uso del arma de fuego, al no aparecer requerido por ninguna circunstancia, fue rigurosamente **ajeno** a las previsiones del art. 5 la Ley orgánica 2/1983 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad relativas al uso de las armas. (STS 33/2002, de 23 de enero; FD, 9.º)

Los motivos de eximentes incompletas de legítima defensa en el caso de actuaciones policiales que producen lesiones (art. 147 y ss. CP) se desestiman con el empleo de adjetivos calificativos coordinados como el doblete *precipitada e innecesaria* (16) por usarse un arma, esto es, la subsunción correspondería a ‘el motivo se desestima por tratarse de una actuación precipitada e innecesaria’. Sin embargo, en otros casos se estima la eximente con un adjetivo calificativo, porque se dice que se usó una forma *proporcionada*¹² (17) y que, sobre todo, no causa lesiones graves a las víctimas; por tanto, la subsunción

¹² El Código Penal establece el requisito de la «necesidad racional del medio empleado» para impedir o repeler la agresión ilegítima en la eximente de legítima defensa (CP, art. 20.4), lo que queda al arbitrio judicial.

del fundamento se formularía: ‘el motivo se estima por haberse empleado una forma proporcionada’.

- (16) De tal modo no queda más que una **precipitada e innecesaria** conducta del agente policial que, no cubierta por una subjetiva creencia errónea de que era agredido impide la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa sobre una forma de actuar, con un arma de capacidades letales, disparada sobre zonas del cuerpo conocidamente importantes para la existencia, que inevitablemente hubo de representarse y comprender como ilícita y encaminada a causar la muerte de la persona contra quien disparó. (STS 1364/1999, de 5 de octubre; FD, 1.º)
- (17) Sin embargo en el concreto momento de ocurrencia de los hechos el policía obró de forma **proporcionada** a la necesidad que comprendió tener de recuperar el documento que le había sido arrebatado, lo que pasaba por la precisión de detener la actuación de la mujer para lo que se valió tan solo de su propia fuerza sin utilizar armas ni otros medios de violencia y sin que aparezca como posible el empleo de acción eficaz de menor violencia, con lo que se comprueba la proporcionalidad y consecuente legitimidad de la reacción policial y, en definitiva, de la concurrencia en el caso de todos los extremos necesarios para la apreciación de la eximente y, ahora, la procedencia de acoger del motivo, lo que, a su vez da lugar a no proceder ya la consideración de los otros motivos del recurso, formulados solo para el caso de desestimación del inicial. (STS 1810/2002, de 5 de noviembre; FD, único)

En el siguiente caso de lesiones por arma de un policía a un individuo que se da a la fuga con su vehículo, la Defensa alega que el policía no actuó con dolo, pero la Sala desestima el recurso por entender la existencia de dolo *eventual* (18) en la actuación del policía, esto es, produjo los disparos a sabiendas de que podían causar algún daño. Por tanto, la subsunción es relacional en este caso: ‘el motivo se desestima por ser dolo eventual’. Por otro lado, la actuación del policía trae causa de la creencia de haber visto durante la persecución una escopeta de cañones recortados en posesión de uno de los individuos del vehículo al que perseguían, lo que lleva a la Defensa a presentar un recurso de legítima defensa putativa. La Sala lo desestima parcialmente, pues no había sustento probatorio (no había tal arma), pero aprecia error *vencible* (19) de prohibición —un tipo penal de atenuante—, pues el recurrente podía creer que su actuación estaba justificada, aunque no era *imposible* cerciorarse

de que no existía tal peligro. De modo que la subsunción adjetival de ese motivo se basa nuevamente en un adjetivo relacional: ‘el motivo se estima parcialmente por ser error vencible de prohibición’. Finalmente, la Defensa alega eximente completa de cumplimiento de deber, frente al fallo de eximente incompleta del tribunal sentenciador. La Sala ratifica el fallo, desestimando el motivo de la Defensa, porque entiende que la actuación fue *desproporcionada* (20); y así, la subsunción calificativa en el fundamento de derecho quedaría: ‘el motivo se desestima por ser desproporcionada¹³ la actuación’.

- (18) Lo expuesto nos permite llegar a la conclusión de que el recurrente actuó con dolo **eventual**, en cuanto pudo prever perfectamente el daño a la integridad corporal que se podía producir a alguno de los ocupantes del turismo, consecuencia del riesgo elevado que llevaba consigo la acción desplegada. (STS 17/2003, de 15 de enero; FD, 1.º)
- (19) Partiendo de que nos hallamos ante un error **vencible** de prohibición en que el sujeto activo yerra sobre los presupuestos fácticos que dan pie a la estimación de la legítima defensa, [...] Nosotros, hemos de limitarnos a calificar el error ante el que nos hallamos, que no puede ser otro que el vencible. No es posible afirmar dado el relato de hechos probados y los matices añadidos en la fundamentación jurídica, que atendidas las circunstancias fuera de todo punto **imposible** discernir la existencia o inexistencia de la escopeta que el acusado creyó ver. Una mayor diligencia, una menor precipitación en el desenlace, hubiera permitido poner en duda la existencia de esa hipotética arma, primero, y quizás más tarde comprobar la irrealidad de algo, que fue simple apariencia. (STS 17/2003, de 15 de enero; FD, 3.º)
- (20) Ahora bien, la obligación de detenerlos no nos conduce a que el único medio posible y práctico de llevarla a cabo fuera hiriendo gravemente a uno de ellos, poniendo en peligro su vida. En nuestro caso concurrieron los tres primeros requisitos enunciados en la doctrina jurisprudencial, pero no los últimos, en que es indudable que existió una actuación **desproporcionada** del recurrente. (STS 17/2003, de 15 de enero; FD, 4.º)

¹³ La aplicación del principio de proporcionalidad afecta incluso al caso de los agentes encubiertos en la delincuencia organizada: «El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito» (LECrim, art. 282.5bis)

Ahora bien, en otros casos de lesiones también se pueden emplear adjetivos relacionales como *superficial* (21), que define un tipo de lesión en referencia a las heridas producidas por arma blanca, lo cual impide la consideración de *animus necandi* y provoca la desestimación del motivo. En una riña en una discoteca de Huelva, el Ministerio Fiscal recurrió el fallo del tribunal sentenciador, alegando que los hechos encajaban en el tipo de delito y no falta de lesiones, al haberse tenido que practicar una intervención quirúrgica. La Sala estimó el motivo basándose precisamente en la presencia de ese adjetivo relacional, *quirúrgicos* (22), que sustentaba el delito de lesiones, esto es, la subsunción atendería a ‘el motivo se estima por haberse debido practicar un tratamiento quirúrgico’. Del mismo modo, la Sala estima un recurso sobre proposición para cometer delito de lesiones graves por un individuo que pagó a un delincuente para dar un escarmiento a dos personas que trabajaban en otra empresa, una de ellas un antiguo empleado, pero esta vez valorando la intención del acusado con el adjetivo calificativo *firme* (23):

- (21) En la fundamentación jurídica de la sentencia se razona expresamente acerca de los datos que se tienen en cuenta para no afirmar la existencia del cuestionado ánimo de matar. En primer lugar, las características de las lesiones, pues se trata de lesiones lineales, superficiales, en pared torácica dorsal izquierda y hombro, que no precisaron de sutura y que curaron con la primera asistencia sin precisar tratamiento médico o quirúrgico. De estas lesiones no es posible deducir la existencia de ánimo de matar. No han sido causadas en zonas vitales, ni el ataque se ejecuta de forma que el arma pudiera penetrar en el cuerpo, ni tampoco con la intensidad suficiente como para penetrar en las cavidades corporales, limitándose a un alcance **superficial**. (STS 921/2003, de 12 de febrero; FD, 1.º)
- (22) Es claro que tiene razón el Ministerio Fiscal: unas lesiones que necesitan catorce puntos de sutura, como literalmente nos dicen los hechos probados de la sentencia recurrida, rebasan notoriamente el ámbito de la falta y han de sancionarse como delito [...] estos tratamientos **quirúrgicos**, aun en los casos de cirugía menor, siempre necesitan unos cuidados posteriores, —aunque de hecho no los preste una persona titulada—, que han de tener una prolongación en el tiempo, lo que excluye la posibilidad de aplicar la norma correspondiente a la falta. (STS 1100/2003, de 21 de julio; FD, único)
- (23) Tanto en la proposición como en la provocación la resolución del sujeto de cometer el hecho es **firme** (decida o no intervenir); esto

es, la resolución manifestada es tan firme lo ejecute junto con los demás o se quede él al margen, después de haber propuesto o inducido a otros a su comisión. (STS 1994/2002, de 29 de noviembre; FD, 2.º)

En otro delito de lesiones dentro de prácticas sadomasoquistas, el recurrente, conductor zaragozano, alega inconcurrencia de dolo *eventual*. El motivo se estima por haberse dado el consentimiento *no viciado* y de forma *voluntaria* (24) de la víctima, teniendo la subsunción calificativa la forma ‘el motivo se estima por consentimiento no viciado y voluntario’. Sin embargo, la pretensión de la Defensa de que no llegaron a emplearse medios lesivos queda desestimada por la Sala, en virtud de la subsunción adjetival calificativa de los métodos *peligrosos* (25) empleados para la salud de la víctima, y de sus secuelas físicas y psíquicas.

(24) Dicho consentimiento tiene, pues, relevancia en la esfera del injusto penal, concediéndole la Ley una rebaja penológica, sin perjuicio de su aplicación siempre cautelosa por el intérprete penal, máxime en supuestos como el enjuiciado, enmarcado en relaciones sexuales con indudables componentes sádicos, aun contando con tal consentimiento (sin embargo, **no viciado**, según resulta del relato histórico sometido a nuestra consideración casacional). La aplicación del contenido de dicho precepto (art. 155 CP) supone la estimación de este apartado del motivo, dictándose a continuación segunda sentencia por esta Sala [...] La agredida era mayor de edad, sin que conste afectación alguna de su capacidad jurídica, y consintió tales prácticas de forma **voluntaria** y libre, accediendo a dichas prácticas sexuales sadomasoquistas, que conforman la utilización de métodos violentos o muy intensos que han producido las lesiones que anteriormente hemos dejado transcritas. (STS 1049/2002, de 5 de junio; FD, 2.º)

(25) Tales métodos (quemaduras, latigazos, esposamientos, sujeciones manuales intensas, agresiones, etc.) integran sin esfuerzo alguno el subtipo agravado que se describe en el número primero del art. 148 del Código Penal, que se correlaciona con formas o métodos concretamente **peligrosos** para la salud, física o psíquica, del lesionado. En el caso, las lesiones tardaron en curar 311 días, con 30 días de incapacidad laboral, y produjeron como secuela «estrés postraumático que precisó tratamiento psicológico y psicoterapéutico», conformando tal riesgo tanto para su salud física

como psíquica, por lo que el motivo, en este apartado, se desestima. (STS 1049/2002, de 5 de junio; FD, 3.º)

El delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 y ss. CP) por parte de un periodista canario se aborda en la siguiente sentencia de casación ante recurso del Ministerio Fiscal, cuyo motivo se estima por haberse obtenido ilícitamente, esto es, sin autorización, datos reservados sobre la enfermedad de sida de dos presos que trabajaban en la cocina de la cárcel de Las Palmas, que se difundieron en el periódico. El tribunal admite el motivo en la subsunción calificativa por juzgarse innecesaria o que *no los necesita* (26) la publicación de esos datos personales en la noticia:

- (26) Esta dificultad de desvincular la difusión lícita de una noticia del acceso ilícito a ciertos datos que son presupuesto de aquélla, que se da inevitablemente a veces en la actuación del profesional de la información, puede llevar a cuestionar la tipicidad de la conducta si, una vez conocidos los datos reservados que son imprescindibles para la confección de una noticia veraz, el profesional se abstiene de publicarlos en tanto no lo son para la presentación de la noticia. Pero en modo alguno la actuación dejará de ser típica, ni podrá estar amparada por una eximente completa de ejercicio legítimo de un derecho, cuando tras acceder **ilícitamente** a los datos, se procede a su publicación en el contexto de una noticia que **no los necesita**. (STS 234/1999, de 18 de febrero; FD, único)

En casos de robo con intimidación (art. 237 y ss. CP), el tribunal distingue la tentativa punible del desistimiento voluntario mediante la aplicación discrecional del sintagma adjetival con núcleo calificativo *útil para el propósito criminal* (27), que se contempla exclusivamente en la primera posibilidad; por ejemplo, la conducta delictiva de un sujeto que trata de asaltar un restaurante con un cuchillo, y que sale huyendo cuando observa que el propietario se acerca a un mostrador donde había cuchillos, e interpreta que podía tratar de defenderse. En ese supuesto la subsunción del fundamento de derecho podría adquirir la forma: ‘el motivo de desistimiento voluntario se desestima por tratarse de una conducta útil para el acusado’. En un caso de robo con fuerza, por el contrario, el tribunal estima el motivo de desistimiento voluntario (art. 16.2 CP) frente al de tentativa de la sentencia en casación, por no haber sido forzado o impuesto por las circunstancias, esto es, por ser *voluntario* (28); a este adjetivo calificativo se añade una serie enumerativa

de otros calificativos, que refuerza lógicamente la naturaleza valorativa de la argumentación, con lo que la subsunción del fundamento podría adoptar la fórmula: ‘el motivo se estima por ser voluntario el desistimiento’:

- (27) De ahí que se haya dicho que el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad —sea cual fuere su origen— de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta **útil** según las normas del comportamiento criminal [...] Es obvio que la referencia al desistimiento no tiene en el relato histórico base alguna, sino que por el contrario, pertenecen a la órbita de la tentativa punible, pues el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstuvo de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no podía aceptarlas. (STS 735/2000, de 18 de abril; FD, 2.º)
- (28) El *factum*, narra la interrupción del *iter* delictivo, iniciado por el recurrente en los siguientes términos «...sin embargo, temeroso de que el personal de la empresa pudiera haber advertido su presencia, abandonó el lugar...». Estima la Sala que la decisión adoptada por el recurrente, en los términos descritos, responde a una decisión, que abstracción hecha de la motivación última, descansa en un **voluntario**, libre, expreso y definitivo apartamiento del quehacer delictivo, ajeno a cualquier circunstancia externa, ya que lo decisivo fue el riesgo de que pudiera haber sido visto, lo que exterioriza un juicio de probabilidad, no de certeza, porque no se afirma que fue visto, y en tal situación, hay que estimar eficaz el desistimiento en la medida que fue decisión exclusiva del recurrente sin interferencia externa, importando poco, dadas las razones de política criminal que justifican la impunidad del desistimiento en la tentativa, que el móvil fuese por miedo, miedo subjetivo, pues lo relevante es que no consta que hubiese sido descubierto, y ello se robustece con la lectura de la fundamentación jurídica donde se afirma que el recurrente se dirigió a una zona del edificio vacía de personal. (STS 1043/1999, de 25 de junio; FD, 1.º)

Sin embargo, en un caso de robo con fuerza en las cosas con eximente incompleta de drogadicción, el tribunal desestima el motivo presentado por el Ministerio Fiscal de concurso de delitos con allanamiento, apoyándose en el adjetivo relacional *depredatorio* (29), que define un tipo de propósito del delincuente, para juzgar la intención del acusado; así pues, la subsunción adjetival relacional del fundamento tendría la forma: ‘el motivo se desestima

por el propósito depredatorio del acusado'. En otro caso de robo, la Defensa basa su recurso en el art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba. En efecto, la prueba inculpativa es un indicio dactiloscópico, que el tribunal considera insuficiente, por lo que estima el motivo con la subsunción calificativa del doblete *único y exclusivo* (30) referida al valor probatorio.

- (29) En primer lugar, y en cuanto a la tesis del concurso del delito de robo con fuerza en las cosas y el delito de allanamiento que defiende el recurrente, porque tras la entrada en vigor del Nuevo Código Penal ha quedado consolidada una pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial según la cual, el que con intención de apoderarse de lo ajeno penetra en un establecimiento o local abierto al público —tanto en horas de apertura como de cierre— y actúa impulsado únicamente por un ánimo de lucro, sin otras connotaciones que no están específica y suficientemente acreditadas, solamente debe responder penalmente de la infracción contra la propiedad, toda vez que la presencia del propósito **depredatorio** absorbe y excluye el ánimo de allanar el local fuera de las horas de apertura que contempla como tipo penal autónomo el art. 203.1 CP. (STS 1453/2000, de 20 de septiembre; FD, 2.º)
- (30) En el caso presente el acusado ha negado de manera reiterada y terminante su participación en los hechos, disponiéndose únicamente como elemento probatorio de la pericia dactiloscópica, en la que se afirma que aparecen unas impresiones dactilares en un trozo de chapa de aluminio que fue cortado y roto por el autor de los hechos [...] Esta afirmación es cierta, pero no resultan terminantes las conclusiones establecidas, ya que precisamente por la forma en que se encontró el fragmento de aluminio, se pudo dar la circunstancia de que habiendo aparecido en el suelo de la puerta del establecimiento, el acusado, sin haber intervenido en los hechos, pasase por el lugar y recogiendo de la acera, lo tirase en el interior de la obra. Esta hipótesis no es desdeñable y solo podría ceder ante la existencia de otros elementos probatorios circunstanciales o complementarios que reforzasen la convicción inculpativa. Al no aparecer estos, la incertidumbre o la duda que despierta la existencia de esta posibilidad, nos lleva a descartar el valor probatorio **único y exclusivo** de la pericia dactiloscópica. (STS 1367/1999, de 5 de octubre; FD, único)

Los delitos de tráfico de drogas (art. 368 y ss. CP) presentan al igual que los anteriores una casuística interesante; por ejemplo, en un caso se estima el motivo de tentativa en lugar de delito consumado, estableciendo con un

adjetivo calificativo *ajena* (31) que la acusada no era consciente totalmente del plan en el que participaba. No obstante, el adjetivo calificativo puede estar implícito o derivarse de un sustantivo explícito de la sentencia; por ejemplo, en un caso de eximente incompleta por drogadicción el tribunal la estima por valorar disminuidas (32) las facultades del acusado, lo que no deja de estar sometido a una gradación doxológica más bien subjetiva:

- (31) Pues bien, en el caso actual, nos encontramos con un supuesto típico de tentativa, pues la acusada era **ajena** al plan rector de la operación y tampoco había proporcionado su nombre y dirección para figurar como destinataria, sino que se prestó de modo puramente accesorio a hacerse cargo del envío para hacérselo llegar al destinatario final. Algo que únicamente pudo intentar, sin posibilidades reales de éxito, dada la inmediata detención por los agentes policiales ya aprestados para ello, que impidieron que llegara a tener en momento alguno disponibilidad efectiva sobre la droga. Procede, en consecuencia, estimar el recurso en este punto, sancionando el hecho como tentativa. (STS 2354/2001, de 12 de diciembre; FD, 3.º)
- (32) Y, por último, diremos que para la aplicación de la semiximente basta con que los resortes mentales del sujeto estén tan profundamente afectados por el consumo prolongado de sustancias tóxicas que sus capacidades de entendimiento y voluntad se encuentren seriamente afectadas, en razón de la toxifrenia padecida por el acusado, al punto de mermar sus facultades mentales, con notable incidencia en el sistema psicológico. En el caso sometido a nuestra consideración casacional, ha quedado probado que el acusado presentaba una **disminución** muy importante de sus capacidades volitivas, lo que es suficiente para estimar concurrente la invocada eximente incompleta por drogadicción, como así lo ha entendido también el Ministerio fiscal, al apoyar este motivo en sede casacional. (STS 4549/2002, de 20 de junio; FD, 6.º)

El siguiente caso de malversación de caudales públicos (art. 432 y ss. CP), en el que la subvención que recibe una empresa del carbón por quiebra se la apropian los acusados, se desestima el motivo de la Defensa de infracción procesal con la negación del calificativo *preceptiva* o el implícito modal de *necesaria* (33), esto es, ‘el motivo se desestima por no ser preceptiva ni necesaria la suspensión’. La Sala desestima también el motivo alegado por la Defensa de errores o contradicciones materiales en los hechos probados, calificándolos como *irrelevantes* (34), y anula la pretensión de la Defensa de excluir

el ánimo de lucro al entender la malversación como una compensación por las deudas de la empresa con el acusado; se puede sobrentender que los adjetivos calificativos están implícitos en las ideas de lucro y beneficio (35) mencionadas por la Sala. Así pues, la subsunción de este fundamento nos depararía el siguiente enunciado: ‘el motivo se desestima por ser lucrativa o beneficiosa la apropiación’. Sin embargo, el tribunal apreció el recurso de la Defensa sobre rebajar la mayor pena impuesta al recurrente (cinco años de prisión) frente a la del funcionario depositario (cuatro años de prisión), siendo este en realidad el sujeto activo del delito de malversación; y así, se emplea un calificativo, *especial*, que adopta la consideración de adjetivo relacional cuando se aplica a *deber* (36), siendo la subsunción adjetival relacional: ‘se estima el motivo como atenuante en un deber especial del funcionario’.

- (33) El motivo no puede ser estimado pues, en primer lugar, no concurren los requisitos de dicho precepto ya que la modificación de conclusiones no cambió la calificación legal de los hechos ni apreció un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, que son los supuestos prevenidos en dicha norma. En segundo lugar, la suspensión no es **preceptiva**, sino facultativa del Tribunal en función de las circunstancias concurrentes y la naturaleza de la modificación, y en el caso actual no cabe apreciar su necesidad. (STS 1078/2002, de 11 de junio; FD, 1.º)
- (34) En algunos casos los errores denunciados son **irrelevantes** para el fallo, pues no pueden afectarlo, como sucede con las fechas en que se constituyó Redaco o se entregó la subvención (apartados A y B), el carácter mancomunado de las cuentas (apartado C), o la cuantía de la participación social del recurrente (apartado I) [...] Ninguno de los supuestos incluidos por el recurrente en este motivo permite apreciar que la documentación aportada acredite por sí misma un error fáctico determinante para la subsunción. (STS 1078/2002, de 11 de junio; FD, 3.º)
- (35) El noveno motivo niega el ánimo de lucro alegando que el recurrente únicamente pretendía resarcirse de determinadas deudas que la sociedad en quiebra había contraído con el mismo. El motivo tampoco puede admitirse pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que el ánimo de **lucro** exigido por este precepto incluye el ánimo de obtener cualquier **beneficio**, lo que abarca, obviamente, el deseo de beneficiarse cobrando supuestas deudas al margen de los mecanismos legales establecidos en la regulación de la quiebra. (STS 1078/2002, de 11 de junio; FD, 5.º)

- (36) Procede imponer, en consecuencia, al recurrente una pena inferior a la del depositario, que ha infringido su deber **especial** de custodia de los caudales puestos a su cargo. Ha de señalarse, además, que la responsabilidad del depositario es doble pues no solo consintió que el recurrente se apropiase de caudales sujetos a su custodia, con ánimo de beneficiarse a través de las compensaciones por este prometidas (participación en la sociedad Redaco), conducta que por sí misma ya constituye el delito de malversación impropia objeto de sanción, sino que también dispuso directamente para sí de sumas muy relevantes, y sin la excusa de resarcirse de deuda alguna. (STS 1078/2002, de 11 de junio; FD, 6.º)

En relación con unos famosos incidentes racistas ocurridos en Mancha Real (Jaén), subsumibles en el tipo de desórdenes públicos (art. 557 y ss. CP), la Sala desestimó el motivo alegado por el Ministerio Fiscal para retirar la actuación dolosa o *con dolo* (37) del alcalde —lo cual encajaría claramente en un tipo penal—, apoyándose en la valoración axiológica de que la actuación del sujeto fue *peligrosa*; así pues, la subsunción adjetival calificativa del fundamento de derecho conduciría a: ‘el motivo se desestima por conducta peligrosa del acusado’. Además, fue desestimado el motivo que alega la Defensa sobre que los procesados no compelieron los incidentes, estando demostrada su participación en manifestaciones de tipo *antirracial* (38), esto es, el empleo de un adjetivo relacional que da pie a la siguiente subsunción adjetival del fundamento de derecho: ‘el motivo se desestima por conducta antirracial’. La Defensa alegó también error de apreciación en la hora de envío del fax al Gobernador Civil sobre la realización de la manifestación que derivó en incidentes racistas, pero el tribunal lo desestima por *irrelevante* (39), lo que constituye otro adjetivo valorativo para la fórmula de subsunción: ‘el motivo se desestima por ser irrelevante’. Se estimó, en cambio, el recurso presentado por el Ministerio Fiscal sobre la autoría mediata del alcalde y responsabilidad civil por el delito de daños ocasionados en las viviendas, ya que la Sala deduce que actúa con *permisividad* (40), cualidad de permisivo por exceso de tolerancia, lo que constituye otro adjetivo calificativo que monopoliza el fundamento de derecho: ‘el motivo se estima por la actuación permisiva del alcalde’.

- (37) Esta Sala viene considerando (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 entre otras) que el autor que prevé un peligro concreto de lesión de un bien jurídico y, no obstante ello, ejecuta la acción **peligrosa**, obra con **dolo**. En el caso presente el

alcalde, que con conocimiento de la crispación de la muchedumbre profiere una arenga incendiaria, en la que señala, inclusive con su nombre, a personas que se debía expulsar de Mancha Real e incita a continuar con manifestaciones que pasarán por «esas casas donde sabemos existen personas no gratas», no ha ignorado el peligro real que su actuación representa para los bienes que finalmente resultaron lesionados. (STS 2021/1994, de 2 de julio; FD, 2.º)

- (38) Es evidente, por lo tanto, que los hechos que se imputan a los recurrentes demostraban en la vía pública una exaltación **antirracial** que —teniendo en cuenta las agresiones comenzadas el día anterior— nada tiene que ver con el simple «pedir» al que se refiere la Defensa y, por el contrario, configuran la creación de un clima opresivo y amenazante que es característico de la acción de compeleler. (STS 2021/1994, de 2 de julio; FD, 4.º)
- (39) La cuestión de la hora de envío del fax e inclusive la existencia del mismo es totalmente **irrelevante** para poner en duda la subsunción de los hechos practicada por la audiencia. (STS 2021/1994, de 2 de julio; FD, 7.º)
- (40) En este caso ello es consecuencia de que el alcalde, con el apoyo de su autoridad a la actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre, contribuyó de una manera decisiva a crear un clima de **permisividad** de la venganza entre los manifestantes, lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos. (STS 2021/1994, de 2 de julio; FD, 8.º)

3. Conclusiones

Hemos presentado varias ideas en este artículo que ahora interesa reunir sintéticamente. En primer lugar, planteamos un método de subsunción adjetival que permite reducir los fundamentos de derecho de las sentencias de casación a una fórmula que incorpora un adjetivo, sea calificativo o relacional, dentro de un complemento causal, y que se cita en el texto de la sentencia. Como se ha visto, los adjetivos calificativos se coordinan incrementando la subjetividad y gradualidad del argumento jurídico, frente a la objetividad propiciada por los adjetivos relacionales, que encarnan tipos penales definidos y que forman una unidad no iterable con el sustantivo al que acompañan. Se ha observado, con todo, que no existe directa relación entre el empleo de más adjetivos de una clase que otra con respecto a los tipos penales concretos, aunque este extremo merecería un análisis estadístico más preciso.

Así pues, la subsunción puede realizarse sobre la base de adjetivos relacionales que encarnan un tipo penal, o que se guían por un criterio penológico con base objetiva y taxonómica como error vencible, dolo eventual, deber especial, etc.; o bien, sobre una valoración derivada del empleo de adjetivos calificativos graduales. Los motivos se estiman o desestiman en función de lo proporcionado o desproporcionado de la conducta, valoraciones fundadas sobre la voluntad o decisión del sujeto de cometer el delito, apreciación sobre el riesgo o el peligro de una conducta, la consciencia o inconsciencia del sujeto al cometer el delito, argumentos de grado (facultades disminuidas, etc.), o, finalmente, por juzgar irrelevantes algunas alegaciones. De modo que para estimar o desestimar los motivos de la Defensa o del Ministerio Fiscal la Sala se emplea en consideraciones argumentativas o retóricas, que no poseen la fuerza sustantiva de los tipos relacionales. Ese margen estrecho de discrecionalidad o ponderación está, como hemos visto, amparado por la codificación —como las atenuantes y las agravantes sometidas al arbitrio judicial y otras propiedades graduales—, lo que supone de entrada una concepción ponderativista, pero no arbitraria, del derecho penal. Alexy (2007) lo pretendió sistematizar en su conocida «fórmula del peso» mediante una escala de leve a intenso para la optimización de los principios; en cambio, Ferrajoli (2011: 51), desde presupuestos positivistas, se ha referido al grado de taxatividad y de determinación del lenguaje legal. Por tanto, la definición de las modalidades penales tipificadas mediante unidades y pruebas de carácter más objetivo y universal constituye, a nuestro juicio, una tarea aún pendiente de la dogmática penal.

Bibliografía

- Aarnio, Aulis (2016).** *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Enrique Garzón Valdés, Lima, Palestra.
- Alcaraz Varó, Enrique; Hughes, Brian. y Gómez, Adelina (2014).** *El español jurídico*, Barcelona, Ariel.
- Alexy, Robert (2007).** *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra.
- Arnauld, Antoine, y Lancelot, Claude (1660).** *Grammaire générale et raisonnée*, París, Pierre le Petit.
- Aron, Raymond (1984).** *Introducción a la filosofía de la historia: ensayo sobre los límites de la objetividad histórica completado con textos recientes*, trad. de Alfredo Llanos y Olga M. Menga, Buenos Aires, Siglo Veinte, 2 vols.
- Atienza, Manuel (2013).** *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- Carofiglio, Gianrico (2010).** *El arte de la duda*, trad. de Luisa Juanatey, Madrid, Marcial Pons.
- Chiassoni, Pierluigi (2011).** «Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre *Grundphilosophie*», en Jordi Ferrer y Giovanni B. Ratti (ed.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, pp. 147-186.
- Cruz Rodríguez, Manuel (2008).** *Filosofía de la historia*, Madrid, Alianza.
- Cuerda Arnau, María Luisa (2004).** *Derecho penal. Parte general (casos prácticos)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Danto, Arthur Coleman (1968).** *Analytical philosophy of history*, Cambridge, Cambridge University Press.
- De Juan Ballester, Carmen, y Fernández, José Antonio (2010).** *Temas de derecho: manual para la preparación del español en el ámbito jurídico*, Madrid, Edinumen.
- Demonte, Violeta (1999).** «El adjetivo: clases y usos. La posición del adjetivo en el sintagma nominal», en Ignacio Bosque y Violeta Demonte (dir.), *Gramática descriptiva de la lengua española*, Madrid, Espasa, vol. 1, pp. 129-215.
- Dray, William H. (1965).** *Filosofía de la historia*, trad. Molly K. Brown y Raúl Cordeiro Amador, México, UTEHA.
- Dworkin, Ronald (2022).** *El imperio del derecho*, trad. de Juan Iosa y Pablo A. Rapezzi, Barcelona, Gedisa.
- Ferrajoli, Luigi (2011).** «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo

- garantista», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, pp. 15-53, <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>.
- Gadamer, Hans Georg (1977).** *Verdad y método*, trad. de Ana Agut y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 2 vols.
- Gallie, Walter Bryce (2015).** *Filósofos de la paz y de la guerra. Kant, Clausewitz, Marx, Engels y Tolstoi*, trad. de Jorge Ferreiro Santana, México, Fondo de Cultura Económica.
- Gardiner, Patrick (1959).** *Theories of History*, Nueva York, Free Press.
- Gascón Abellán, Marina (2014).** «Particularidades de la interpretación constitucional», en Marina Gascón Abellán (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 285-316.
- Geertz, Clifford (1973)-** *The interpretation of cultures: selected essays*, Nueva York, Basic Books.
- Gómez Rivero, María del Carmen; y Mendoza Calderón, Silvia (2010).** *Casos prácticos de derecho penal. Parte general (adaptado al EEES)*, Madrid, Tecnos.
- Gutiérrez Álvarez, Javier María (2012).** «El español jurídico. Discursos profesional y académico», en Andreu van Hooft (ed.), *Actas del IV Congreso Internacional del español para fines específicos*, Madrid, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, pp. 150-166.
- Habermas, Jürgen (1999a).** *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus.
- (1999b). *Teoría de la acción comunicativa. II. Crítica de la razón funcionalista*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus.
- Hare, Richard M. (1963).** *Freedom and reason*, Oxford, Oxford University Press.
- Hart, Herbert L. A. (1980).** *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional.
- Hegel, Georg W. F. (2004).** *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. de José Gaos, Madrid, Alianza.
- (1999). *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. de Juan Luis Vermal, Barcelona, Edhasa.
- Henríquez Salido, Maria do Carmo (2007).** «Los adjetivos calificativos en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo», *Revista de Investigación Lingüística*, 10, pp. 101-119.
- Hernando Cuadrado, Luis Alberto (2003).** *El lenguaje jurídico*, Madrid, Verbum.
- Holmes, Oliver W. (1963):** *The common law*, ed. de Mark DeWolfe Howe, Cambridge, Harvard University Press.
- Ihering, Rudolph von (2015).** *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Rianza, Madrid, Reus.
- Ingarden, Roman (1998).** *La obra de arte literaria*, trad. de Gerald Nyenhuis H., México, Universidad Iberoamericana/Taurus.
- Iser, Wolfgang (2022).** *El acto de leer. Teoría del efecto estético*, trad. de J. A. Gimbernat y Manuel Barbeito, Madrid, Taurus.
- Kelsen, Hans (1982).** *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kerbrat-Orecchioni, Catherine (1997).** *La enunciación: de la subjetividad en el lenguaje*, trad. de Gladys Anfora y Emma Gregores, Buenos Aires, Edicial.
- MacCormick, Neil (1978).** *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press.
- Mandelbaum, Maurice (1977).** *The anatomy of*

- historical knowledge*, Baltimore, Johns Hopkins Press.
- Montolío, Estrella (2011).** *Estudio de campo: Lenguaje escrito. Comisión para la modernización del lenguaje jurídico*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- (2012a). «La modernización del discurso jurídico español impulsada por el Ministerio de Justicia. Presentación y principales aportaciones del informe sobre el lenguaje escrito», *Revista de Lengua i Dret*, 57, pp. 95-121.
- (ed.) (2012b). *Hacia la modernización del discurso jurídico*, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- Muñoz Conde, Francisco (2002).** *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Nino, Carlos S. (1994).** *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- Nussbaum, Martha C. (1997).** *Justicia poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. de Carlos Gardini, Barcelona, Andrés Bello.
- Perelman, Chaïm/Olbrechts-Tyteca, Lucie (2015).** *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos.
- Rawls, John (2006).** *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2017).** *Libro de estilo de la Justicia*, dir. de Santiago Muñoz Machado, Barcelona, Espasa.
- (2019). *Glosario de términos gramaticales*, dir. de Ignacio Bosque, Salamanca, Universidad de Salamanca.
- Relinque, Mariana (2017).** «El proceso de modernización del lenguaje jurídico en el Reino Unido, los Estados Unidos y España, y su reflejo en el lenguaje utilizado por los jueces», *FITISPos International Journal*, 4, pp. 85-101, <https://doi.org/10.37536/FITISPos-IJ.2017.4.0.126>.
- Ricoeur, Paul (1995).** *Tiempo y narración. 1. Configuración del tiempo en el relato histórico*, trad. de Agustín Neira, Madrid, Siglo XXI.
- Rocci, Andrea (2017).** *Modality in argumentation*, Dordrecht, Springer.
- Rodríguez Espiñeira, María José (2010).** «Modalidad, gramática y discurso: posible, probable y sus antónimos», en *Adjetivos en discurso. Emociones, certezas, posibilidades y evidencias*, ed. María José Rodríguez Espiñeira, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago, pp. 181-248.
- Sanjuán López, Felisa. y Bustinduy Amador, Ana (2006).** *Español jurídico: manual de español profesional*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá de Henares.
- Taranilla, Raquel (2011).** «La configuración narrativa en el proceso penal. Un análisis discursivo basado en corpus», tesis doctoral dirigida por Estrella Montolío Durán, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- Taranilla, Raquel (2012).** *La justicia narrante. Un estudio sobre el discurso de los hechos en el proceso penal*, Cizur (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi.
- Taruffo, Michele (2008).** *La prueba*, trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons.
- Toulmin, Stephen E. (2003).** *The uses of argument*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Van Dijk, Theun (1980).** *Estructuras y funciones del discurso*, trad. de Myra Gann y Martí Mur, Madrid, Siglo XXI.
- Van Eemeren, Frans H., y Grootendorst, Rob**

- (2004). *A systematic theory of argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Vaz Ferreira, Carlos (1962). *Lógica viva*, Buenos Aires, Losada.
- Vega Reñón, Luis, y Olmos Gómez, Paula (2016). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta.
- Veyne, Paul (1984). *Cómo se escribe la historia. Foucault revoluciona la historia*, trad. de Joaquina Aguilar, Madrid, Alianza.
- Vilches, Fernando, y Sarmiento, Ramón (2016). *Lenguaje jurídico-administrativo. Una lengua de especialidad*, Madrid, Dykinson.
- Von Wright, Georg Henrik (1987). *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Madrid, Alianza.
- Weber, Max (2013). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. Jorge Navarro Pérez, Tres Cantos, Akal.
- White, Hayden (1987). *The content of the form: Narrative discourse and historical representation*, Baltimore, The Johns Hopkins Press.