



universidad
de león



Facultad de Derecho

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2019/2020

TRATAMIENTO PENAL DE LA
VENGANZA
CRIMINAL TREATMENT OF THE
REVENGE

GRADO EN DERECHO

AUTORA: DÑA. ROCÍO ARIAS FERNÁNDEZ

TUTORA: DÑA. MARÍA A. TRAPERO BARREALES

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
OBJETO DEL TRABAJO	5
METODOLOGÍA	6
I. INTRODUCCIÓN	7
II. CONCEPTO DE VENGANZA	9
1. <i>VENGANZA Y CASTIGO</i>	11
2. <i>VENGANZA COMO EMOCIÓN O SENTIMIENTO</i>	13
III. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA	16
IV. NOCIONES GENERALES SOBRE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO CON RELEVANCIA PARA EL TRATAMIENTO DE LA VENGANZA	20
1. <i>ANTI JURIDICIDAD-JUSTIFICACIÓN Y CULPABILIDAD-EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD</i>	21
2. <i>CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL</i>	23
3. <i>CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL</i>	24
3.1. <i>Atenuantes</i>	25
3.2. <i>Agravantes</i>	27
V. TRATAMIENTO PENAL DE LA VENGANZA Y CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES	28
1. <i>LEGÍTIMA DEFENSA Y VENGANZA</i>	28
2. <i>TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO Y VENGANZA</i>	34
3. <i>MIEDO INSUPERABLE Y VENGANZA</i>	38
VI. TRATAMIENTO PENAL DE LA VENGANZA Y LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	41
1. <i>ARREBATO U OBCECACIÓN</i>	42
2. <i>LAS ATENUANTES POR ANALOGÍA</i>	48
3. <i>AGRAVANTES</i>	56
VII. PROPUESTA DE APLICACIÓN PENAL DE LA VENGANZA	59
CONCLUSIONES	62
BIBLIOGRAFÍA	64

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año)
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho (citado por año)
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
art./s.	artículo/s
Coord(s).	Coordinador(es)/a(s)
CP	Código Penal
DP	Derecho penal
Dir(s).	Director(es)/a(s)
LECrim	Ley Enjuiciamiento criminal
nm	número marginal
OJ	Ordenamiento Jurídico
P. ej.	Por ejemplo
PG	Parte general
RAE	Real Academia Española
REME	Revista Electrónica de Motivación y Emoción (citada por volumen, número y año)
RGLJ	Revista General de la Legislación y Jurisprudencia (citada por número y año)
RV/JV	Revista de Victimología/Journal of Victimology (citada por número y año)
STS, SSTS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
s., ss.	siguiente/s
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

RESUMEN

En el presente trabajo se ofrece el posible tratamiento jurídico-penal al hecho delictivo que se comete motivado por la venganza. Con carácter previo se establece su concepto, entendiéndolo referido a la idea de retribución o compensación que busca el sujeto que ha sido víctima de un delito grave, pues es más fácil y disculpable que surja este estado emocional. Tras una breve explicación sobre conceptos básicos sobre la teoría jurídica del delito y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se analizan las circunstancias que pueden servir para dar un tratamiento penal al sujeto que comete el delito motivado por la venganza, bien la posible aplicación de circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal, bien la posible aplicación de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal. Finalmente, ante la falta de regulación expresa, se hace una propuesta sobre los elementos a tener en cuenta para el tratamiento penal de este estado emocional.

ABSTRACT

This study offers a possible criminal legal treatment to the criminal act which is committed out of revenge. The concept is established in the first place, understanding it as referred to the idea of the reward or compensation sought by the individual who has been a victim of a felony, since it is easier and excusable for it to arise in this emotional state. After a brief explanation of basic concepts regarding the legal theory of the felony and the extenuating circumstances of criminal liability, the circumstances which may serve to give legal treatment to individuals committing crimes driven by revenge are analysed, either the possible use of mitigating or exculpatory circumstances of criminal liability, or the possible use of aggravating circumstances of criminal liability. Finally, faced with the lack of a specific regulation, a proposal on the elements to be taken into account for the criminal treatment of this emotional state is presented.

PALABRAS CLAVE

Agravantes, atenuantes, analogía, arrebató, obcecación, estados pasionales, eximentes, legítima defensa, miedo insuperable, trastorno mental transitorio, retribución, venganza.

KEY WORDS

Aggravating, mitigating, analogy, uncontrollable impulse, emotional states, extenuating, self-defence, insuperable fear, transient psychotic disorder, reward, revenge.

OBJETO DEL TRABAJO

El presente trabajo pretende formular una propuesta de tratamiento penal, en particular como atenuante o, inclusive, eximente, de la actuación impulsada por la venganza, cuando este estado pasional es el que impulsa a actuar al sujeto que previamente ha sufrido un grave daño, esto es, ha sido víctima de un delito grave.

Para dar respuesta a este objetivo principal se han de explorar y analizar los siguientes objetivos específicos:

- Definir el concepto de venganza y establecer las características que rodean a este fenómeno.
- Estudiar el fenómeno de la venganza dentro de las emociones, determinar si se trata de una emoción, un sentimiento, y como ello afecta a la voluntad de la persona.
- Explicar sucintamente los conceptos centrales de la teoría jurídica del delito que pueden tener conexión con el tratamiento penal de la venganza.
- Analizar brevemente las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes que pueden dar cobertura a la actuación impulsada por la venganza, en especial las que pueden afectar a la culpabilidad del sujeto.
- Explicar bajo qué condiciones se puede recurrir a las eximentes de legítima defensa y trastorno mental transitorio para eximir de responsabilidad penal al sujeto que actúa motivado por la venganza.
- Analizar las condiciones que permiten aplicar las atenuantes de arrebató, obcecación y estados pasionales semejantes al sujeto que actúa motivado por la venganza.
- Explicar la aplicabilidad de la atenuante analógica a la de arrebató, obcecación o estado pasional al sujeto que actúa motivado por la venganza.
- Proponer los posibles Una vez estudiadas las distintas circunstancias, seleccionar aquellas que afectan a la culpabilidad y ponerlas en contraposición con la venganza.

METODOLOGÍA

En la realización de este trabajo se ha tomado en consideración la metodología propiamente jurídica, adaptada a las particularidades de la rama jurídico-penal (en cuanto que han de tenerse en cuenta las peculiaridades en materia de interpretación que se derivan de la vigencia del principio de legalidad).

El procedimiento seguido se puede estructurar en las siguientes fases:

- En un primer lugar, la asignación de la tutora y selección del tema de trabajo, siguiendo el procedimiento establecido para los TFG en el Grado en Derecho.
- En segundo lugar, una vez realizado el Seminario sobre metodología impartido por los profesores del área de Derecho Penal, se ha procedido a la primera selección y organización del material bibliográfico sobre el tema a trabajar y, tras una primera lectura de alguna de las obras más relevantes, se ha presentado un esquema o índice provisional del trabajo.
- En tercer lugar, tras el visto bueno de este primer esquema o índice provisional, se ha procedido a la búsqueda más exhaustiva de la bibliografía (manuales, capítulos de libro, artículos de revista, monografías) para su sistematización y ordenación y su posterior lectura comprensiva. En la recopilación del material bibliográfico se han utilizado los recursos de la Biblioteca Universitaria; también han sido consultado algunos documentos (artículos de revista sobre todo) accesibles on line. El material bibliográfico consultado ha sido fundamentalmente sobre temas jurídico-penales, pero también ha sido utilizado bibliografía básica de otras disciplinas y áreas sociales, sobre todo de psicología y psiquiatría, para una mejor comprensión y tratamiento del tema de trabajo.
- En cuarto lugar, la búsqueda y selección de la jurisprudencia sobre el tema objeto del trabajo. No se ha llevado a cabo un estudio exhaustivo de todas las sentencias dictadas por el TS, tampoco se ha procedido a la selección de las sentencias de un determinado periodo de tiempo; en su lugar se ha hecho una selección de sentencias que resultan relevantes y que sirven para comprobar cuál es el tratamiento judicial del sujeto que actúa motivado por venganza.
- En quinto y último lugar, se ha procedido a la redacción del trabajo. En ocasiones, para ilustrar las explicaciones y argumentaciones sobre el tratamiento penal de la venganza, se han utilizado escenas de algunas películas, pues indudablemente la venganza ha sido un tema recurrente en el cine. Para las citas a pie de página se ha seguido el sistema de citas indicado por la tutora del trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

El cine refleja diversas facetas de la vida, entre las cuales ocupa un lugar destacado el Derecho, y dentro de éste, ha ocupado un lugar muy importante el DP; ello se debe, quizá entre otras cosas, a la trascendencia social de esta rama del Derecho que se ocupa de los ataques más importantes a bienes jurídicos y responde a ellos con importantes privaciones o restricciones de derechos, todo lo cual dota de un importante potencial expresivo, estético y dramático. Uno de los argumentos principales de numerosas películas es la venganza. La idea del presente trabajo surge a raíz del uso que ha dado el cine al fenómeno de la venganza.

Son numerosas las películas que nos ponen en la posición del actor que interpreta el papel del vengador y que nos hacen reflexionar, incluso entender la postura de este personaje ficticio, ¿por qué hizo lo que hizo?

En este trabajo se va a analizar si la actuación motivada por la venganza puede tener alguna relevancia desde el punto de vista jurídico-penal, partiendo de la hipótesis de que de alguna manera se entiende y comprende su reacción, al menos en los casos que aquí van a ser tratados, poniendo como ejemplo algunas escenas de películas que tratan sobre ello.

Haciendo una exposición muy simplificada¹, en las sociedades primitivas no existían sistemas jurídicos estructurados. La pena surgió como una venganza por parte de una unidad organizada superior, dentro de la cual el individuo encuentra protección (este grupo refleja el instinto de conservación del mismo). Por ello, en caso de producirse una agresión a un miembro del grupo, este daño era sentido como un ataque a la comunidad. El talión representa un adelanto en los pueblos antiguos, limitando los excesos de la venganza, pues señalaba la medida de la reacción punitiva proporcional al daño causado. En la cultura griega la venganza divina acaba sustituyéndose por la venganza privada. En ella tienen lugar dos tipos distintos de justicia, por un lado, la familiar (justicia regulada), y, por otro, la intergrupal (descontrolada y arbitraria). Es de esta forma como comienza el tránsito de la venganza individual a la venganza pública: aunque durante mucho tiempo coexisten el sistema vindicativo y el sistema penal, de

¹ IGLESIAS RÍO, *Perspectiva histórico-cultural de la legítima defensa*, 1999, 39 y ss. Pese a que el presente trabajo no versa sobre la evolución histórica de la venganza, sí puede resultar útil para fijar unas breves anotaciones, a modo de introducción, sobre cómo ha ido avanzando hasta el día de hoy. Esta cuestión tiene relevancia, entre otros aspectos, dado que la venganza, de algún modo, a falta de un sistema jurídico como el actual, se correspondía con lo que hoy se conoce como pena, siendo el primer paso hacia la proporcionalidad, como hoy se entiende.

una forma progresiva se va abriendo paso a otras formas de justicia menos agresivas, como la sustitución de la pena pública y la compensación económica acordada entre las partes. El cambio decisivo tiene lugar mediante la asunción por parte del Estado de la configuración de un DP público, aunque es en la Edad Moderna cuando verdaderamente desaparece la idea de satisfacción o compensación privada.

En el Derecho antiguo no había Estado encargado de sancionar el delito, por eso había reacción del “perjudicado” en venganza o en castigo, ya esto es más complicado. Ahora tenemos la reacción estatal frente al que delinque, así que la venganza particular –o de la comunidad o social- ya no tiene campo de actuación². Pero no por ello la venganza deja de tener importancia en la sociedad actual. De hecho, existen determinadas actuaciones que, si bien son realizadas bajo sentimientos de ira y rencor a consecuencia del padecimiento de un mal injusto, constituyen un acto de venganza.

Estos actos pueden ser realizados de forma plenamente voluntaria, es decir, sin que se produzca ninguna afección de las capacidades del sujeto, en cuyo caso habrá que ver si el ordenamiento jurídico puede ampararlo como ya hacía el anterior CP de 1944/1973 en su versión de 1983, a través de la atenuante de vindicación de una ofensa. Por otro lado, cuando la venganza afecta al sujeto de un modo similar a los fenómenos de arrebató u obcecación³, debe analizarse hasta qué punto esto es así y si es posible considerarla como circunstancia atenuante o incluso eximente de la responsabilidad criminal por englobarse dentro de los estados pasionales.

Si el acto de venganza se produce de forma incontrolable, esta actuación puede guardar relación con otras circunstancias que afectan a la culpabilidad del sujeto, en este caso disminuyéndola o anulándola, dando lugar, por ejemplo, a la aplicación del trastorno mental transitorio o, en algunos casos, a la eximente completa o incompleta de anomalía psíquica.

Por tanto, la venganza va a poder ser considerada bien como una posible atenuante de la responsabilidad criminal, comparándola con el arrebató u obcecación, bien como una posible eximente, en comparación con el trastorno mental transitorio.

En menor medida, la venganza también puede tener entrada en la teoría jurídica del delito a través de la legítima defensa, siempre y cuando ello no suponga una traba

² VÁZQUEZ LÓPEZ, *Cuadernos de Medicina Forense* 16, número 4 (2010), 243.

³ Se eligen como ejemplo estos fenómenos puesto que se habla de una ausencia de las capacidades del sujeto, en este caso de la voluntad; aunque a lo largo del trabajo vayan a tratarse otros fenómenos distintos de los mencionados.

para la apreciación de los requisitos, esenciales e inesenciales, de esta causa de justificación.

Como se verá a lo largo del trabajo, solo va a tratarse la venganza respecto de aquellos casos en los que el individuo sufre un daño calificado como antijurídico, siendo este daño asimismo un mal grave, por lo que se excluyen, de un lado, aquellos supuestos en los que la venganza tiene lugar a consecuencia de un hecho no tipificado como delito por nuestro ordenamiento jurídico (excluyendo por ejemplo, aquellos delitos cometidos en venganza causada por celos) y, de otro, aquellos delitos que no presenten cierta gravedad (como pudieran ser delitos contra el honor, injurias o calumnias). Considerando de ese modo que la venganza tendrá relevancia a efectos de eximir o atenuar la pena cuando sea consecuencia de un atentado contra determinados bienes jurídicos (p ej. los delitos sexuales, delitos contra la integridad física o delitos contra la vida).

II. CONCEPTO DE VENGANZA

La RAE define la venganza como «satisfacción que se toma del agravio o daño recibidos». Y, en segundo lugar, como «castigo, pena». Puede entenderse, por tanto, como una reprimenda ejercida sobre un sujeto por una acción mala o dañina, a modo de retribución o compensación por el daño causado.

Por otro lado, se ha afirmado que «la venganza no es un arrebato (cólera irreflexiva), sino que responde a una planificación meditada. En resumen, la humillación produce rencor y el posterior resentimiento que corroe a la víctima es causante de un intenso deseo de venganza que solo en algunos casos puede engendrar un acto de violencia»⁴.

Hay un dicho popular que refleja esto perfectamente: la venganza es un plato que se sirve frío, esto revela que no es un arrebato, sino que se va «elaborando» o «rumiando» poco a poco, o se espera al momento oportuno para vengarnos de quien nos hizo un daño.

ECHEBURÚA/CRUZ-SÁEZ⁵ se ocupan de las definiciones ofrecidas por varios autores sobre la venganza, entre ellas, se destaca la de CASTILLA DEL PINO⁶, quien

⁴ ECHEBURÚA/CRUZ-SÁEZ, *RV/JV I* (2015), 89.

⁵ ECHEBURÚA/CRUZ-SÁEZ, *RV/JV I* (2015), 88. La venganza nace a consecuencia de un mal recibido, un hecho o acción considerada como injusta. Por un lado, se busca provocar un daño: el mismo que se sufrió;

entiende que la venganza «consiste en forzar a quien haya hecho algo malo a sufrir el mismo dolor que él infligió y a asegurarse de que esa persona o grupo no volverá a cometer daños otra vez. Los actos de venganza pueden incluso causar placer a quien los efectúa, debido al sentimiento de rencor hacia la persona agredida».

Cuando una persona sufre un daño, una humillación o una injusticia, puede experimentar ese deseo, quiere desahogarse frente a los sentimientos internos, frente a ese rencor y odio latentes. En principio, esos sentimientos pueden cohabitar en la mente del sujeto sin que se produzca una reacción tangible, el problema tiene lugar cuando estos sentimientos son tan intensos que la única forma de aplacarlos es «haciendo algo», y si ello deriva en un mal hacia otra persona, surge entonces la venganza.

Hay una frase de CONFUCIO⁷ que habla de la venganza, expresando su idea de los resultados que de ella se devienen: «Antes de embarcarte en el viaje de la venganza, cava dos tumbas». Con esta idea viene a decir que la venganza solo provocará dos cosas: de un lado la muerte de la persona de la que nos vamos a vengar, y de otro, nuestra propia muerte. Sin embargo, aunque la espiral de violencia a que se refiere no tenga que tener necesariamente el resultado de muerte, la venganza, por mucho que expresemos que provoca placer, no cambia lo ocurrido. Si hemos recibido un mal, un agravio, un daño, o hemos sido sujetos de una situación injusta, vengarnos de ello no nos devolverá a la situación anterior; y esto tiene mucho sentido cuando lo percibimos desde fuera, cuando somos racionales y nuestras emociones o sentimientos son estables, pero ¿qué ocurre cuando esos sentimientos negativos nos invaden?, ¿cuando ya no somos dueños de nuestras emociones? Nadie puede saber qué es lo que pasa por la cabeza de otro o qué se siente al sufrir un daño; ni siquiera otra persona que ha experimentado el mismo daño puede saberlo ni comparar sus sentimientos con los de otro, porque cada persona siente el dolor o la humillación de distinta forma. Es por ello que el objeto de estudio serán aquellos sentimientos desde una perspectiva jurídico-penal cuando sean capaces de afectar a la voluntad de la persona. En este análisis resulta

y, por otro, asegurarse de que ese daño inicial no vuelva a producirse. Puede reconocerse, pues, dos finalidades: la propia venganza, el ojo por ojo (retribución en un sentido primitivo) y un efecto preventivo, evitar que vuelva a suceder. La idea de venganza provoca placer debido a que la persona que padece ese deseo se encuentra inmersa en sentimientos de odio y rencor, y la forma de desahogarse o librarse de esos sentimientos es actuar mediante la venganza. Y es entonces donde tiene lugar este placer, una vez la venganza ha sido consumada, obteniéndose dicha retribución.

⁶ CASTILLA DEL PINO, citado por ECHEBURÚA/CRUZ-SÁEZ *RV/JV I* (2015), 88.

⁷ La frase aparece incluida entre las frases célebres que se le atribuyen a este pensador en el siguiente enlace: <https://www.lifeder.com/frases-de-confucio/> (consultado el 16 de noviembre de 2019).

muy conveniente recordar la regulación que aparecía en el CP anterior sobre la atenuante relativa a la actuación en vindicación de una ofensa, es decir, la que surge a consecuencia de una ofensa grave.

I. VENGANZA Y CASTIGO

Una de las acepciones de venganza, ahora en desuso, era la de pena o castigo. Así aparece recogida en el Diccionario de la RAE, tal como se ha indicado anteriormente. Sin embargo, desde hace tiempo se quiere deslindar el concepto de venganza de este segundo significado. Posiblemente la razón se deba a que el castigo, la pena, en las sociedades modernas compete al Estado, él es el titular del *ius puniendi*, y, por otro lado, porque el Estado cuando castiga no ejerce una venganza, los fines de la pena son otros diferentes, se refieren a la prevención de delitos y, para algunos autores, también a la retribución por el daño causado, pero en todo caso eliminando cualquier contenido que pueda recordar a la venganza. Cosa distinta es que desde el punto de vista del que se venga, venganza y castigo sí tengan el mismo significado, pues considera que quien le ha hecho un daño injusto tiene que pagar por ese daño, tiene que ser castigado.

No existe un catálogo o enumeración de características concernientes al concepto de venganza. Resulta entonces conveniente recalcar las diferencias y semejanzas existentes entre lo que consideramos venganza, compensación por parte de la víctima por el daño o perjuicio sufrido, y lo que se entiende por retribución o castigo, ejercido por parte del Estado mediante la imposición de determinadas penas por la realización de determinadas conductas prohibidas por la ley, para así recabar alguna característica junto a las obtenidas por las distintas definiciones expuestas en el punto anterior.

Para ello, atenderemos a la exposición realizada por BONORINO RAMÍREZ⁸, quien realiza una comparativa de las diferencias entre castigo y venganza basándose en las opiniones dadas por autores como NOZICK⁹ y KAUFMAN¹⁰.

NOZICK considera que existen al menos cinco diferencias significativas entre el castigo (entendido como retribución) y la venganza. De esta explicación se puede

⁸ BONORINO RAMIREZ, *AFD* 2017, 15 ss.

⁹ NOZICK, *Philosophical Explanations*, 1981, citado por BONORINO RAMÍREZ, *AFD* 2017, 16 ss.

¹⁰ KAUFMAN, *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, 2013, citado por BONORINO RAMÍREZ, *AFD*, 2017, 22.

deducir, *a contrario sensu*, que algunas de estas diferencias en determinados supuestos se diluyen o desaparecen:

1) El castigo tiene lugar frente a conductas castigadas por la ley, mientras que la venganza no tiene necesariamente que ser la respuesta a una incorrección.

2) El castigo es proporcional a la gravedad del hecho (o debería serlo), por el contrario la venganza no establece ningún límite al daño que se puede infligir¹¹.

3) La venganza es una cuestión personal: existe un lazo especial o personal con la víctima del delito por la que se exige una retribución; en cambio, el castigo o retribución se lleva a cabo por personas sin ningún tipo de relación personal con la víctima.

4) La venganza provoca una reacción emocional, un sentimiento asociado al daño infligido, mientras que la reacción emocional del castigo no puede ser otra que el placer de que se haga justicia, sin que exista ningún interés especial en el sufrimiento de la persona autora del daño¹².

5) La necesidad de venganza nace según el sentimiento de la persona víctima del delito en el momento de sufrirlo; en cambio, la retribución o castigo tiene lugar en virtud de la existencia de una regla, una norma que obliga a imponer una medida frente a actos similares.

A modo de conclusión, BONORINO RAMÍREZ¹³ considera que los argumentos que resultan exitosos para determinar las diferencias entre venganza y castigo sirven para reforzar la distinción en el plano institucional, que es sin duda el más relevante para esta diferenciación. Por tanto, se deduce que la mayor diferencia entre venganza y castigo reside en el sujeto activo (particular vs. Estado). Pues todos los argumentos ya expuestos llevan a esa conclusión, ya que, por un lado, el hecho de que se trate de una cuestión personal en el caso de la venganza, y el cumplimiento de una norma por parte del Estado en el caso del castigo, apoya esta diferenciación entre sujetos. Además, existe una clara discrepancia entre el sentimiento por parte de la víctima (vengador) y el

¹¹ KAUFMAN, *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, 2013, citado por BONORINO RAMÍREZ, *AFD*, 2017, 22, considera que cuando NOZICK alude a la existencia de límites en el caso del castigo está pensando en el llamado principio de proporcionalidad de las penas en relación con la magnitud de las ofensas, dimensión de la que carecería (o no tendría necesidad de ella) la venganza.

¹² KAUFMAN, *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, 2013, citado por BONORINO RAMÍREZ, *AFD*, 2017, 26, afirma que si bien es cierto que la motivación del vengador individual de una ofensa de la que ha sido víctima puede tener un componente emocional más fuerte que la que podríamos detectar en un castigador individual (el Estado), ello no permite inferir que estemos en presencia de una diferencia conceptual entre castigo y venganza.

¹³ BONORINO RAMÍREZ, *AFD* 2017, 35.

sentimiento por parte del Estado, ya que la víctima es posible que busque un placer más allá del que se haga justicia; y aunque solo fuera esa su intención, no puede compararse con el “sentimiento” del Estado al imponer el castigo (el Estado no tiene sentimiento a la hora de vengarse o castigar, no obtiene placer, ya que cumple con su deber de castigar), ni tan siquiera puede compararse con el placer que produce que esa persona sea castigada por este sujeto imparcial, por lo que carece de sentido equiparar ambas emociones. En cuanto al resto de diferencias propuestas por los autores, todas ellas de igual modo aluden a diferencias entre sujetos, como la proporcionalidad de los castigos vs la ausencia de límites de la venganza.

En definitiva, vistas las diferencias, la venganza no es un sinónimo de castigo, centrándonos sobre todo en que la venganza también puede albergar sentimientos negativos, como el odio o el rencor, y el castigo es impartido por alguien imparcial, que no alberga tales sentimientos de un modo directo, y que busca aplicar una condena a quien haya cometido un hecho delictivo, entre otros fines que persiguen las penas. Cierto es que ambas buscan un «castigo»; pero también es cierto que la venganza no tiene límites: no puede intuirse hasta donde llegarán los actos de una persona vengativa¹⁴. Sin embargo, un sistema de justicia que imparte un castigo encuentra sus límites en las normas y principios.

Una vez delimitadas algunas de las características que rodean este fenómeno y establecidos los límites, es momento de precisar, de manera sintética, como afectan a las personas las emociones y los sentimientos.

2. *VENGANZA COMO EMOCIÓN O SENTIMIENTO*

Una vez han sido analizados algunos rasgos de lo que se considera venganza, diferenciada del castigo, habrá que determinar qué lugar ocupa este fenómeno, si se trata de una emoción o un sentimiento. Porque si aceptamos que las emociones tienen incidencia en el modo en que se cometen los delitos y, por tanto, afectan a la responsabilidad agravando (p. ej. en el caso del odio racial) o disminuyendo la pena (en base a una emoción violenta), parece correcto y racional que le corresponda al jurista lidiar con ella y con los problemas que se derivan, ya que en algunas ocasiones las

¹⁴ Puede no llegar a cometer un delito, como en el caso de la película «El Conde de Montecristo», el cual logra satisfacer en parte su deseo de venganza, deshonorando en un juicio a quien primero lo traicionó y luego se casó con la mujer a la que amaba.

acciones emocionales son consideradas como un acontecimiento incontrolable para el agente, mientras que otras veces pueden razonablemente controlarse, agravando el modo en que se ejecuta una conducta¹⁵.

Cierto es que las emociones no son el objeto propio de Derecho, sino el de otras disciplinas jurídicas (p.ej. psicología, filosofía...), y es por ello que pueda existir la impresión de que no le corresponde al Derecho tratar estos problemas, pero siendo verdad, ello no debe impedir avanzar sobre importantes cuestiones conceptuales y normativas que subyacen a la conexión entre emociones y la atribución de responsabilidad moral y jurídica¹⁶. Después de todo, si las emociones ocupan un lugar central en nuestras vidas, también tendrán incidencia en el modo en que se cometen los delitos y en su consecuente responsabilidad¹⁷.

En este apartado se pretende desarrollar un argumento para mostrar que no es algo irracional estudiar las emociones o sentimientos dentro del Derecho; el propio CP contiene una lista de circunstancias atenuantes o eximentes basadas en las emociones, los estados pasionales, o psicológicos. Por ello, al estudiar el fenómeno de la venganza es necesario acudir a lo que los autores entienden que son las emociones y averiguar de qué se trata, pues ello servirá para poder comprender mejor este fenómeno.

Las emociones son procesos psicológicos que nos prestan un valioso servicio, al hacer que nos ocupemos de lo que realmente es importante en nuestra vida, como un sistema de alarma que nos indica el peligro que debemos evitar, así como las cosas agradables a las que nos debemos acercar¹⁸.

La RAE define emoción como «alteración del ánimo intensa y pasajera que va acompañada de cierta conmoción somática». Y el término sentimiento como «estado afectivo del ánimo» o «hecho o efecto de sentir o sentirse».

Definir lo que es una emoción no resulta sencillo, pero acudiendo a la RAE, si entendemos «alteración» como una perturbación del estado normal de una cosa (en este caso del ánimo) que se produce de forma intensa aunque pasajera y a la cual acompaña una «conmoción somática» (entendida como alteración violenta y brusca del cuerpo humano), podemos obtener una descripción mucho más detallada.

¹⁵ MANRIQUE PÉREZ, *Doxa 39* (2016), 300-301.

¹⁶ CARMONA SALGADO. *Arrebato u obcecación*, Universidad de Granada, 1983, 40.

¹⁷ MANRIQUE PÉREZ, *Doxa 39* (2016), 290.

¹⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ-ABASCAL/JIMÉNEZ SÁNCHEZ, en: GARCÍA FERNÁNDEZ-ABASCAL/GARCÍA RODRÍGUEZ/JIMÉNEZ SÁNCHEZ/MARTÍN DÍAZ/DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, *Psicología de la emoción*, 2010, 18.

Afirmar que la venganza es una emoción no resulta del todo acertado, ya que puede considerarse atrevido entrar a valorar una cuestión ajena al Derecho, pero es conveniente catalogar este fenómeno antes de analizar sus consecuencias jurídicas. Pero al hablar de venganza, no se hace referencia a ella como la emoción de venganza, sino como el deseo o el sentimiento de venganza. Y como indica CASTILLA DEL PINO «los sentimientos son emociones y por débiles que sean los sentimientos que experimentamos respecto de un objeto, revelan la emoción que sentimos. El límite entre la emoción y el sentimiento es imprecisable»¹⁹. Puede decirse, por tanto, que los sentimientos nacen por una emoción.

Pueden ser varias las emociones que producen este sentimiento de venganza, pero en este trabajo la que resulta interesante es la ira, ya sea por el propio daño sufrido, porque no se haya obtenido la justicia deseada, etc. Se trata, por tanto, de una emoción lo suficientemente intensa como para acabar en una acción vengativa. Según PÉREZ NIETO/REDONDO DELGADO/LEÓN MATEOS²⁰, la ira se puede entender como «una respuesta emocional caracterizada por una alta activación a nivel simpático, vinculada a una estructura cognitiva de daño y atribucionalidad externa para el mismo, que favorece conductas de ataque pero ante la que el individuo puede poner en marcha distintas estrategias de afrontamiento que le permitan controlar su expresión y su experiencia». En su mismo trabajo se recoge una definición y conceptualización de la ira dada por parte de IZARD²¹, quien la describe como «una emoción primaria que se presenta cuando un organismo es bloqueado en la consecución de una meta o en la obtención o satisfacción de una necesidad».

Por otro lado CÓRDOBA TORRES²² considera que «la venganza es un estado racionalizado, premeditado y calculado. Puede darse con posterioridad a la ira, puesto que, la persona que la padece, fue víctima de un daño grave e injusto. Razón por la cual, idea un plan para desquitarse del mal. En consecuencia, mientras la ira es un acto espontáneo, involuntario, propio de las pasiones y emociones humanas, la venganza colige un índice calificado de frialdad». Este autor defiende que la venganza surge a raíz de la ira, calificada como emoción humana incontrolable, pero al mismo tiempo que

¹⁹ CASTILLA DEL PINO, *Teoría de los sentimientos*, 2001, 342.

²⁰ PÉREZ NIETO/REDONDO DELGADO/LEÓN, *REME 11*, número 28 (2008), 5.

²¹ IZARD, *Aproximaciones a la emoción de ira: de la conceptualización a la intervención psicológica*, citado por PÉREZ NIETO/REDONDO DELGADO/LEÓN, *REME 11*, número 28 (2008), 5.

²² CÓRDOBA TORRES, *Emoción violenta*, 2016, 67.

sostiene esto afirma que la venganza se diferencia de ella en que se trata de un estado racionalizado. Lo que expone, por tanto, es que la ira puede ser el germen de lo que acaba convirtiéndose en venganza. Cuando se ha sido víctima de un daño, esto provoca diferentes sentimientos, unos más próximos al acto que nos daña, otros que van apareciendo con el tiempo a la vista de qué sucede con el sujeto que ha causado el daño.

En mi opinión, parece un tanto complicado diferenciar ambos estados o delimitarlos cuando están tan íntimamente relacionados, cuando anteriormente se ha afirmado que de uno se deviene el otro, por lo que si la ira (estado pasional involuntario) puede desencadenar en venganza (estado racionalizado), ¿dónde está el límite entre uno y otro? Considero que la única solución es afirmar que si un sujeto se encuentra bajo un sentimiento de ira capaz de desembocar en un acto vengativo, este acto sea igualmente involuntario, dada la intensidad de dicha emoción. Cuestión distinta es el deseo de venganza, que antes de llevarse a cabo, puede ser perfectamente racional.

Una vez aclarado lo que se conoce por venganza y las emociones que llevan a ese suceso, habrá que evaluar si existe algún motivo, más allá del daño sufrido, que empuje a un sujeto a cometer estos actos. No es este, sin embargo, el objeto de este trabajo, sino el tratamiento jurídico-penal que puede darse a la conducta realizada por venganza.

III. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA

Una de las funciones del DP es la protección de bienes jurídicos a través de la prevención²³, es decir, la prevención de la comisión de delitos. Al amenazar con las consecuencias que tiene la realización de un hecho delictivo se produce o se pretende producir un efecto intimidatorio sobre las personas²⁴, para que repriman las conductas prohibidas porque tienen conocimiento, a través de la advertencia del legislador con la creación del tipo penal, de las consecuencias que de ellas se derivan.

Es importante centrarse en ella, ya que los ciudadanos nos sentimos «a salvo» sabiendo que no se cometen delitos. El Derecho impide, en cierta medida, que se cometan crímenes todos los días; pero ¿qué ocurre cuando esta función no se cumple? Cuando, pese a haberse tomado las medidas necesarias, una persona sufre un daño

²³ Sobre la función del DP, la protección de bienes jurídicos a través de la prevención, general y especial, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 1/nm 44 y ss. La prevención, general y especial, son los fines de la pena, a los que este autor añade uno más, la de retribución (entendida como restablecimiento de la justicia).

²⁴ BESIO HERNÁNDEZ. *Individualización de la pena*, 2011, 158.

inmerecido, injusto, aquí entra en juego ya la prevención especial, si se pone la mirada en el sujeto que ha delinquir. Pero si nos fijamos en la víctima del hecho delictivo, en esta pueden surgir determinados sentimientos por el mero hecho de haber sufrido un daño en sus bienes jurídicos. Generalmente la respuesta que se alcanza a través del sistema penal, si no satisface plenamente a la víctima, al menos sí sirve para evitar cualquier represalia por su parte; en ocasiones puede provocar sentimientos diferentes, de injusticia, de odio y rencor al agresor, de miedo a ser nuevamente víctima, etc. Y, en ocasiones, puede que aparezca el deseo de venganza, porque pese a que el infractor reciba un «castigo» justo (o no, tema que será abordado más adelante) el daño ya está hecho y el Estado no ha sido capaz de evitarlo: el sistema ha fallado²⁵. No se trata de justificar todas las reacciones de las personas que han sido víctimas de un hecho delictivo, sino de entender que puede surgir en aquellas un profundo deseo de provocar un mal a quien se lo produjo en primer lugar.

No se hace referencia aquí a las situaciones amparadas bajo la legítima defensa (art. 20.4.º CP): en ese caso el OJ permite que nos defendamos ante una agresión ilegítima actual (no tenemos por qué soportar ese daño y tenemos derecho a impedirlo o repelerlo, incluso causando un mal superior a otro); pero lo que no se permite es provocar ese mal a modo de castigo una vez la agresión ya ha cesado. No obstante, el legislador entiende que no todos los impulsos pueden controlarse, o que, pese a controlarse, sí disminuyen las capacidades de autocontrol del sujeto, y es por ello que ha regulado una serie de atenuantes y eximentes para dar cobertura a los diferentes estados pasionales que impulsan o están presentes en la actuación del sujeto, en la parte que aquí interesa, que pueden dar cierta cobertura a la víctima que reacciona frente a su ofensor en venganza por el daño sufrido a sus manos.

Además, hay que reconocer que una persona puede albergar sentimientos de venganza tras una decepción porque el Estado no ha cumplido satisfactoriamente, a su juicio al menos, la función sancionadora al causante del daño e, incluso, hasta de la función preventiva del hecho delictivo. Cometido un delito, ante una ausencia de

²⁵ Un ejemplo claro de la decepción y la ira de la víctima contra el Estado, se encuentra en la película «V de Vendetta» que, como forma violenta de obtener su venganza, se vale del asesinato de diversos miembros del partido que estuvieron directamente relacionados con su cautiverio y tortura.

justicia (p. ej. por no haber pruebas suficientes para condenar al autor²⁶) o cuando esta resulta insuficiente a ojos de la víctima, es fácil asumir que la persona agraviada, sus familiares o allegados, alberguen sentimientos negativos al respecto, ya que el Estado no ha fallado una, sino dos veces: por un lado, en su función de protección de bienes jurídicos, que se ha resultado deficiente; y, por otro, en su función de impartir justicia mediante la imposición de la pena.

No cabe duda de que la renuncia a la venganza privada es una imposición inevitable en un Estado de Derecho, pero ello no implica negar la existencia del deseo (esa necesidad psicológica de venganza directa sobre la persona que nos ha dañado).

En el Estado de Derecho hay una apropiación de la venganza por parte del sistema judicial, mediante la imposición del castigo²⁷. Es indiscutible que el Estado, al menos en mayor medida que quien haya sufrido directamente el delito, actúa de forma objetiva y racional; y, además, con la imposición de penas, el Estado no solo busca el castigo (en un sentido estricto), sino que pretende evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro resocializando a ese sujeto. Sin embargo, esto no hace que los sentimientos de venganza desaparezcan. No es difícil que la petición y el anhelo de que se haga justicia por parte de las víctimas puedan transformarse en un deseo de venganza.

Tradicionalmente, el DP se ha desentendido de la víctima. En palabras de CANCIO MELIÁ²⁸, «en la Exposición de Motivos de la vigente LECr se hace referencia al conflicto de intereses subyacente al hecho penal: “[e]n materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse”. Con ello, salta a la vista que esta concepción de lo penal deja de tomar en consideración a otro interviniente: al sujeto pasivo del delito, la víctima, quien juega un papel muy importante en el proceso penal pero cuyos intereses se hallan diluidos en la protección de bienes jurídicos como consecuencia de un sistema de control social en el que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la imposición de penas».

«La víctima está desplazada, formando parte de la realidad objetiva como un sujeto pasivo que solo recibe una tutela despersonalizada. Este papel parece coincidir

²⁶ O en el caso contrario, que habiendo pruebas que pudieran reducir la condena del delincuente (ahora víctima), estas sean ocultadas por su abogado para que así cumpla una mayor condena. Lo que lleva al protagonista de «El cabo del miedo» a llevar a cabo su venganza.

²⁷ ECHEBURÚA/CRUZ-SÁEZ, *RV/JV I* (2015), 89.

²⁸ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en DP*, 1998, 342 ss.

con la concepción centrada exclusivamente en la relación entre sujeto activo y ordenamiento jurídico»²⁹. Por ello parece que el impulso de la víctima de satisfacer su deseo de venganza no está justificado, pero de alguna manera es comprensible, con más claridad en los hechos delictivos más graves y que afectan a los bienes jurídicos más esenciales y personalísimos, como la vida o la libertad.

Cierto es que en el año 2015 se ha aprobado en España el Estatuto Jurídico de la víctima, cuyo objetivo fundamental es incorporar el papel de la víctima al Derecho y al proceso penal, de forma que ya no solo se tiene en cuenta a dos intervinientes en el proceso, sino que se trata de establecer una relación trilateral, delincuente-Estado-víctima. En el propio Estatuto se establece que «la finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal».

En el estatuto se reconoce una serie de derechos extraprocesales, comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido ejercer o no algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal.

Aun así, cualquier víctima que haya sufrido un daño, considerado como grave y violento contra su persona, pese a la ayuda que el Estado pueda ofrecerle, pese a que tenga lugar una condena «justa», puede albergar ese deseo de venganza, ya no por sentirse desplazada del proceso, sino por ese sentimiento de «injusticia», de no entender por qué ha tenido que sufrir ese daño. Sobre todo cuando hablamos de delitos graves, delitos que atentan directamente contra la persona, delitos violentos.

Es probable, por otra parte, que este sentimiento no sea consecuencia directa del daño sufrido en la persona, sino que nazca más de una decepción (ya explicada) ante la *actuación* del Estado. La persona que, p. ej., ha sufrido unas lesiones o ha sido víctima de una violación, puede albergar sentimientos o emociones como la ira o el rencor que, en caso de no aliviarse, pueden desencadenar en algo peor: en este caso, un acto vengativo. Y ya no imaginar cómo estos sentimientos pueden afectar a una persona

²⁹ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en DP*, 1998, 354. De la misma opinión ESER, *ADPCP* 1996, 1043-1044.

cuando realmente el sistema le ha fallado³⁰, cuando ni siquiera se ha obtenido una sentencia justa, no desde el punto de vista de la víctima, que seguro nunca será suficiente o adecuada, sino desde la perspectiva jurídica.

No por ello se debe excusar la actuación de una persona que se tome la justicia por su mano, pero sí ha de tenerse en cuenta que, quien ha sufrido (o sufre) puede reaccionar de distintas formas, sobre todo cuando ese sufrimiento afecta a su voluntad. No se pretende, en modo alguno, propugnar un entorno violento ni justificar las acciones de individuos agresivos: no se trata de una recompensa por los actos cometidos por venganza, sino de una correcta aplicación del DP, pues la venganza como motivo impulsor de la conducta realizada puede tener repercusión en algunos de los elementos o categorías de la teoría jurídica del delito.

Es por todo lo expuesto que el estudio de la venganza debe tener un tratamiento que se ajuste a la realidad de los hechos, aunque resulte complicado realizar un esquema capaz de definir este fenómeno sin ahondar en otras disciplinas científicas. Lo que hay que analizar es si esa reacción emocional impidió (en un plano psicológico) que el sujeto actuara conforme a su (plena) voluntad, o si, por el contrario, a pesar de la intensidad de la emoción, tuvo un absoluto control de sus actos. Puesto que dependiendo de cuál de las dos situaciones se plantee, el tratamiento penal es diferente. Sea como sea, no parece descabellado sugerir un tratamiento distinto para aquellos sujetos que más allá de su propia voluntad, siguieron un camino distinto.

IV. NOCIONES GENERALES SOBRE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO CON RELEVANCIA PARA EL TRATAMIENTO DE LA VENGANZA

Antes de tratar las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad penal que guardan relación con la venganza, conviene realizar una sucinta definición de los siguientes conceptos básicos de DP.

³⁰ Esto se refleja muy bien en la película «Tiempo de matar», en la que el padre de la víctima, al saber que los violadores de su hija no iban a ser juzgados “justamente”, decide tomarse la justicia por su mano, y en el juzgado les dispara, provocando la muerte de ambos.

I. ANTIJURIDICIDAD-JUSTIFICACIÓN Y CULPABILIDAD-EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

• Antijuridicidad

En sentido formal, la antijuridicidad se corresponde con una relación entre la acción o conducta y la contrariedad a Derecho de esa conducta; en sentido material, la antijuridicidad explica el fundamento de la prohibición, que se corresponde con la dañosidad o nocividad social de la acción cuando se pone en peligro o lesiona un bien jurídico. Si concurren causas de justificación, circunstancias eximentes que, por razones de ponderación de intereses (o atendiendo a otros principios), excluyen la antijuridicidad, se entiende que esa conducta, aunque afecta a un bien jurídico y es considerada una conducta típica, está autorizada³¹.

En el OJ se han previsto varias causas de justificación, la mayoría de ellas están mencionadas en el art. 20 apartados 4, 5 y 7 CP: legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y cumplimiento del deber.

• Culpabilidad

LUZÓN PEÑA expone que “el fundamento de la culpabilidad es el de constituir el último gran elemento del delito cuya concurrencia permite imponer una pena, pues permite, como requisito adicional peculiar del DP por la gravedad de la sanción penal, considerar al sujeto responsable individualmente del hecho típico y antijurídico cometido”³².

Sobre la forma de entender esta última categoría de la teoría jurídica del delito existen distintas posturas doctrinales. Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar que la culpabilidad, según CEREZO MIR, consiste en «la capacidad de obrar de otro modo, es decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con la exigencia del ordenamiento jurídico». La culpabilidad supone un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biopsíquicas que le permiten al sujeto conocer la ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a dicho conocimiento³³.

³¹ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 13/nm 1 y ss. y 21/nm 1y ss. En sentido similar, QUINTERO OLIVARES, *PG DP*, 5ª, 2015, 191-192.

³² LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 26/n. m. 41.

³³ CEREZO MIR, *PG*, 6ª, 2004, 50.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN³⁴ afirman que «la culpabilidad es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico, es decir, se trata de un juicio de reproche sobre el autor de ese comportamiento por haberlo realizado pese a conocer, o haberlo podido conocer pese a desconocerlo, que estaba prohibido».

Para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN³⁵ la culpabilidad «supone la atribución al autor del acto previamente desaprobado, para hacerle responsable del mismo».

En cuanto a su contenido, uno de los elementos esenciales es el de la imputabilidad y su negación es la inimputabilidad.

Según se desprende del art. 20.1 CP, la imputabilidad requiere de dos elementos: capacidad de comprender el carácter antijurídico del hecho y capacidad de obrar conforme a dicha comprensión; en resumen, capacidad del sujeto para que puedan serle atribuidos los actos que realiza. Sin embargo, algunos autores rechazan esta explicación, así p. ej., para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN³⁶ la imputabilidad es simplemente la capacidad de motivación de la norma y así comprende el conjunto de facultades psíquicas mínimas que debe poseer un sujeto autor de un delito para que pueda ser declarado culpable del mismo.

Algunos autores como GARCÍA BLÁZQUEZ³⁷ detectan que el CP tiene algunas carencias en torno al concepto de imputabilidad: la ausencia de una definición legal, la ausencia de una introducción clara de los elementos médicos de la imputabilidad (inteligencia, conciencia y voluntad) y, por último, la falta de criterios cuantitativos que delimiten los campos respectivos de aplicación de los arts. 20 y 21 CP.

A la vista de su definición de la culpabilidad, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN³⁸ parten del presupuesto de que el autor del hecho típico ha de encontrarse en plenas facultades psíquicas y ha de tener suficiente grado de madurez para poder actuar conforme a las normas; y a este conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar culpable a un sujeto es lo que se conoce como imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Cuando tales facultades están ausentes el sujeto no tendrá capacidad de culpabilidad o, dicho abreviadamente, será inimputable.

³⁴ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 298. De la misma opinión, ORTS BERENQUER/GONZÁLEZ CUSSAC. *Compendio de DP. PG*, 7ª, 2016, 349-354.

³⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª, 2015, 28.

³⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª, 2015, 371.

³⁷ GARCÍA BLÁZQUEZ, *Análisis médico-legal de la imputabilidad*, 1997, 8.

³⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª, 2015, 361.

- Semiimputabilidad.

La capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión es graduable, desde la plena capacidad de culpabilidad a la inimputabilidad, por falta de capacidad de comprensión y/o de capacidad de actuación conforme a esta comprensión; el nivel más próximo a la inimputabilidad será el que se califique con esta expresión, que se traduce en la aplicación de la eximente incompleta descrita en el art. 21.1 CP³⁹. Como se acaba de indicar, la graduación de la capacidad de culpabilidad se deriva de la propia regulación legal: el art. 21.1 reconoce expresamente que la imputabilidad/inimputabilidad es graduable, una persona puede ser plenamente capaz, parcialmente capaz, incapaz de comprender o de autocontrolarse. Y para los niveles más reducidos de disminución de la capacidad de culpabilidad entran en juego otras circunstancias atenuantes también reguladas expresamente en el art. 21, como la de embriaguez o, la que va a ser explicada en este trabajo, la de arrebato, obcecación u otro estado pasional semejante.

2. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Una vez expuestos de manera simplificada los conceptos principales relativos a la teoría jurídica del delito, es momento de entrar a analizar de qué manera el sentimiento de la venganza puede tener incidencia en estas categorías.

Una circunstancia eximente de la responsabilidad penal es aquella que exonera o libera de la responsabilidad penal a aquel que ha cometido un hecho típico.

El catálogo de circunstancias eximentes se recoge en el art. 20 CP, distinguiéndose: por un lado, las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, apartados 4, 5 y 7 del citado precepto) que afectan a la antijuridicidad⁴⁰; por otro lado, las causas de inimputabilidad y causas de exculpación (alteración o anomalía psíquica, trastorno mental transitorio, intoxicación plena por consumo de alcohol o estupefacientes, síndrome de abstinencia, grave alteración en la percepción del sujeto y

³⁹ URRUELA MORA, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2ª, 2016, 260.

⁴⁰ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 21/nm 1 y ss; para que exista delito debe infringirse el deber impuesto por el Derecho en la forma predeterminada por el tipo, pero si existe una causa que excluya ese deber, no hay delito.

miedo insuperable, apartados 1, 2, 3 y 6 del art. 20) que afectan a la culpabilidad⁴¹. A estas eximentes habría que añadir el error de prohibición, que también afecta a la culpabilidad, pero que está regulado en el art. 14.3 CP.

Las eximentes pueden presentarse de dos formas: completas, cuando la acción del sujeto cumple con todos los requisitos o elementos que la norma establece y, en consecuencia, determinan la plenitud de los efectos previstos en la misma; o incompletas, no se cumple con alguno de los requisitos o elementos no esenciales para apreciar la concurrencia plena de la causa de exención, en cuyo caso dará paso a una atenuante de la responsabilidad, con efectos cualificados, pues reduce la pena de manera cualitativa (se ha de rebajar la pena en un grado obligatoriamente, en dos grados facultativamente, art. 68 CP), a la que se denomina eximente incompleta, prevista en el art. 21.1 del mismo CP.

Las eximentes incompletas se han definido como modificaciones valorativas de los elementos del delito, variaciones del marco de valor propio del elemento esencial. Las eximentes incompletas operan internamente en el correspondiente elemento del delito, es decir, en la antijuridicidad o en la culpabilidad⁴².

3. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Las circunstancias modificativas son situaciones que rodean («circum-stare»: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos. Se clasifican en atenuantes (art. 21), agravantes (art. 22) y mixta (art. 23)⁴³. Las circunstancias modificativas, a diferencia de las eximentes, son variaciones accidentales del elemento esencial, pero no son elementos esenciales en sí, se suman a los elementos del delito y en su ausencia este sigue existiendo⁴⁴.

⁴¹ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 27/nm 2; que producen en el sujeto la incapacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente.

⁴² ALONSO ÁLAMO, *Las circunstancias del delito*, 1981, 193 ss.

⁴³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª, 2015, 480.

⁴⁴ ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 1981, 193 y ss.

3.1. Atenuantes

Son circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que, de darse su existencia, reduce o aminora la responsabilidad penal. Dentro de las circunstancias atenuantes tenemos, de un lado, las eximentes incompletas, deducidas del art. 21.1.^a CP, precepto que establece efectos atenuatorios para las circunstancias previstas como eximentes en el art. 20 «cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos», por otro lado, las atenuantes ordinarias, enumeradas en los apartados 2º a 7º del citado precepto, diferenciadas de las eximentes incompletas por la menor entidad de sus efectos atenuatorios⁴⁵. La mayor distinción entre una eximente incompleta y una circunstancia atenuante ordinaria es en la determinación de la pena: en el primer caso ha de aplicarse lo dispuesto en el art. 68 CP, lo que significa que obligatoriamente el Juez ha de reducir la pena en un grado, facultativamente en dos grados⁴⁶. En el segundo caso, si solo concurre una circunstancia atenuante, vendrá en aplicación el art. 66.1.1^a CP, en cuyo caso el Juez impondrá la pena en su mitad inferior.

Las circunstancias atenuantes que pueden ser objeto de interés para el tratamiento penal de la venganza son fundamentalmente el arrebató, la obcecación u otros estados pasionales (art. 21.3^a CP) y la atenuante de análoga significación a la anterior (art. 21.7^a CP). En el CP anterior se había previsto expresamente la circunstancia atenuante de vindicación de una ofensa; su mención expresa desaparece en la reforma de 1983, pero esto no ha de significar que no se puede seguir tomando en consideración como atenuante, pues ha de determinarse su posible inclusión dentro de las actuales atenuantes de arrebató u obcecación o, en último extremo, en la de estado pasional semejante a los anteriores. Más adelante se explicará la posible apreciación de alguna de estas atenuantes para el caso de que el sujeto cometa un delito por venganza.

Como se acaba de señalar, en el art. 21.7^a CP se ha previsto la posibilidad de apreciar circunstancias atenuantes a través de la analogía (y también se ha previsto el recurso a la analogía de manera específica en la atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional semejante).

La analogía es una relación de semejanza entre cosas distintas, si esta relación se encuentra prevista en la ley, se habla entonces de interpretación analógica como indica

⁴⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9^a, 2015, 487 y ss.

⁴⁶ GONZÁLEZ CUSSAC. *Teoría general de las circunstancias modificativas*, 1989, 227.

GOYENA HUERTA⁴⁷. Cuando lo que se pretenda sea excluir o atenuar la responsabilidad penal, además de operarse conforme la interpretación de la ley, para un sector doctrinal sí se permite recurrir a la analogía, así como a principios generales y otras fuentes de Derecho⁴⁸. Por lo tanto, no es necesario que exista una interpretación analógica, basta con que lo que se busque sea la analogía en beneficio del reo. Ciertamente es que para otro sector doctrinal la analogía a favor del reo también está descartada, no solo la que resulta desfavorable, por lo que la previsión de cláusulas de analogía en el CP, desde luego cuando son para apreciar circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, resultan convenientes, pues resuelven la controversia acabada de mencionar. Como se acaba de señalar, en el art. 21 se establecen de manera específica dos casos de interpretación analógica, que no resultan en todo caso problemáticos por tratarse de interpretación *in bonam partem*.

El CP prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal aprecie la circunstancia atenuante ordinaria como muy cualificada. Su calificación es acordada por el Juez, a la vista de las circunstancias concurrentes, lo que tiene un efecto en la determinación de la pena cualitativamente importante, pues según dispone el art. 66.1.2ª CP se ha de reducir la pena en un grado, facultativamente en dos grados. MUÑOZ RUIZ entiende como circunstancia atenuante muy cualificada «aquellas circunstancias que alcanzan una intensidad superior a la normal»⁴⁹. Y destaca a modo de respaldo una definición dada por el TS como «la atenuante muy cualificada es aquella que alcanza una superior intensidad comparada con la normal o no cualificada, teniendo a tal fin en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes o circunstancias del hecho y cuantos otros elementos puedan revelar especiales merecimientos en la conducta del inculpa-do»⁵⁰.

Para determinar esa intensidad fuera de lo común MUÑOZ RUIZ señala que hay que atender al fundamento de cada una de ellas, en el caso de los estados pasionales se daría en supuestos donde el estímulo que genera el estado emocional resulta particularmente comprensible⁵¹.

⁴⁷ GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Las circunstancias atenuantes*, 1997, 148 y ss.

⁴⁸ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 3/nm 3.

⁴⁹ MUÑOZ RUIZ, *Circunstancias atenuantes muy cualificadas*, 2016, 27. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas*, 1989, 225-226.

⁵⁰ La definición aparece en la STS 127/2014, de 20 de febrero. Esta definición también aparece, entre otras, en las SSTS 147/1998, de 26 de marzo; 202/2004 de 20 febrero; 747/2011, de 1 junio.

⁵¹ MUÑOZ RUIZ, *Circunstancias atenuantes muy cualificadas*, 2016, 98-99.

No se aportan una serie de requisitos que deban cumplirse para su apreciación, por ello resulta difícil diferenciar la atenuante muy cualificada de la eximente incompleta, aunque entre ellas existan diferencias, por ejemplo, se encuentran incorporadas en distintos preceptos del CP, las atenuantes muy cualificadas se encuentran reguladas en el art. 66.1.3ª CP mientras que las eximentes incompletas se encuentran recogidas en el art. 21.1ª y su regla de determinación de la pena está prevista en el art. 68 CP. Y la diferencia tiene una importancia mayor, pues para el caso de que en el hecho se aprecien atenuantes y agravantes, el Juez ha de aplicar la regla específica prevista en el art. 66.1.7ª CP, procediendo, por tanto, a su compensación racional, mientras que si en el hecho se aprecian agravantes y una eximente incompleta, no procede realizar un procedimiento de compensación, pues se sigue aplicando lo dispuesto en el art. 68 CP para la eximente incompleta y, a continuación, el Juez tendrá que aplicar lo dispuesto en el art. 66 porque también concurren circunstancias agravantes.

3.2. Agravantes

A modo introductorio se va a dar una breve pincelada sobre la otra cara de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las agravantes.

Las circunstancias agravantes se encuentran reguladas en el art. 22 CP y se trata de un catálogo cerrado, a diferencia de las atenuantes, pues las agravantes solo pueden ser creadas por ley. Esto se fundamenta en el principio de legalidad, por lo tanto, solo pueden aplicarse aquellas previstas en el mencionado precepto.

Las agravantes pueden clasificarse de la siguiente forma: objetivas, distinguiéndose a su vez entre aquellas que denotan mayor peligrosidad del hecho-alevosía, abuso de superioridad, de confianza o del carácter público, disfraz, lugar tiempo o auxilio de otras personas- o aquellas que suponen un ataque más extenso – ensañamiento-. Y circunstancias subjetivas, pues indican una motivación particularmente indeseable -precio, motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación- o revelan en el sujeto una actitud más contraria al Derecho – reincidencia-⁵².

⁵² MIR PUIG, PG, 10ª, 2016, 26/nm 5 y ss.

V. TRATAMIENTO PENAL DE LA VENGANZA Y CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES

Planteadas de manera muy sucinta las definiciones y conceptos de las eximentes y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, es momento de valorar de qué manera se puede recurrir a alguna de estas circunstancias para atender a la actuación motivada por la venganza, comenzando en este epígrafe con las eximentes.

1. LEGÍTIMA DEFENSA Y VENGANZA

La legítima defensa, regulada en el apartado 4.º del art. 20 CP (dentro del catálogo de eximentes de la responsabilidad penal), es una causa de justificación, que excluye el desvalor del resultado⁵³.

La concurrencia de una causa de justificación tiene como principal efecto hacer que una conducta indiciariamente típica no sea antijurídica. Se trata, pues, de una causa que autoriza la comisión de un hecho que, de no concurrir esta, estaría prohibido. En algunos casos, el legislador permite el hecho típico cuando concurren razones políticas, sociales y jurídicas que lo aconsejen. Con la presencia de una causa de justificación el hecho típico pasa a ser lícito (no se trata de excluir la culpabilidad)⁵⁴.

Del art. 20.4.º CP se extraen los siguientes requisitos para que pueda apreciarse una legítima defensa completa, explicados de manera muy sintética⁵⁵:

1) Agresión ilegítima (requisito esencial): debe tratarse de una acción u omisión típica y antijurídica, dolosa, y que ponga en peligro bienes jurídicos personales, de manera actual o inminente. La actualidad se deduce de los verbos «impedir» y «repeler» utilizados por el legislador, no cabiendo apreciar legítima defensa cuando la agresión ya ha cesado (hablaríamos de un exceso extensivo) o no ha comenzado (defensa preventiva) tal y como ha declarado el TS: «Siendo de descartar la legítima defensa cuando se trata de reaccionar frente a agresiones pasadas ya que ello lo que constituye

⁵³ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 23/n. m 8; frente a las causas de justificación (solo) de la acción. En las causas de justificación del resultado, el bien jurídico deja de estar protegido en el caso concreto frente a la lesión (o puesta en peligro), e incluso puede producirse un resultado valorado positivamente o hasta jurídicamente obligatorio, y por eso excluyen el desvalor del resultado; en las causas que excluyen el desvalor de la acción, aunque subsiste el desvalor del resultado, la conducta no es jurídicamente desaprobada porque falta todo desvalor de la acción, bien su parte subjetiva por ausencia de dolo e imprudencia (por actuar conforme al deber objetivo de cuidado, siendo a veces permitida y a veces incluso obligatoria tal conducta), bien la parte objetiva del desvalor de la acción por otras razones, p. ej., en el estado de necesidad.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª, 2015, 306 y ss.

⁵⁵ Se va a seguir la exposición realizada por LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 23/nm 10 y ss.

propriadamente es venganza; el requisito esencial para la posible aplicación de esta eximente radica en la existencia de una agresión ilegítima que origina una necesidad de defenderse en el agredido o en otra u otras personas que auxilian a éste frente al agresor, si tal agresión no existe o ésta ya ha desaparecido no cabe hablar de legítima defensa, razón por la cual ésta no puede aplicarse como eximente, ni completa ni incompleta, pues ha de haber una coincidencia temporal entre el acto de la agresión ilegítima y la pretendida legítima defensa para que ésta pueda tener alguna relevancia penal: unidad de acto o requisito de actualidad o inminencia en la agresión»⁵⁶.

2) Defensa (requisito esencial): ha de ser necesario actuar «en defensa», es decir, impedir o repeler la agresión ilegítima con una conducta idónea⁵⁷.

3) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión (requisito inesencial)⁵⁸: que no debe entenderse como proporcionalidad (como aún sostiene buena parte de la doctrina), sino como la creencia conforme a la razón de que era preciso recurrir al concreto medio defensivo utilizado, siempre que sea el menos lesivo posible para los bienes jurídicos del agresor, pero seguro y suficiente⁵⁹. La proporcionalidad no va a referida a los bienes «en conflicto», va referida a los medios de agresión y ataque.

4) Falta de provocación suficiente por parte del defensor (requisito inesencial). Se va a tomar como tesis de partida la formulada por LUZÓN PEÑA⁶⁰. «La provocación suficiente del requisito 3º ha de ser capaz de convertir en ilegítima la defensa que en principio es legítima. Y ello a su vez solo parece plausible cuando el Derecho no necesite ser defendido en concreto por una persona, por resultar ésta por su provocación ilegítimada para actuar como representante y defensor; es decir, igual que en el exceso falla la necesidad de la defensa concreta del bien jurídico, en la provocación suficiente

⁵⁶ STS 1466/2003, de 7 noviembre. Se ha seleccionado esta sentencia porque en ella se alude a la venganza, referida a los casos en los que, finalizada la agresión, el sujeto reacciona motivado por este sentimiento. Se hace una exposición general sobre uno de los posibles motivos que provocan la reacción extemporánea, por tanto, desde esta perspectiva, no se habla de una alteración de la voluntad del sujeto, luego, pese a que se describa un supuesto de venganza, no contiene los requisitos necesarios para que pueda ser apreciada como estado pasional atenuante o eximente, ya que la persona es plenamente consciente de sus actos y el propósito es dar un tratamiento distinto a aquellos casos en los que esa voluntad se encuentra viciada, cuando se trata de un impulso incontrolable, afectando por tanto a la culpabilidad.

⁵⁷ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 23/nm 39.

⁵⁸ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 23/69 ss.

⁵⁹ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 16/nm 65.

⁶⁰ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 23/91.

habrá en principio necesidad de defensa genérica del Derecho y del bien jurídico, pero falla la necesidad de defensa del Derecho por ese sujeto concreto».

El elemento más controvertido, por la falta de unanimidad en su entendimiento y, sobre todo, en el tratamiento, es el relativo al elemento subjetivo de justificación⁶¹. Se puede considerar como tesis prácticamente unánime la que sí exige un elemento subjetivo, entendido como conocimiento de que concurre la situación justificante, en este caso la legítima defensa; si este es o no el único elemento subjetivo, ya es cuestión debatida. Y la mayor discrepancia, como se ha indicado, se produce en el tratamiento de los supuestos en los que falta dicho conocimiento.

Veamos ahora de qué manera puede conectarse la venganza y la legítima defensa. Para ello han de diferenciarse varias situaciones:

Primera, lo que será muy frecuente, por la forma como se ha delimitado el sentimiento de venganza, supuestos en los que la reacción es posterior a la agresión actual. Como se ha comentado, la legítima defensa exige como presupuesto o requisito esencial que la agresión sea actual, por lo tanto, si la «defensa» se produce una vez ha terminado la agresión, a modo de venganza, en esta situación se descarta la legítima defensa, pues la falta de un requisito esencial impide aplicar la eximente, ya sea completa o incompleta⁶². Se trata por tanto de un exceso extensivo, ya no hay agresión, y por ello no hay necesidad de defensa⁶³. La venganza no puede encontrar “cobertura” en la legítima defensa⁶⁴.

Dentro de este mismo supuesto, hay que indicar que los daños producidos durante la agresión, cuando hay defensa, son amparados en su totalidad por la causa de justificación, mientras que aquellos producidos cuando ya no hay agresión, no se encuentran amparados. Por lo que aquellos daños que pueden ser producidos por venganza, siempre que se encuentren dentro de la agresión actual, sí quedan protegidos por la eximente, por lo que el exceso extensivo solo abarca a los últimos daños.

Segunda, supuestos en los que el sujeto quiere vengarse y, a la vez, actuar o aparentar que lo hace al menos de manera justificada, para ello lo que hace es provocar

⁶¹ Para una exposición general, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 23/nm 50 ss.

⁶² CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (coord.), *Comentarios al CP*, Tomo I, 2007, 254.

⁶³ Sobre el exceso extensivo, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 23/nm 73.

⁶⁴ QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 4ª 2010, 525. «Una reacción muy posterior al ataque ya debería tratarse al margen de la legítima defensa, sin perjuicio de que fuera posible apreciar alguna circunstancia atenuante (la de estado pasional del art. 21.3º CP por ejemplo)».

la agresión y así, bajo el pretexto de la legítima defensa, llevar a cabo su plan, vengarse del sujeto que previamente le había causado un daño a él o a una persona próxima a él⁶⁵. Para la solución a este segundo supuesto es preciso averiguar la interpretación que se da al requisito de la falta de provocación del art. 20.4 CP y, por otro lado, si dentro de la falta de provocación se incluye el supuesto de provocación intencional (actuación con dolo directo), también denominado pretexto de la legítima defensa, o es un supuesto que ha de tener un tratamiento autónomo⁶⁶.

Como se ha indicado antes, la falta de provocación suficiente por parte del defensor es un requisito inesencial, pues su concurrencia o falta no afecta a la presencia de los demás requisitos, por lo que aunque haya provocación suficiente, cabe la eximente incompleta⁶⁷. Y como provocación se entiende, de manera restrictiva, el supuesto en el que ha habido una situación de riña mutuamente aceptada en la que una de las partes que ha pactado, sin embargo, se mantiene a la defensiva, solo impide o repele el ataque⁶⁸; si se cumplen los restantes requisitos de la legítima defensa, se podrá apreciar la eximente incompleta, porque fallará el último requisito exigido para la justificación plena⁶⁹.

Diferente al caso de la falta de provocación, porque no es un caso de duelo o riña mutuamente aceptada en la que una parte se mantiene a la defensiva, es el caso de la provocación intencionada o también denominada pretexto de la legítima defensa. Con esta expresión se alude a los supuestos en los que el sujeto provoca de manera intencionada, con dolo directo de primer grado, al sujeto que va a convertirse en agresor, pues sabe que esta va a ser su reacción ante la provocación, con la finalidad de que tras la provocación el sujeto explotará, se desencadenará su conducta agresiva para, a partir de este momento, el provocador podrá ampararse en legítima defensa. Entendido

⁶⁵ NINO, *La legítima defensa*, 1982, 132.

⁶⁶ GOLDSCHMIDT, *Metodología jurídico-penal*, 1935, 42, «La provocación de la agresión no es idónea para excluir la defensa legítima, a no ser que el defensor haya provocado no sólo la agresión, sino la situación de defensa, es decir, que haya buscado esta situación de propósito, para cometer el hecho punible».

⁶⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, DP PG, 1984, 362, «para que quien provoca pueda estar amparado por legítima defensa incompleta, no debe llevar su provocación hasta el punto de convertirla en “agresión ilegítima”, aunque sí puede llevarla hasta un nivel de intensidad “suficiente” o “adecuado” como para que su conducta pueda etiquetarse de “provocadora”, a quien ha provocado sólo le asiste un limitado derecho de legítima defensa».

⁶⁸ Última escena de la película «Gladiator», donde el protagonista se encuentra obligado a luchar contra su rival. De hecho, cuando el rival pierde la espada, éste suelta la suya para luchar en igualdad de condiciones, valiéndose solamente de sus propias manos mientras el otro empuña un cuchillo. Finalmente muere al clavarse su propio cuchillo intentando golpearle.

⁶⁹ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3^a, 2016, 23/nm 80.

así este requisito, el sujeto que actúa movido por la venganza puede tratar de actuar bajo el pretexto de la legítima defensa. Ahora bien, esto no va a significar que su conducta quede justificada por la eximente comentada, o al menos no siempre se podrá aplicar de manera completa, no porque falte el tercer requisito, la falta de provocación, sino por otros motivos. Porque, desde la perspectiva de la aplicación de la legítima defensa, generalmente, si ha provocado intencionadamente la agresión, esto significará que se ha preparado la situación con antelación, entre otras cosas para no sufrir daños con la conducta agresiva del provocado, y si esto es así entonces también se han podido tomar medidas para seleccionar las acciones de defensa menos lesivas posibles, por tanto, en muchas ocasiones en estos casos habrá un exceso intensivo en la defensa. Y, por otro lado, la propia conducta de provocar intencionadamente al sujeto que va a convertirse en agresor va a ser constitutiva de delito, porque los actos de provocación en sí mismos son delictivos (ataques al honor, a la libertad a través de amenazas, etc.) y porque la provocación intencional puede llegar a ser constitutiva de un acto preparatorio⁷⁰, a través de la provocación o proposición para delinquir, pues en realidad la provocación intencionada constituye una inducción o incitación a una tentativa (es la figura del agente provocador)⁷¹.

Tercera, supuestos en los que existe legítima defensa, están presentes los requisitos esenciales, agresión actual y necesidad de la defensa, y el sujeto que reacciona, conociendo la situación objetiva concurrente, lo hace además movido por la venganza. Para el caso de que el sujeto efectivamente tenga conocimiento de que se encuentra en una situación de legítima defensa, en este caso nos enfrentamos a la cuestión de la compatibilidad o no del elemento subjetivo de justificación con otros móviles o motivos⁷², lo que generalmente se ha resuelto a favor de la apreciación de la eximente, por tanto, admitiendo dicha compatibilidad. Así, se ha afirmado que «solo tiene relevancia la consideración del concepto volitivo del presupuesto subjetivo de justificación cuando el sujeto ignora la concurrencia de la causa de justificación y tan solo si estuviéramos en presencia de una causa de justificación con especiales

⁷⁰ En la película «El cabo del miedo», el abogado tras haber intentado detener a su cliente, el cual busca vengarse por todos los medios posibles, planea junto a un detective privado atacarle cuando éste acuda a su casa con intención de agredir a su mujer y su hija, tratándose por tanto de un acto preparatorio.

⁷¹ Véase, con más detalles, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 23/nm 91 ss., 95-96.

⁷² TARAMIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, 7ª, 2016, 228-229, «Esta subjetivación carece de base legal, introduce una confusión en el uso de los conceptos jurídico-penales y lleva a pervertir el sentido fundamentalmente objetivo de la causa de justificación».

presupuestos subjetivos de justificación sería relevante la presencia única de la voluntad defensiva, excluyendo otro tipo de motivación, si el legislador expresamente exigiera únicamente motivos legítimos como válidos para justificar la conducta»⁷³. Basta solo con el conocimiento de la situación, si el sujeto conoce que se da una situación objetiva de justificación y actúa, entonces, al igual que en el dolo directo de segundo grado, le guste o no le guste y aunque su propósito o ánimo sea otro (venganza)⁷⁴, quiere, porque no tiene más remedio que aceptar y querer, actuar defendiendo, y por eso no tiene auténtico dolo y no hay desvalor subjetivo de la acción. No obstante, lo que sí puede suceder en múltiples casos es que al no ser el propósito o móvil que guía al sujeto precisamente el de defensa, ello haga que objetivamente su conducta sea innecesaria o desproporcionada y constituya un exceso intensivo o extensivo de la causa de justificación⁷⁵.

En efecto, la eximente opera cuando se utiliza la defensa racionalmente necesaria, que, en primer lugar, significa cuando se utiliza la defensa menos lesiva posible pero segura y eficaz para impedir o repeler la agresión⁷⁶. Si el sujeto actúa motivado por la venganza, no es descartable que lo haga de manera excesiva, porque su propósito principal es el de colmar el deseo de venganza y este solo se consigue actuando de manera mucho más enérgica de lo que sería necesario⁷⁷. En estos casos se está ante el exceso intensivo, el cual supone una atenuación del injusto objetivo, al fin y al cabo la actuación base es de defensa del bien jurídico y del Derecho e impide una agresión antijurídica, aunque sea excesivamente⁷⁸.

⁷³ TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación*, 2000, 161.

⁷⁴ Primera escena de «La naranja mecánica», la banda de Alex se encuentra con una banda rival, los cuales se disponían a violar a una mujer en ese momento. Existe conocimiento de que se encuentran en una situación de defensa, pero la voluntad no es más que la de vengarse de la banda, no salvar a la mujer. Aceptando que solo se requiere el conocimiento de la situación, y no la voluntad de defensa, cabría en este caso la causa de justificación.

⁷⁵ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3^a, 2016, 21/nm 28. En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, *PG DP*, 5^a, 2015, 196: «Exigir ese componente subjetivo puede ser exagerado, pues si concurren todos los requisitos, poco importará que le haya animado finalmente el deseo de venganza o un sentimiento de odio».

⁷⁶ Aquí se puede hacer referencia a la película «Kill Bill», en la escena del hospital, cuando la protagonista despierta del coma y un extraño sube a la cama sobre ella, entonces ella para defenderse, le arranca la lengua de un mordisco. Puede parecer que la defensa es excesiva, pero luego se advierte que no podía mover las piernas.

⁷⁷ Escena de «Pulp Fiction» donde Marsellus y Butch, se encuentran atados en una casa de empeños. Marsellus buscaba vengarse de Butch, por no cumplir con el trato de perder el combate a cambio de un sobre lleno de dinero. Butch consigue escapar mientras Marsellus es sodomizado por uno de sus captores. Butch decide no solo vengarse de ellos, sino que además ayuda a Marsellus a que él también se vengue, es por ello que decide perdonarle a cambio de su silencio y de que desaparezca de la ciudad. Tiene intención de salvarle, pero no sólo le mueve el ánimo de defensa, sino que también busca venganza.

⁷⁸ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3^a, 2016, 23/nm 75.

Como apoyo al argumento de exclusión del elemento subjetivo, en la anterior regulación del CP de 1944/1973, en su art. 8.6º se regulaba la legítima defensa de extraños, añadiendo el requisito de que «el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento, u otro motivo ilegítimo»⁷⁹. Antes se separaban la defensa de los bienes de otros o de extraños de la defensa propia o de bienes de los pariente, señalando expresamente que aunque se diera el resto de requisitos, si el móvil hubiera sido la venganza, no cabría apreciar la eximente; al interpretarlo *a sensu contrario*, en la defensa propia o de familiares sí que puede estar impulsado por venganza. Desde la reforma de 1983 ha desaparecido esta regulación que diferenciaba hasta tres supuestos de legítima defensa y, por tanto, se ha eliminado aquel requisito, cualquier defensa puede estar impulsada por venganza, lo importante es que el que actúa por venganza lo haga dentro de los límites objetivos establecidos en el art. 20.4ª CP⁸⁰.

A modo de conclusión, el posible recurso a esta causa de justificación es bastante limitado, ya que el deseo de venganza surge ante la toma de conciencia del daño sufrido y ante la insatisfacción de la respuesta o falta de respuesta del OJ ante el daño sufrido. Es decir, agresión y venganza no coinciden en el tiempo. Ahora bien, esta explicación va referida a la conducta violenta que ha sido la que ha provocado que se manifieste el sentimiento de venganza. Una vez anidado este sentimiento en el sujeto, si la venganza se produce en el contexto de una legítima defensa la eximente sí entra en aplicación, siempre y cuando la conducta se mantenga dentro de los límites legales establecidos en el art. 20.4 CP.

2. TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO Y VENGANZA

Esta eximente se encuentra regulada en el vigente art. 20.1 CP, el cual indica lo siguiente «están exentos de responsabilidad criminal: El que, al tiempo de cometer la infracción penal a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actúa conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión». Además, como

⁷⁹ Sobre la regulación de la legítima defensa en el CP 1944 anterior a la reforma de 1983, MIR PUIG, *Lecciones de Derecho Penal*, 1983, 199.

⁸⁰ MIR PUIG, *Lecciones de Derecho Penal*, 1983, 187.

modalidad autónoma de trastorno mental aparece la intoxicación plena por el consumo de sustancias y el síndrome de abstinencia, en el art. 20.2 CP.

Lo único que distingue al trastorno mental transitorio de una anomalía o alteración psíquica es su duración y su causa, por lo demás ha de producir el mismo efecto de inimputabilidad⁸¹. El origen del trastorno mental transitorio puede ser endógeno, o sea, por una causa interna del propio sujeto, o exógeno, o sea, motivado por causas o factores externos que inciden en ese momento sobre el estado psíquico del sujeto, graves daños u ofensas que provocan una reacción psíquica extrema de pasiones, afectos o emociones esténicas como la agresividad, ira, cólera, *venganza*, o arrebatos u obcecación en grado máximo, incluso el miedo insuperable puede a veces llegar al trastorno mental completo⁸². En cuanto a si es necesario el fondo patológico, no cabe descartar la posibilidad de trastornos que produzcan el necesario efecto psicológico de inimputabilidad sin base patológica alguna⁸³. Como se puede observar, en esta explicación queda ya visible la posibilidad de que la venganza llegue a provocar un estado de inimputabilidad en el sujeto, con el efecto de que se anulará la responsabilidad penal por el delito que cometa bajo ese estado⁸⁴.

El primer párrafo del art. 20 expresa que para su aplicación se requiere el mismo efecto de la anomalía permanente, que el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, y por tanto habrá inimputabilidad en la supresión total de la capacidad de comprensión o de la inhibición y control, pero también en la práctica supresión, producida por una profundísima alteración o perturbación, de alguna de esas capacidades⁸⁵. El momento en que debe producirse el efecto de inimputabilidad propio del trastorno mental transitorio es el de la realización del comportamiento típicamente antijurídico⁸⁶.

⁸¹ MIR PUIG, *PG*, 10^a, 2016, 23/nm 6.

⁸² LUZÓN PEÑA, *PG*, 3^a, 2016, 27/nm 20.

⁸³ MIR PUIG, *PG*, 10^a, 2016, 23/nm 12 y ss. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *CP. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, 1997, 780.

⁸⁴ El juicio que tiene lugar en la película «Tiempo de matar», solo puede ganarse si el jurado aprecia que el asesino (padre de la víctima) se encontraba en una situación de enajenación. En esa escena, el acusado alega no saber lo que estaba haciendo. Por otro lado, el psiquiatra llamado por la defensa expone que, ante el dolor que había sufrido, se había producido en la mente del acusado “una rotura temporal con la realidad”, siendo esta definición muy similar a la del trastorno mental transitorio.

⁸⁵ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3^a, 2016, 27/nm 21.

⁸⁶ MIR PUIG, *PG*, 10^a, 2016, 23/nm 10.

Las SSTS de 15 de abril de 1998 y 6 de julio de 2001⁸⁷, entre otras, definen el trastorno mental transitorio como «la aparición de indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto que le priva de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su potencia decisoria, sus libres determinaciones volitivas, siempre ante el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza. Fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable. En el entendimiento de que la eximente completa requiere la abolición de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto, prevalece la eximente incompleta cuando el grado de afección psíquica no alcanza tan altas cotas».

El TS establece que para que tenga lugar la presencia del trastorno mental transitorio han de cumplirse los siguientes requisitos: aparición brusca; irrupción en la mente del sujeto con pérdida de facultades intelectivas o volitivas o ambas; breve duración (de ahí su denominación “transitorio”); curación sin secuelas; que no sea autoprovocado, es decir, que no haya sido provocado por el que lo padece con propósito de cometer el hecho delictivo⁸⁸.

El trastorno mental transitorio será tratado como una eximente incompleta cuando la perturbación no sea plena, sino parcial, es decir, la imputabilidad no es anulada, sino mermada⁸⁹. Son requisitos, pues, de esta eximente:

1) Aparición brusca anulando la capacidad de culpabilidad del sujeto. Una perturbación mental inmediata transitoria y evidente que suprima la conciencia del acto⁹⁰.

2) Pérdida de la capacidad intelectual y/o volitiva. Para apreciar los efectos del trastorno mental transitorio, desde el punto de vista legal, es imprescindible que efectivamente se haya producido en el sujeto una perturbación de sus facultades mentales, no basta con la concurrencia del presupuesto biológico, para el caso de que este sea requerido, sino que debe unirse la apreciación del efecto anímico. «Se trata de una anomalía o alteración psíquica con pérdida intensa de las facultades intelectivas y

⁸⁷ SSTS 527/1998, de 15 de abril; y 1491/2001, de 6 de julio.

⁸⁸ SSTS 580/2017, de 19 julio; 475/2019, de 4 abril.

⁸⁹ BLANCO LOZANO, *La eximente de anomalía o alteración psíquica*, 2000, 111 y ss.

⁹⁰ ARIAS MADRIGAL, *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal* 7 (2002), 144.

volitivas»⁹¹. El trastorno mental transitorio exige una condición de tal intensidad que elimine temporalmente la conciencia del acto. Ha de provocar como efecto la falta de la necesaria capacidad de conocer lo ilícito y de dirigir la propia conducta según dicho conocimiento; ha de determinar una perturbación tal en la mente del sujeto que determine una plena anormalidad en su conocimiento de la situación o en las condiciones de su autocontrol⁹².

3) Corta duración. Este es realmente el elemento que sirve para diferenciar el trastorno de la anomalía psíquica permanente; además, el hecho de que tenga una corta duración también puede implicar la imprevisibilidad del acontecimiento, esto es, el sujeto que lo va a sufrir no puede contar con que va a padecer este trastorno mental⁹³.

4) Que dicho trastorno no sea autoprovocado y su curación se produzca sin secuelas, para el caso de que se trate de un trastorno provocado por causas exógenas, sin base patológica⁹⁴. Sin secuelas ha de entenderse en el sentido de que el trastorno tiene una duración temporal, desaparecido el factor que ha provocado el trastorno, el sujeto vuelve a recuperar plenamente su capacidad de culpabilidad⁹⁵.

Cuando se produce el trastorno mental transitorio se considera que la persona no es responsable de lo que hace y, por lo tanto, queda exento de cualquier pena. En el caso de que los requisitos establecidos no se cumplan totalmente se entiende que hay una situación de semiimputabilidad. Pero, si la pérdida de capacidades volitivas e intelectuales no es total, y tampoco alcanza un grado elevado, entonces se habla de arrebatos u obcecación, siendo la persona parcialmente responsable y aplicándose una atenuante. Entre las atenuantes de arrebatos u obcecación y trastorno mental transitorio hay una relación muy clara, pues estos dos estados pasionales también pueden llevar a provocar esta eximente. Así, como explica MIR PUIG, «Si el arrebatos, obcecación u otro estado pasional llegan a excluir por completo la imputabilidad, darán lugar a la estimación de la eximente de trastorno mental transitorio (art. 20.1ª). Si la disminución

⁹¹ ARIAS MADRIGAL, *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal* 7 (2002), 150. La intensidad de la perturbación debe ser equiparable a la del enajenado, diferenciándose de la enajenación únicamente en cuanto a su transitoriedad. Cuando el efecto psicológico es pleno, afectando las funciones cerebrales, se acepta la exención penal completa, señalándose que debe ser manifiestamente perceptible y perturbar siempre las funciones intelectuales y volitivas.

⁹² MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 23/nm 7.

⁹³ ARIAS MADRIGAL, *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal* 7 (2002), 145-146; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, 7ª, 2016, 200; VÁZQUEZ LÓPEZ, *Cuadernos de Medicina Forense* 16, número (2010), 244.

⁹⁴ STS 49/1996, de 5 diciembre.

⁹⁵ DE AGUILAR GUALDA, *Trastornos neuróticos y del control de los impulsos*, 2017, 73.

de imputabilidad es muy considerable puede motivar la aplicación de una eximente incompleta (art. 21.1ª, en relación con el art. 20.1ª)»⁹⁶.

Pasando ahora a valorar si la venganza puede dar o no lugar a la apreciación de esta eximente, cabe explicar lo siguiente. Algunos de los requisitos antes mencionados pueden generar ciertos problemas para su apreciación. Porque en un principio la venganza no tiene una aparición brusca, si esto se entiende como algo repentino, sino que se trata de algo meditado, pero no es totalmente incompatible, porque el sujeto puede “explotar” en un momento dado, por tanto repentinamente, como consecuencia de la acumulación de diversos factores y estados pasionales, uno de ellos el de la venganza. El trastorno es de corta duración, este requisito no va a provocar especiales problemas si se pone en relación con el momento álgido, cuando el sujeto pierde su capacidad de culpabilidad, sí será problemático si la venganza es el único factor a valorar y esta se lleva a cabo tras un lapso de tiempo prolongado. El requisito que puede generar más problemas para la apreciación de la eximente es que este estado pasional de venganza ha de anular la capacidad de culpabilidad, lo que por sí solo no parece que suceda con facilidad, pues no es fácil que este sentimiento llegue a anular la capacidad de comprensión o de autocontrol en el sujeto. Será más fácil que opere la eximente si hay además alguna base patológica o si concurre algún otro estado pasional. Lo importante que ha de subrayarse es que la venganza sí es un sentimiento que puede llegar a provocar el trastorno mental transitorio, eximiendo de responsabilidad penal al sujeto, tal como ha reconocido expresamente LUZÓN PEÑA cuando ha afirmado que «graves daños u ofensas que provocan una reacción psíquica extrema de pasiones, afectos o emociones esténicas, como agresividad, ira, cólera, *venganza*, o arrebatos u obcecación en grado máximo, incluso el miedo insuperable puede a veces llegar al trastorno mental completo»⁹⁷.

3. MIEDO INSUPERABLE Y VENGANZA

La eximente se encuentra regulada en el apartado 6º del art. 20 CP. Se trata de una causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad individual⁹⁸. Esta es la interpretación que permite conceder autonomía a la eximente de miedo, dejando claro

⁹⁶ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 25/nm 38.

⁹⁷ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 27/nm 20.

⁹⁸ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 24/nm 16.

que los supuestos más intensos, los que llegan a provocar terror o pánico en el sujeto, pueden llegar a anular la acción (por falta de voluntariedad en el movimiento o en la pasividad) o pueden provocar un trastorno mental transitorio, la causa de inimputabilidad antes explicada.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN⁹⁹ consideran el miedo como «un estado que, aun afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación (amenaza, situación de peligro para la vida, etc.); “insuperable”, superior a la exigencia media de soportar males y peligros».

Los requisitos para la apreciación de esta eximente son, por un lado, el miedo, como requisito esencial, “unánimemente se entiende por la doctrina y así lo estima también el TS”¹⁰⁰, cosa distinta en cuanto al concepto de miedo es el relativo a su intensidad, procedencia o relevancia respecto de otros móviles. Por otro lado, se requiere que el miedo sea el que impulse la actuación y, finalmente, que este miedo sea insuperable¹⁰¹.

1) El miedo. En opinión de CUERDA ARNAU, se tiene que rechazar un concepto de miedo cuyo contenido sea prioritariamente psiquiátrico-psicológico, pues, aunque resulte innegable la vertiente psicológica del miedo, hay que evitar que ésta se acentúe en exceso, pues tal planteamiento convertiría al miedo en una causa de inimputabilidad superflua, ya que, como se ha comentado antes, haría que coincidiera con el trastorno mental transitorio¹⁰². En la misma línea, VARONA GÓMEZ entiende que la alusión al miedo debe interpretarse como la “exigencia de un cierto estado emocional en el individuo, provocado por la amenaza de un mal y caracterizado por el temor de la persona al advenimiento de un hecho desagradable, frente al cual ésta puede reaccionar de diversas formas”¹⁰³. Apunta, además, que de ello se deriva que la insuperabilidad del miedo debe interpretarse como “aquel miedo que, normativamente, no se exige a la persona que lo supere”¹⁰⁴.

⁹⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª, 2015, 391.

¹⁰⁰ Tal como reconoce CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable*, 1997, 82.

¹⁰¹ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable*, 1997, 82-83.

¹⁰² CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable*, 1997, 84.

¹⁰³ VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, 2000, 148.

¹⁰⁴ VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, 2000, 148.

2) Impulsado por el miedo. El CP exige que el sujeto actúe “impulsado” por el miedo insuperable, y esto ocurre cuando «efectivamente falta en aquel la libertad de determinación necesaria para exigirle una conducta distinta»¹⁰⁵.

3) Insuperabilidad del miedo. En la interpretación de este requisito se suele recurrir a su valoración desde la perspectiva del hombre medio, esto es, se atiende a si para una persona media el mal que amenaza y que provoca el estado emocional de miedo resulta o no superable¹⁰⁶. Se recurre, por tanto, como apunta CUERDA ARNAU, a un criterio de tipo normativo, no psicológico, a la hora de valorar esta circunstancia¹⁰⁷.

Una vez mencionados sucintamente los requisitos de la eximente, el principal inconveniente para poder recurrir a ella en los casos de actuación por venganza descansa en el segundo de los elementos. Como se ha comentado, el art. 20.6 CP exige que el sujeto actúe impulsado por miedo. Sobre este particular, la doctrina discute si este estado pasional puede ser o no compatible con otras motivaciones o móviles en la actuación, en caso afirmativo uno de tales motivaciones podría ser el de la venganza. Por un lado, el TS exige que «el miedo sea el único fundamento que motive al sujeto en su conducta»¹⁰⁸, por lo que, si se produce la presencia de otros móviles, como la venganza, el odio, la ira, no puede decirse que su conducta esté presionada por la situación de miedo y, por tanto, faltando este elemento o requisito, la eximente queda descartada. Ni siquiera se plantea la posibilidad de que se pueda apreciar el miedo como eximente incompleta, lo que viene a significar que realmente el sujeto cuando actúa no lo hace por miedo, o que este sentimiento no afecta ni siquiera mínimamente a su culpabilidad.

Un sector de la doctrina¹⁰⁹ considera que la venganza es un móvil que resulta incompatible con el miedo, ya que esta eximente se fundamenta en la reacción frente a un mal amenazante, presente, no pasado, pero respecto del odio no entiende lo mismo, considera que aunque se encuentra íntimamente ligado a la venganza no tiene por qué desplazar el sentimiento de miedo. VARONA GÓMEZ considera que «el móvil más

¹⁰⁵ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable*, 1997, 92.

¹⁰⁶ GUIMERÁ FERRER-SAMA/VIDAL PÉREZ DE LA OSSA. *Circunstancias que modifican la responsabilidad penal*, 2014, 6.

¹⁰⁷ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable*, 1997, 97 y ss.

¹⁰⁸ Véase, entre otras, SSTS 631/1997, de 6 mayo; 1138/2000, de 24 de octubre; 172/2003, de 6 de febrero; 143/2007, de 22 febrero; 1046/2011 de 6 octubre; 54/2015, de 11 febrero; 86/2015, de 25 febrero; 35/2015, de 29 enero; 240/2016, de 29 marzo.

¹⁰⁹ VARONA GÓMEZ, *Miedo insuperable*, 2000, 148. En el mismo sentido, entre otros, PUENTE SEGURA, *Eximentes, atenuantes y agravantes*, 1997, 254.

alejado del miedo es la actuación plenamente voluntaria de la persona»; si la persona no actúa exclusivamente impulsada por el miedo, no cabe apreciar esta eximente¹¹⁰.

En la posición contraria se encuentra otro sector de la doctrina¹¹¹, que defiende la posibilidad de concurrencia de otros móviles junto con el miedo insuperable. En concreto, MELENDO PARDOS¹¹² establece que la jurisprudencia exige que el miedo sea la única causa del hecho, lo que provoca que no se estime la eximente en casos en los que puede apreciarse también venganza, odio o ira. Pero este autor rechaza esta interpretación, considerando que basta con que se obre impulsado por el miedo insuperable, de forma que el miedo debe ser el motivo preponderante de la actuación, pero no tiene por qué ser motivo exclusivo. Así podrá concurrir con otras motivaciones, con otros motivos (ira, venganza), siempre y cuando el miedo sea la razón determinante de la actuación.

Aceptando la opinión de esta parte de la doctrina, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos de esta eximente, y solo cuando sea el miedo el motor desencadenante de la actuación, podrá ser compatible con otros móviles, como la venganza; otra cosa será probar cuales han sido las verdaderas intenciones o motivaciones del sujeto, si actuó en primer lugar por miedo o si lo hizo por venganza. Un problema de prueba que no será fácil de superar, por otro lado.

VI. TRATAMIENTO PENAL DE LA VENGANZA Y LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

La actuación motivada por la venganza no solo puede subsumirse en algunas circunstancias eximentes, como se ha explicado en el apartado anterior, condicionada a la interpretación de determinados requisitos o circunstancias de forma que las hagan compatible con este sentimiento o estado pasional. Lo más factible es que se puedan recurrir a algunas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, bien a circunstancias atenuantes, que es la parte que aquí más interesa, bien en sentido contrario, a circunstancias agravantes.

¹¹⁰ VARONA GÓMEZ, *Miedo insuperable*, 2000, 155.

¹¹¹ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable*, 1997, 92. SERRANO BUTRAGUEÑO, en: DEL MORAL GARCÍA (coord.)/SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tomo I, 3ª, 2001, 427-428; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2ª, 2015, 652; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 28/nm 38.

¹¹² MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2ª, 2015, 652.

I. ARREBATO U OBCECACIÓN

Es circunstancia atenuante la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos u obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. El fundamento de esta atenuante es una disminución de la imputabilidad del sujeto¹¹³.

El TS no admite la aplicación de la circunstancia de arrebatos en los supuestos de «simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas», admitiendo que el fundamento de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta¹¹⁴.

Tanto el arrebatos como la obcecación son circunstancias que inciden en la culpabilidad, afectan a la imputabilidad, es decir, tienen incidencia sobre la capacidad de un individuo para manejarse o guiarse a través de la norma jurídica¹¹⁵. En caso de que el individuo obrase por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos u obcecación u otro estado pasional de entidad semejante esta capacidad se vería disminuida.

La RAE define el estado pasional como «afecto, pasión o emoción de intensidad importante que impulsa al sujeto a cometer el delito, que por tanto no es realizado en estado de tranquilidad o frialdad». Por otro lado, en cuanto al arrebatos, indica que se trata de «arrebato, furor, éxtasis, ofuscación tenaz y persistente», y la obcecación como «estado de ánimo que impide considerar con claridad o exactitud una cosa».

En lo que se refiere al concepto y diferencia entre ambos estados pasionales, el TS ha definido el primero como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de ceguera u ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda; otras veces se explican atendiendo a su duración temporal, y así, el "arrebatos como emoción súbita y de corta duración" y la "obcecación es más duradera y permanente"; la primera, está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa¹¹⁶.

¹¹³ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 25/n.m 30.

¹¹⁴ STS 1147/2005, de 13 de octubre.

¹¹⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *CP. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, 1997, 773.

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, la STS 193/2016, de 8 de marzo.

En términos parecidos son definidos estos estados pasionales por la doctrina. Así, MIR PUIG¹¹⁷ entiende el arrebató como un concepto sinónimo al de «emoción dinámica» mientras que asimila la obcecación al de «pasión estática». La emoción dinámica, el arrebató, lo asemeja a una reacción inmediata, instantánea y fugaz¹¹⁸, en tanto que la pasión estática la equipara a una ofuscación duradera que puede mantenerse de forma indefinida.

En el mismo sentido, DOYLE ÁLVAREZ¹¹⁹ afirma que el arrebató corresponde a los estados consistentes en emociones súbitas y de corta duración, que en el caso de ser de aparición más lenta y originar una ofuscación tenaz y persistente constituiría ya el otro término, la obcecación. Por lo tanto, la distinción recae en la duración temporal que hace aparecer el estado pasional, siendo el arrebató algo más repentino y fugaz y la obcecación un proceso más duradero¹²⁰.

Señala MIR PUIG¹²¹ que en la regulación anterior de estas atenuantes (en el CP anterior) se requería que los estados pasionales tuvieran lugar por motivos tan poderosos «que los produjeran “naturalmente”». Con este adverbio se pretendía que las atenuantes solo se pudieran apreciar en supuestos en los que se presentaban como «comprensibles y creíbles a la vista de los motivos». Este adverbio «naturalmente» ha sido suprimido de la actual regulación de las atenuantes en el art. 21.4, pero en cualquier caso se sigue exigiendo «causas o estímulos tan poderosos que hayan producido un estado pasional que, como el arrebató o la obcecación, tenga la entidad suficiente para disminuir la imputabilidad»¹²².

¹¹⁷ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 25/nm 35.

¹¹⁸ Un ejemplo de arrebató se encuentra en la escena del hospital en «Kill Bill», cuando la víctima tras despertarse del coma, defenderse de un hombre que quería violarla, se encuentra con un enfermero, al que en primer lugar ataca, puede entenderse que por miedo, pero de repente recuerda como ese hombre abusó de ella mientras se encontraba en el hospital, produciéndose una perturbación en su mente y llevándola a continuar su agresión de una forma mucho más violenta, con ánimo de venganza.

¹¹⁹ DOYLE ÁLVAREZ, *Anuario de la Facultad de Derecho* 31 (2014), 417.

¹²⁰ La diferencia entre estos dos estados puede verse reflejada en la película «Irreversible», ya mencionada, donde el novio de la víctima al creer haber encontrado a su violador, desata toda su ira contra él, sin ni siquiera cerciorarse de si se trata del verdadero agresor, pues su juicio se encuentra nublado por el dolor que ha sentido al ver a su novia destrozada, siendo este un caso de obcecación. Por otro lado, un claro ejemplo de arrebató puede ser el del amigo y ex novio de la víctima, el cual ha tratado durante toda la noche de evitar la venganza, pero, llegado el momento, golpea al “agresor” hasta causarle la muerte.

¹²¹ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 25/nm 37.

¹²² MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 25/nm 37.

Para la apreciación de la circunstancia atenuante de arrebató o de obcecación, el TS¹²³ ha señalado que la esencia de esta causa de atenuación radica en una sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, mermándolas en relación de causa a efecto y en conexión razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia.

De una forma más detallada, las condiciones necesarias para que concurra la atenuante de arrebató u obcecación son las siguientes:

1) Ha de existir un estímulo o causa que explique la reacción delictiva. En esta misma línea CORTÉS BECHIARELLI entiende por estímulo «todo acontecimiento capaz de poner en marcha el curso causal que deriva en una situación de arrebató u obcecación dimanante de aquel hecho»¹²⁴.

2) Este estímulo ha de ser poderoso como para poder producir una alteración de la imputabilidad¹²⁵.

Es decir, ha de ser de tal gravedad que sea capaz de producir una perturbación en las facultades y permita entender en cierto modo que se reaccione de forma antijurídica¹²⁶. Dicho estímulo ha de ser capaz de producir cierta anormalidad en las funciones del sujeto, creando una situación emocional de cólera súbita y de una duración corta, o bien una ofuscación de mayor duración en el caso de la obcecación, que produzca una disminución del intelecto y voluntad del autor¹²⁷. Debe tratarse de una alteración que le produzca al sujeto tal estado emocional que perturbe sus facultades disminuyendo su imputabilidad y permitiendo al menos entender la reacción.

3) Relación causal entre el estímulo y la reacción. «El fundamento de la atenuación no es solo la afectación de la imputabilidad, sino también la existencia de una situación anormal grave que favorece la comisión de una acción antijurídica»¹²⁸. Es

¹²³ Véase, entre otras, SSTs 1076/1992, de 13 de marzo; 1147/2005, de 13 de octubre.

¹²⁴ CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebató u obcecación*, 1997, 235.

¹²⁵ ALONSO FERNÁNDEZ. *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad: análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*, 1999, 76.

¹²⁵ STS 1145/2006, de 23 de noviembre.

¹²⁶ OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP Tomo II*, 1999, 660-663.

¹²⁷ Sobre esta explicación, entre otras, SSTs 428/1992, de 27 febrero; 1470/1994, de 7 septiembre; 57/1995, de 7 abril; 18/2006, de 19 de enero; 1233/2006, de 12 diciembre.

¹²⁸ OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP Tomo II*, 1999, 663. ALONSO FERNÁNDEZ. *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad: análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*, 1999, 90.

¹²⁸ STS 1145/2006, de 23 de noviembre.

decir, no solo es suficiente que entre la reacción del sujeto y el estímulo haya una conexión para hablar de una disminución de la imputabilidad, se requiere además que ese estímulo sea calificado como una situación anormal, capaz de provocar esa reacción.

4) Inmediatez, una conexión temporal entre el arrebató u obcecación y el delito. Se requiere para su aplicación cierta conexión temporal. El estímulo ha de ser inmediatamente anterior a la reacción, al delito cometido, porque el paso del tiempo hará que este estado pasional desaparezca, claramente en el caso del arrebató, ya que si concurre la obcecación el transcurso del tiempo puede hacer que persista tal estado pasional.

5) Que el estímulo proceda de la propia víctima, no del propio autor. La ley no exige este requisito, pero el TS exige que el estímulo provenga de la persona que más tarde será sujeto pasivo del delito¹²⁹. Como indica OBREGÓN GARCÍA, «la procedencia del estímulo puede influir en su importancia o gravedad, pero no es el elemento o requisito autónomo de la atenuante»¹³⁰.

6) No reprochabilidad. Que la reacción no sea reprochable, acudiendo la jurisprudencia a un polémico criterio de “normal convivencia”, esto es, que sea comprensible dentro de un entorno normal de convivencia¹³¹. Este requisito viene siendo exigido por la jurisprudencia y se ha entendido en el sentido de que «el estímulo debe ser éticamente no repudiable o adecuado a la norma socio-cultural vigente»¹³².

Cuando el estado pasional tiene una mayor incidencia en la conducta del sujeto la atenuante puede ser apreciada como muy cualificada. En estos casos se plantea la cuestión, aquí solo indicada, de cómo diferenciar entre la atenuante muy cualificada de arrebató u obcecación y el trastorno mental transitorio apreciado como eximente incompleta. Baste aquí indicar lo que se ha señalado en la STS de 23 de noviembre de 2006¹³³, donde se establece que «la atenuante de arrebató u obcecación tiene su límite superior en el trastorno mental transitorio y su límite inferior está constituido por el simple acaloramiento que ordinariamente acompaña a los delitos de sangre». Aunque

¹²⁹ SSTS 476/1993, de 8 marzo; 1382/2000, de 24 octubre; 754/2015 de 27 noviembre.

¹³⁰ OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP* Tomo II, 1999, 662. ALONSO FERNÁNDEZ. *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad: análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*, 1999, 91.

¹³¹ STS 1145/2006, de 23 de noviembre.

¹³² STS 1147/2005, de 13 octubre; STS 1145/2006, de 23 de noviembre. Sobre esta interpretación jurisprudencial con anterioridad, ALONSO FERNÁNDEZ. *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad*, 1999, 98.

¹³³ OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP* Tomo II, 1999, 662.

¹³³ STS 1145/2006, de 23 de noviembre.

limita el alcance de la atenuante y la eximente, no establece el ámbito de aplicación de la atenuante muy cualificada y su delimitación con la eximente incompleta de trastorno¹³⁴.

Si para la consideración de la atenuante como muy cualificada se requiere que la intensidad sea superior, pero no hasta el punto de considerarse trastorno mental transitorio en su modalidad incompleta, habrá que conocer en qué supuestos se aprecia la cualificación.

En opinión de MUÑOZ RUIZ¹³⁵ la complicación de esta apreciación de la cualificación se debe a que ésta se basa en la intensidad, cuando la alteración sea muy superior se habla de trastorno mental transitorio como eximente incompleta, y cuando no alcanza ese grado se acude a la atenuante ordinaria, por lo que resulta muy complejo determinar cuándo se puede aplicar la cualificación, aún más cuando los tribunales tampoco ofrecen una respuesta. Y esta diferenciación es importante porque tiene consecuencias en la aplicación de la pena, pues, como ya se ha comentado en otro lugar, las reglas de determinación de la pena sí son coincidentes cuando concurren solo la atenuante muy cualificada o la eximente incompleta (rebaja la pena en un grado, facultativamente en dos grados), pero la situación cambia cuando junto a la atenuante o eximente incompleta concurren circunstancias agravantes, pues en el caso de que se aprecie la eximente incompleta la rebaja de la pena en uno o dos grados se mantiene (y luego habrá que apreciar la regla que corresponda para la apreciación de la agravante), pero si se plantea como atenuante muy cualificada el Juez ha de proceder a aplicar la regla de la compensación racional entre ambas circunstancias, la atenuante y la/s agravante/s.

Una vez analizados los requisitos exigidos para estas atenuantes y las diferencias que existen entre una y otra, podemos decir que la venganza guarda una mayor similitud o encaja mejor en la atenuante de obcecación, más que en el arrebato, así se ha de deducir si se tiene en cuenta la explicación que centra la diferencia entre ambos estados pasionales en la duración, pues, como ya se indicó, generalmente la venganza es un

¹³⁴ De la misma opinión, CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA (dir.)/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al CP, PG*, 2011, 235. DE AGUILAR GUALDA, *Trastornos neuróticos y del control de los impulsos*, 2017, 72-73.

¹³⁵ MUÑOZ RUIZ, *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas*, 2016, 100.

proceso lento, no inmediato¹³⁶. La causa que explica la reacción delictiva es el daño que el sujeto ha sufrido; por las distintas razones que se han ido exponiendo a lo largo del trabajo, este daño provoca en el sujeto sentimientos o estados pasionales de ira, el rencor, el sentimiento de decepción que pueda albergar la víctima puede acabar provocando el deseo de venganza. El hecho de que previamente haya sido la víctima de un delito puede servir para que su reacción no se justifique, pero sí puede llegar a comprenderse, lo que permite cumplir también el requisito más discutible exigido jurisprudencialmente. La venganza plenamente consciente no cumpliría con el segundo de los requisitos exigidos, pero, como se verá más adelante, en la antigua regulación de la atenuante de vindicación de ofensa, se exigía que fuese próxima, presumiendo entonces la agitación mental del sujeto, por otro lado, es posible que el sentimiento sea tan poderoso que nuble la mente del sujeto, su voluntad, en cuyo caso sí podría acudir a esta atenuación. En lo referente al estímulo, debe ser calificado como una situación anormal, sufrir un daño personal no es una situación normal, es motivo suficiente para que una persona actúe en consecuencia, y aquí es donde habría que establecer si el daño es lo suficientemente importante como para comprender o ser capaz de provocar esa reacción. No se exige que la reacción sea proporcional al daño, pero sí que ese daño sea capaz de provocar en el sujeto esa reacción. Ello tendrá que determinarse en cada caso concreto.

En cuanto al resto de requisitos, la procedencia del estímulo, si hablamos de venganza, se asume que proviene de quien luego será sujeto pasivo del delito. Por último, en cuanto a la no reprochabilidad, en caso de que la venganza haya afectado a la voluntad del sujeto, no debería ser considerado reprochable, puesto que no era plenamente consciente de sus actos, cuestión distinta sería el caso de que la persona actuara de forma plenamente consciente, pero en ese caso no sería descartado por este requisito, sino que habría un fallo en el fundamento de la atenuante, no habría disminución de la imputabilidad.

Por otro lado, el propio art. 21 contiene no una, sino dos cláusulas analógicas, la primera de ellas en el apartado tercero, respecto del arrebató y la obcecación, y la segunda, respecto de todas las atenuantes. Si lo que se pretende es encontrar un lugar

¹³⁶ Un ejemplo se encontraría en la película «El renacido» (entre otras), donde el protagonista busca, de una forma insaciable, satisfacer su deseo de venganza contra aquel que lo abandonó en el bosque, tras sufrir el ataque de un oso, y que, además, asesinó a su hijo delante de él. Produciéndose el desencadenante (la propia obcecación) cuando al fin se encuentra con él y lo persigue hasta matarlo.

para este fenómeno, habrá que agotar todas las vías posibles. Para ello, se estudiará el fundamento de la primera atenuante analógica y su diferencia, si es que existe, respecto de la última.

2. LAS ATENUANTES POR ANALOGÍA

Como ya se ha indicado anteriormente, en el art. 21 CP se han previsto dos cláusulas de analogía, en el apartado 3º, para estados pasionales semejantes al arrebato u obcecación, y en el apartado 7º, para la construcción de la atenuante por analogía a las otras atenuantes mencionadas en el art. 21 CP.

La analogía es una relación de semejanza entre cosas distintas, si esta relación se encuentra prevista en la ley, se habla entonces de interpretación analógica, tal como se ha comentado con anterioridad¹³⁷.

Como se indica en art. 21.3ª CP, serán consideradas circunstancias atenuantes aquellos otros estados pasionales de entidad semejante. El legislador ha tratado de no dejar cerrada la lista de estados pasionales solo a aquellos que produzcan arrebato u obcecación, sino que amplía a aquellos estados pasionales siempre y cuando sean semejantes a los anteriores, entendiendo como estado pasional «la acción de padecer, lo que supone una perturbación o afecto desordenado del ánimo». Que del mismo modo que ocurre con el arrebato y la obcecación, se identifica con un estado de ánimo perturbado¹³⁸. Se permite su aplicación en todos los casos en los que se produzca una perturbación distinta del arrebato o la obcecación, pero con una intensidad que afecte a la imputabilidad del mismo modo¹³⁹.

Cuando el legislador ha querido regular un catálogo de circunstancias atenuantes abierto, da la impresión de que lo que ha pretendido es incluir todos aquellos estados pasionales que afecten a la persona y no sean arrebato, obcecación o trastorno mental transitorio. Porque no es tarea sencilla enumerar todas aquellas circunstancias que afectan a la mente del sujeto y, por tanto, es posible encajar en esta circunstancia, como indica BORJA JIMÉNEZ, estados pasionales como la provocación, la ira o la vindicación, entre otras, siempre que afecten al conocimiento o voluntad exigidos para tener dicha consideración, cuando produzcan efectos idénticos a los estados pasionales

¹³⁷GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.) *Las circunstancias atenuantes*, 1997, 148 y ss.

¹³⁸MATALLÍN EVANGELIO, *Arrebato, obcecación u otro estado pasional*, 1999, 124.

¹³⁹MATALLÍN EVANGELIO, *Arrebato, obcecación u otro estado pasional*, 1999, 216 y ss.

mencionados de manera expresa en el art. 21.3. Tanto el arrebató y la obcecación como el estado de entidad semejante responden a una alteración anímica del sujeto por causas propias de la vida social¹⁴⁰.

Esta interpretación puede tener como apoyo el argumento histórico, pues hasta la reforma del CP anterior en 1983 se mencionaban como circunstancias atenuantes la provocación y la vindicación de una ofensa sufrida por el autor o por un familiar allegado; será en la reforma de 1983 cuando, primero, se supriman estas dos circunstancias atenuantes, y, segundo, cuando se complete la descripción de la atenuante de arrebató u obcecación con la mención abierta a cualquier otro estado pasional de entidad semejante.

En el art. 21 se extiende aún más el abanico de atenuantes con la expresión «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores». Aquí se ha establecido una cláusula legal de analogía beneficiosa para el reo, dando lugar a la posibilidad de atenuar la pena en situaciones distintas a las ya mencionadas en los apartados anteriores, pero siempre y cuando tengan similar significación, que ha de entenderse que han de responder al mismo fundamento (en este caso, una disminución de la culpabilidad)¹⁴¹.

Por lo tanto, existen dos posibilidades, lo que nos lleva a estudiar en qué circunstancias los tribunales han apreciado la atenuante de analogía del art. 21.7, con qué requisitos, y si cabe establecer alguna diferencia entre una y otra atenuante basada en la analogía.

En cuanto a los requisitos, señala GOYENA HUERTA¹⁴² que deben tener lugar los siguientes:

1) Que en la conducta del sujeto se aprecie una disminución de la culpabilidad o antijuridicidad en el delito cometido (porque las atenuantes específicas previstas en el art. 21 algunas se fundamentan en la menor gravedad del injusto, otras se fundamentan en una menor culpabilidad). Este requisito también es destacado por DEL RÍO FERNÁNDEZ¹⁴³ quien considera que si la justificación de las atenuantes radica en la menor graduación de la culpabilidad o del daño, de igual modo habrá de tratar a la atenuante por analogía. Por tanto, cuando tenga lugar algún motivo con significación

¹⁴⁰ BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, 2002, 149 y ss.

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª, 2015, 487 y ss.

¹⁴² GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Las circunstancias atenuantes*, 1997, 149-150.

¹⁴³ DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes por analogía*, 1995, 24-25.

similar a la base expuesta, se tratará de una atenuante de análoga significación que las anteriores.

2) Que esa menor culpabilidad o antijuridicidad tenga relación con las circunstancias atenuantes específicas, apareciendo probados unos hechos de análoga, semejante o parecida significación a los que como típicos se contienen en el texto legal.

3) Que existan en la narración fáctica supuestos suficientes para su apreciación.

En lo que se refiere a si cabe plantear la atenuante por analogía del art. 21.7 en relación con la atenuante analógica de estado pasional semejante al arrebató u obcecación, no existe impedimento legal alguno. No obstante, el art. 21.3º da entrada a cualesquiera otros estados anímicos que, tanto en su naturaleza como en su intensidad, tengan analogía con el arrebató o la obcecación, por lo que parece razonable que se recurra al art. 21.3º para establecer la analogía cuando la atenuación se basa en un estado pasional que suponga una disminución de la imputabilidad del sujeto, no recurriendo en este caso a la atenuante por analogía “genérica”¹⁴⁴.

También en lo referente a la relación que mantiene el art. 21.3º con la atenuante por analogía, señala MATALLÍN EVANGELIO¹⁴⁵ que «la operatividad de la circunstancia de análoga significación, en relación a la atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, ha quedado limitada de forma considerable tras la introducción en esta última de la locución legislativa “u otro estado pasional de semejante entidad”». De acuerdo con esto, la eficacia de la atenuante 3ª se extiende a otros fenómenos afectivos distintos de los constitutivos de arrebató u obcecación, siempre que determinen una disminución de las capacidades cognitiva y/o volitiva equiparable a la producidas por lo estados antedichos, resultando evidente que la práctica totalidad de las actuaciones bajo estados pasionales actuarán por la vía de la atenuante de análoga entidad del art. 21.3¹⁴⁶.

Siendo así, desde un punto de vista teórico la aplicación del art. 21.7ª en relación con el tercer apartado quedaría circunscrita a los supuestos afectivos análogos a estos otros estados pasionales de entidad semejante al arrebató u obcecación¹⁴⁷, lo que significa que se plantearía un supuesto de doble analogía, pues se estaría planteando la analogía sobre el estado pasional de entidad semejante al arrebató o la obcecación. Pues

¹⁴⁴ GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Las circunstancias atenuantes*, 1997, 154.

¹⁴⁵ MATALLÍN EVANGELIO, *Atenuante de arrebató, obcecación, u otro estado pasional*, 1999, 400-401.

¹⁴⁶ MATALLÍN EVANGELIO, *Atenuante de arrebató, obcecación, u otro estado pasional*, 1999, 401.

¹⁴⁷ MATALLÍN EVANGELIO, *Atenuante de arrebató, obcecación, u otro estado pasional*, 1999, 400-401.

para los supuestos análogos al arrebató o a la obcecación operaría la circunstancia de estado pasional semejante.

Otra es la interpretación que ha mantenido el TS en esta cuestión. Como principio, no hace aplicación del art. 21.7 en relación con el art. 21.3, lo que significa que los casos de entidad semejante al arrebató u obcecación se resuelven a través de la cláusula establecida referida al estado pasional de entidad semejante. En alguna ocasión sí se ha recurrido a la atenuante por analogía, en aquellos supuestos en los que se ha tratado como si se apreciara la atenuante de arrebató u obcecación de manera incompleta. Es decir, utilizando la circunstancia de análoga significación en los supuestos de falta de alguno de los requisitos exigidos para la estimación de la atenuante de estados pasionales¹⁴⁸.

Esta explicación resulta criticable, ya que la atenuante análoga no se establece por la ley para el caso de que las atenuantes específicamente reguladas no resulten aplicables por ausencia de alguno de los requisitos que las identifican; la relación de analogía ha de establecerse atendiendo al fundamento y significado de las atenuantes, no en el mero parecido de alguno de sus requisitos. Por tanto, si se quiere construir la analogía con la atenuante prevista en el apartado 3º, «debe gravitar sobre el fundamento de la circunstancia de estados pasionales», esto es, sobre la situación de menor imputabilidad de base afectiva que identifica a esta causa de atenuación y no sobre sus requisitos¹⁴⁹.

En el este mismo sentido, señala BORJA JIMÉNEZ¹⁵⁰ que no podrá recurrirse a la atenuante análoga genérica como si se tratase de una atenuante incompleta, lo cual no quiere decir que el Juez no pueda recurrir a ella cuando falte algún requisito siempre y cuando exista cierta similitud en su fundamento.

A la vista de la existencia de dos circunstancias basadas en la analogía, la número 3 y la número 7, CORTES BECHIARELLI critica por superflua la inclusión de “estado pasional de entidad semejante” ya que los supuestos abarcados por ella pueden perfectamente encajar en la atenuante por analogía “genérica”, la del número 7¹⁵¹. Considera necesaria la supresión del final del art. 21.3ª, o en su defecto, debería ser

¹⁴⁸ Así lo explica MATALLÍN EVANGELIO, *Atenuante de arrebató, obcecación, u otro estado pasional*, 1999, 402.

¹⁴⁹ MATALLÍN EVANGELIO, *Atenuante de arrebató, obcecación, u otro estado pasional*, 1999, 401-402.

¹⁵⁰ BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes*, 2002, 210.

¹⁵¹ CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebató u obcecación*, 1997, 293-294.

redactada de otra manera para que pudiera tener un campo de aplicación diferenciado respecto de la genérica atenuante de análoga significación.

Quizás la razón para que se mantenga la mención al estado pasional semejante como atenuante obedece a una razón histórica. Como ya se mencionó, hasta la reforma de 1983 en el CP anterior se regulaban de manera expresa las atenuantes de provocación, de vindicación de una ofensa, de arrebató y obcecación; en esta reforma se optó por la supresión de las atenuantes de provocación y vindicación y, en su lugar, se completó la atenuante de arrebató u obcecación con la mención genérica a otro estado pasional semejante, al considerarse, primero, que las atenuantes antes mencionadas expresamente se podrían incluir en el estado pasional semejante si el mismo provoca efectos similares al arrebató y a la obcecación, esto es, disminuyen la imputabilidad del sujeto y, segundo, porque así se abre la posibilidad de que se puedan incluir otros estados pasionales que no son arrebató, obcecación, provocación ni vindicación de una ofensa grave¹⁵². Da la impresión de que con esta opción legal se ha querido reconducir a esta atenuante todos los supuestos de actuaciones por estados pasionales que impliquen una disminución de la culpabilidad¹⁵³. Pero, como se ha destacado anteriormente, esto ha supuesto que en el catálogo de las atenuantes se cuenten con dos circunstancias que admiten la interpretación analógica, y, por tanto, no se puede descartar que se plantee la posibilidad de que también opere la atenuante por analogía en relación con el estado pasional semejante, pues no hay ninguna exclusión expresa al respecto.

Como se acaba de mencionar, antes de la reforma de 1983 en el CP anterior se había previsto expresamente la atenuante de vindicación de una ofensa grave, lo que suponía el reconocimiento expreso de la actuación por venganza como posible atenuante basada en la menor culpabilidad del sujeto. La reforma de 1983 eliminó su mención expresa, pero, como CORTÉS BECHIARELLI ha reconocido, en realidad lo que se ha propuesto ha sido su absorción en la más amplia de estado pasional de entidad semejante. Ahora bien, a continuación este autor considera que la atenuante de

¹⁵² ORTS BERENQUER, en: COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. 1º, 1985, 277-279; CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebató u obcecación*, 1997, 116.

¹⁵³ No se puede descartar como explicación para esta reforma en 1983 el hecho de que el legislador haya querido lanzar un mensaje disuasorio a los ciudadanos para que no se amparen en las atenuantes de provocación y de vindicación de ofensas graves, pues si no se prevé de manera expresa al menos va a generar la duda sobre su admisión, forzando así al ciudadano a que se esfuerce en no tomarse la justicia por su mano, en no reaccionar frente a cualquier provocación, sino que en todos los casos ha de recurrir a la solución de los conflictos por la vía legal.

vindicación de ofensa debe desaparecer totalmente, entre otras razones, porque reconocer aunque solo sea efectos atenuatorios a la venganza supone retrotraernos a etapas primitivas ya superadas¹⁵⁴.

Compartiendo el fondo de la argumentación, no se puede olvidar que la venganza puede convertirse en un sentimiento que afecte a la capacidad de culpabilidad del sujeto, su imputabilidad se ha de ver disminuida, debiendo aplicarse la atenuante cuando se alegue y pruebe que se ha actuado por venganza, siendo imprescindible constatar que aquel estado pasional ha supuesto una disminución de la imputabilidad de tal entidad como para que pueda ser apreciada la atenuante de estado pasional semejante a la obcecación. Pero por otro lado, si en el CP de 1944/1973 se regulaba la atenuante de vindicación de ofensa, pudiendo atenuarse aquellos actos cometidos por venganza plenamente fría, siempre y cuando fuese próxima, se trataría de una ofensa grave y para unos sujetos restringidos, como señalaba la redacción del art. 9.6: «la de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados», y se considera que dicha atenuante ha sido absorbida por las actuales atenuantes de estados pasionales, puede en principio tener cabida siempre que se cumpla con los requisitos establecidos. La naturaleza de la antigua atenuante de vindicación puede entenderse, como indica MIR PUIG, como una atenuante basada en una perturbación del ánimo o, por el contrario, concebirla como una causa de disminución del injusto del hecho, opción que podría parecer más adecuada, ya que cuando la atenuante de vindicación estaba regulada expresamente en la ley no exigía estado alguno de excitación¹⁵⁵. Pero si se acude a la interpretación que hacen los tribunales, al exigirse una proximidad entre la ofensa y la propia vindicación, se observa que a través de este requisito en realidad se está presumiendo la alteración del estado afectivo del sujeto, tratándose entonces de una atenuante que afecta a la culpabilidad¹⁵⁶.

Como se ha indicado, la atenuante de vindicación de ofensa grave ya no aparece mencionada expresamente en el catálogo de atenuantes del vigente CP, pero no puede descartarse que pueda dar lugar a la aplicación de la atenuante de estado pasional

¹⁵⁴ CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebato u obcecación*, 1997, 116.

¹⁵⁵ MIR PUIG, *Lecciones de Derecho Penal*, 1983, 347.

¹⁵⁶ CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebato u obcecación*, 1997, 128.

semejante al arrebató u obcecación. A estos efectos, puede resultar muy útil exponer, sucintamente, la interpretación que se hacía de esta atenuante en el CP anterior.

A tal efecto, los requisitos exigidos para la concurrencia de esta atenuante son los siguientes¹⁵⁷:

1) Una ofensa grave al sujeto, cónyuge, ascendiente, descendiente, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados. La ofensa grave debe serlo hasta el punto de determinar la acción del procesado, excluyendo así determinadas conductas no “justificables”¹⁵⁸. Además en ocasiones el TS exigía cierta proporcionalidad entre la ofensa y la conducta vengativa, esta interpretación es criticada por CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, por considerar la proporcionalidad un requisito extralegal¹⁵⁹.

Dentro de este requisito, lo importante es considerar que si esta atenuante ha quedado absorbida por las de arrebató u obcecación, el requisito de la gravedad de la afrenta se adscribirá a la expresión tan poderosos que utiliza el actual art. 21.3. No hay una regla exacta para determinar la mayor o menor gravedad de una ofensa, por lo que esa intensidad debe ser valorada y exigida de acuerdo con las circunstancias de los sujetos intervinientes en cada caso¹⁶⁰.

2) La vindicación próxima, que el sujeto actúe con ánimo de venganza (en vindicación). En las atenuantes de provocación y amenaza del art. 9.5º CP anterior «la de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido» se habla de inmediatez, concepto que es considerado relativo y que depende del contexto en que se produce el hecho, no siendo posible una exacta determinación¹⁶¹; sin embargo, en este supuesto se habla de proximidad, no se requiere por tanto que sea inmediata a la ofensa. En opinión de CORTÉS BECHIARELLI, la perniciosidad (lo contraproducente) de esta exigencia (temporal) radica en su exportación injustificada a las atenuantes de arrebató u obcecación, que nunca han contenido en su redacción limitación cronológica de especie alguna¹⁶².

¹⁵⁷ MIR PUIG, *Lecciones de Derecho Penal*, 1983, 347.

¹⁵⁸ CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebató u obcecación*, 1997, 125.

¹⁵⁹ CORDOBA RODA en: CORDOBA RODA/RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, 1976, 483.

¹⁶⁰ CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebató u obcecación*, 1997, 126-127.

¹⁶¹ MIR PUIG, *Lecciones de Derecho Penal*, 1983, 347.

¹⁶² CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebató u obcecación*, 1997, 129.

Por otro lado, no se exige que la atenuante afecte a la consciencia o voluntad del sujeto, esto se presume con la inmediatez o proximidad, es decir, cuando se supone que ha transcurrido un lapso de tiempo más que suficiente para aquietar el ánimo del procesado, para recobrar su imperio sobreponiéndose a la pasión, entonces ya no cabe la atenuante, esta es la vía por la que el TS declara el carácter emocional de la misma¹⁶³. Se trata de un argumento para considerar que esta atenuante tiene la consideración de emocional o psíquica, que pasado un lapso de tiempo se extingue la alteración afectiva productora de la vindicación, pero no exige en ningún momento que tal estado vengativo afecte a la voluntad del sujeto, solo se presupone que, en ese lapso de tiempo, esta voluntad queda mermada. No dice que sea próxima y pasional, es una presunción de que el ser próxima ha afectado a la mente del sujeto¹⁶⁴.

En esta línea, CÓRDOBA RODA considera que la simple concurrencia de requisitos legales de la circunstancia del art. 9.6ª CP anterior será lo que debe decidir la estimación de la atenuante; argumentan que «la razón sustantiva de la atenuación conferida por la presente circunstancia sea contemplada en la alteración pasional del agente, no significa desde luego que la aplicación de la atenuante sexta esté condicionada a que el juzgador aprecie efectivamente en el supuesto concreto la indicada perturbación del psiquismo del acusado»¹⁶⁵.

De acuerdo con la consideración hecha por estos autores, solo con el hecho de que se cumplan los requisitos que se requerían para la antigua atenuante de vindicación, estableciendo como requisito fundamental la proximidad, puesto que como ya hemos visto, con ella se presume la alteración del sujeto (aunque no se pruebe dicha alteración) no siendo por tanto contraria al fundamento de las actuales atenuantes de estados pasionales (disminución de la culpabilidad), puede la venganza, a través de una vía distinta, es decir, cuando no desemboque en un arrebato o una obcecación, tener cabida dentro de los estados pasionales de entidad semejante del art. 21.3. Y, en el caso de que alguno de los requisitos exigidos no se cumpliesen, siempre quedaría abierta la posibilidad de la segunda analogía, ya que el TS ha acudido a ella cuando ha fallado

¹⁶³ CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebato u obcecación*, 1997, 128.

¹⁶⁴ Es en esta atenuante donde podría caer el caso que se plantea en la película «Irreversible», donde el novio de la víctima (acompañado del ex novio) al poco de conocer lo que le ha sucedido a su novia, decide vengarse, yendo esa misma noche a buscar al violador de su novia, sin ser capaz de pensar en otra cosa, entendiendo que su juicio está nublado por la proximidad entre el daño y el acto vengativo.

¹⁶⁵ CÓRDOBA RODA en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, 1976, 485.

alguno de los requisitos, cuando se trata de una atenuante incompleta, pero respetando su fundamento. Por tanto, siempre que se dé el requisito de la proximidad, la atenuante podrá tener cabida a través de la analogía del art. 21.7.

Por todo lo expuesto en este apartado, la actuación motivada por venganza puede tener cabida en el catálogo de circunstancias atenuantes, bien porque provoca el estado de obcecación, bien porque da contenido al estado pasional semejante (en cumplimiento de los requisitos exigidos para la antigua atenuante de vindicación de ofensa grave), y para el caso de que no se cumplan los requisitos exigidos para la aplicación de estas atenuantes, como podría darse en el caso de la venganza cabe en última instancia el recurso a la atenuante por analogía del art. 21.7.

3. AGRAVANTES

Hasta ahora se ha hecho una explicación sobre el tratamiento de la venganza para eximir o disminuir la responsabilidad penal del sujeto que actúa motivado por este sentimiento. Pero la venganza también puede dar lugar a plantear alguna circunstancia agravante, pues eximentes incompletas, atenuantes y agravantes pueden ser compatibles.

A diferencia de las atenuantes, que sí pueden influir solamente en la culpabilidad, para su disminución, en el caso de las agravantes, estas de alguna u otra forma tienen que estar conectadas con el tipo de injusto, porque el tipo de injusto supone el límite de la responsabilidad penal, la responsabilidad penal es por el hecho injusto cometido, del que el sujeto es plenamente culpable o tiene una culpabilidad disminuida, por esto las agravantes no pueden servir para fundamentar una culpabilidad mayor respecto del injusto cometido¹⁶⁶.

Respecto de las circunstancias agravantes que pudieran derivarse de las actuaciones llevadas a cabo por actos de venganza, serán mencionadas la alevosía, el disfraz y el ensañamiento, por considerar que son las que mayor relación pueden tener con los sentimientos de ira y rencor que dan contenido al estado pasional o sentimiento de venganza. Puesto que la doctrina no ha explicado la compatibilidad entre venganza y agravantes, se partirá de la compatibilidad existente entre arrebato u obcecación, en especial, la obcecación¹⁶⁷, para así adecuarlo al concepto de venganza.

¹⁶⁶ Se acepta la explicación defendida por LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 16/nm. 17-18.

¹⁶⁷ Por ser el que mayor relación guarda con la venganza.

- Alevosía

Se trata de una circunstancia agravante que tiene lugar cuando el delito se realice «empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido», definición expresamente recogida en el art. 22.1 CP. Por lo tanto, se requiere emplear medios que aseguren la comisión del delito, neutralizando o eliminando la posible defensa de la víctima.

La agravante de alevosía sí es compatible con el arrebato u obcecación, pues, tal como señala MUÑOZ CUESTA, puede tener lugar esta forma de comisión cuando el sujeto se encuentre sumido en un estado pasional de alteración anímica pero tiene la lucidez suficiente dentro de este estado como para ejecutar la acción utilizando medios que aseguren la ejecución del hecho, al tiempo que se impide que la víctima se defienda¹⁶⁸. Hay que tener en cuenta además que la atenuante implica una disminución de la capacidad de culpabilidad, en el sentido de que se disminuye su capacidad para comprender que hace algo injusto o para controlar sus impulsos, pero esto no afecta a la capacidad del sujeto para seleccionar los medios de ataque, para saber los efectos que se derivan de su utilización, para planear la ejecución del hecho, en definitiva, para que se cumplan los requisitos que dan lugar a la agravante de alevosía. Así, afirma este autor que el hecho «puede ser perfectamente realizado estando el agente sumido en un estado pasional de alteración anímica motivada por un estímulo procedente precisamente por la conducta de la víctima, teniendo aquel la lucidez suficiente, dentro del estado de excitación en que se encuentra, para ejecutar la acción con la seguridad y garantías necesarias»¹⁶⁹

Trasladando esta explicación a la venganza, al tratarse de un estado pasional que puede producir el mismo efecto de atenuación de la imputabilidad como el arrebato y la obcecación, no hay ningún inconveniente para su compatibilidad con la agravante de alevosía.

¹⁶⁸ MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Las circunstancias agravantes*, 1997, 38.

¹⁶⁹ MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Las circunstancias atenuantes*, 1997, 124. CARMONA SALGADO. *arrebato u obcecación*, 1983, 97.

- Disfraz

A diferencia de la alevosía, el CP no aporta una definición de lo que se entiende por disfraz. PAÍNO RODRÍGUEZ¹⁷⁰ lo define como «la utilización de medios que oculten o alteren notablemente la apariencia externa que habitualmente presenta el sujeto activo, de manera que impida o dificulte la identificación del mismo, o facilite la comisión del hecho delictivo».

Puede relacionarse con la anterior de alevosía; si lo que se pretende es la comisión efectiva del delito, se pueden emplear distintas formas para llevarlo a cabo, una de ellas es el uso del disfraz. Si el sujeto actúa por venganza, y dirige su actuación frente al sujeto que le causó el daño, en este caso la víctima de la acción vengadora conoce previamente al sujeto activo, lo que podría dificultar poder acercarse a ella con su aspecto normal. Como en la alevosía, el hecho de que el sujeto tenga disminuida su capacidad de culpabilidad por el estado pasional no impide que comprenda que está utilizando el disfraz para dificultar su identidad, lo que también repercute o se convierte en una traba para la averiguación del hecho y el responsable del mismo. Por tanto, también son perfectamente compatibles esta agravante con la atenuante de obcecación o el estado pasional semejante, en consecuencia, con la venganza.

- Ensañamiento

Del mismo modo que la alevosía, el art. 22.5ª CP ofrece una definición de ensañamiento: «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito».

Con aumentar deliberadamente el sufrimiento se refiere a que éste debe ser el objetivo, es decir, que haya voluntad de provocar ese sufrimiento, y que además sea innecesario para la ejecución del delito; p. ej., si lo que se busca es matar a una persona, no es necesario torturarle primero.

ARROYO DE LAS HERAS¹⁷¹ señala que el ensañamiento es compatible con el arrebató y la obcecación, por lo que de igual modo que en la alevosía podemos relacionarlo sin problema con la venganza.

¹⁷⁰ PAÍNO RODRÍGUEZ, en: ARMENDÁRIZ LEÓN (dir.)/BUSTOS RUBIO (coord.), *Teoría jurídica del delito*, 2017, 220.

¹⁷¹ ARROYO DE LAS HERAS en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Las circunstancias agravantes*, 1997, 39 y ss.

Una persona bajo la necesidad de provocarle un mal a otra, puede albergar también el deseo de aumentar su sufrimiento¹⁷², por lo que al mismo tiempo actúa en venganza, existe una compatibilidad clara con esta agravante.

VII. PROPUESTA DE APLICACIÓN PENAL DE LA VENGANZA

Una vez han sido analizadas todas las circunstancias en las que podría tener encaje la venganza, eximentes, atenuantes y agravantes, y establecido el lugar que este fenómeno podría ocupar, inclinados por denominar la venganza como una atenuante de entidad semejante a la obcecación cuando ésta afecte a las facultades del sujeto, situándola al menos en el tercer apartado del art. 21, o bien como una atenuante análoga a los estados pasionales, teniendo lugar entonces en el último apartado, cabe determinar a modo de propuesta los requisitos que consideramos han de concurrir para su apreciación.

Para ello se puede tener en cuenta la interpretación que se había propuesto en el CP anterior de la antigua atenuante de vindicación de una ofensa grave, antes de su eliminación expresa en la reforma de 1983. Al respecto, nos sirven las explicaciones dadas por CORTÉS BECHIARELLI¹⁷³ sobre los diferentes requisitos que se exigían jurisprudencialmente para su apreciación: en primer lugar, era una atenuante de naturaleza emocional, por lo que no bastaba con el simple ánimo vengativo, se exigía que se produjera una alteración en la capacidad de imputabilidad del sujeto. En segundo lugar, para su apreciación el sujeto, o una persona próxima a él, tenía que haber padecido una ofensa grave, pues solo así era comprensible que provocara la afectación de sus capacidades. En tercer lugar, aunque este no era un requisito que se derivara de su regulación, en ocasiones también se exigía que la respuesta fuera proporcional a la gravedad de la ofensa. Y, finalmente, la vindicación tenía que guardar una conexión con la ofensa, tenía que haber conexión causal entre el estímulo y la reacción.

Es cierto que la evolución social permite que determinadas reacciones impulsadas por estados emocionales como la venganza no tengan tanta presencia como en épocas pasadas. Sobre este particular cabe recordar la exposición realizada en la STS

¹⁷² Como ejemplo puede traerse a colación la película «Un ciudadano ejemplar». El protagonista se venga de uno de los asesinos de su mujer y su hija torturándole mientras graba la escena, para más adelante entregarle la cinta al fiscal, del cual también quiere vengarse. Se trata de una escena de brutal violencia donde va suministrándole distintos fármacos, para que no pueda desmayarse ni desangrarse, mientras le va amputando todos los miembros de su cuerpo.

¹⁷³ CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebato u obcecación*, 1997, 115-130.

de 21 de mayo de 1976: «el Derecho trata de encauzar el ancestral instinto de la venganza, de modo que la vindicta privada, como reliquia de épocas pasadas, sólo puede alcanzar los honores de una minorante de la responsabilidad (en ningún caso la exención), cuando se contiene dentro de ciertos límites, de modo que si lo esencial de esa atenuación es la idea de venganza..., ello implica una retribución del mal recibido con el infligido por el culpable, lo que implica una cierta adecuación, aunque sea primaria y elemental, entre uno y otro»¹⁷⁴. Pero, como contrapartida, no se debe perder de vista que en el momento actual estamos bajo el imperio del denominado populismo punitivo, uno de cuyos argumentos es que la respuesta del Derecho y de la Administración de Justicia frente al delito (o determinados delitos) no es suficiente, el delincuente es tratado de manera muy benévola, con múltiples garantías, lo que puede generar en el sujeto que ha sido víctima del delito un estado de insatisfacción que, a la larga, puede desembocar en el deseo de venganza.

En definitiva, con todas las cautelas necesarias, la venganza puede tener la entidad suficiente como para actuar a través de la atenuante de estado pasional semejante al arrebato u obcecación así como para actuar a través de la analogía a estas atenuantes. Para facilitar su apreciación se podría hacer descansar en los siguientes requisitos:

En primer lugar, la venganza debe ser consecuencia directa de un hecho calificado como antijurídico. Debe tratarse de un delito grave, que afecte a determinados bienes jurídicos, considerando solo aquellos que afecten a la persona en sus bienes jurídicos más básicos o personalísimos, eliminado por ejemplo los delitos patrimoniales. Y, además, que dichos delitos tengan la consideración de delitos graves, p. ej., se excluyen los delitos contra el honor.

En segundo lugar, es necesario que la presencia de este estado pasional afecte a la capacidad intelectual y/o volitiva, pudiendo presumirse que se produce tal afectación con más facilidad cuando sí existe proximidad entre el estímulo y la reacción. Puesto que de ser de otro modo no podría compatibilizarse con la fundamentación de estados pasionales.

En tercer lugar, tiene que existir una relación causal entre el hecho desencadenante y la conducta realizada; no se está aludiendo a una conexión temporal, sino a que la conducta debe estar íntimamente relacionada con el hecho en sí, que el

¹⁷⁴ STS núm. 2370/1976, de 21 de mayo.

móvil principal sea el deseo de venganza, aunque no sea el único, puesto que como ya se ha visto, existe la compatibilidad de la venganza con otros móviles, como el miedo insuperable, entre otros.

En cuarto lugar, la reacción debe ser consecuencia de un estímulo capaz de perturbar las facultades del sujeto, disminuyendo su imputabilidad, produciendo cierta disminución en su capacidad de comprensión o autocontrol. No se hace referencia a la duración porque no puede determinarse, aunque debe entenderse no como un acto repentino o inmediato, sino como un sentimiento con el que se convive, capaz de hacer creer al sujeto que no desaparecerá hasta que no se actúe de algún modo. Y en el caso de que tenga la misma duración o inmediatez que el arrebato o la obcecación, habrá que asimilarlo a estos conceptos, porque es posible que un deseo de venganza desencadene en un arrebato o una obcecación, en cuyo caso se aplicaría esa atenuante, de darse el resto de los requisitos.

Por último, no reprochabilidad. Aunque este requisito debería ser valorado por los tribunales como en el caso del arrebato u obcecación, como indica OBREGÓN GARCÍA¹⁷⁵, «no es preciso que la reacción del sujeto obedezca a causas que hagan tolerable su reacción desde el punto de vista ético o social; basta con que el estímulo tenga la suficiente entidad como para provocar en el sujeto receptor del estímulo una perturbación parcial de facultades y se presente como factor que, de modo comprensible, anime a la comisión de una acción antijurídica. Existen estímulos, aun rechazables moral o éticamente, que, sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza humana, pueden mover, comprensiblemente, a actuar de modo antijurídico». En mi opinión, debe indicarse en cada caso concreto cuándo se entiende que el hecho es o no reprochable, bien sea atendiendo a la proporcionalidad del hecho en sí, a la intensidad del estímulo, la presencia de agravantes u otras circunstancias, la gravedad del hecho, etc.

¹⁷⁵ OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP* Tomo II, 1999, 662.

CONCLUSIONES

I - El deseo de venganza es el sentimiento, compuesto por distintas emociones (como la ira, el rencor, etc.), de obtener una satisfacción por un mal sufrido (causando otro mal).

II - En relación con el DP, la venganza puede ser el móvil o motivación de la comisión de delitos, sin afectar a las capacidades cognitivas y volitivas del sujeto activo; pero también puede afectar a las mismas, debiendo tener entonces consecuencias a la hora de determinar la responsabilidad penal.

III - En aquellos supuestos en los que se produce esa afectación del estado mental del sujeto activo, dicha circunstancia podrá subsumirse bajo la atenuante expresamente recogida en el CP de obcecación o, más rara vez, bajo la de arrebató o, incluso, bajo la eximente de trastorno mental transitorio, cuando su presencia es de tal entidad que es capaz de anular la capacidad de culpabilidad, porque anula la capacidad de comprensión o, lo que es más fácil que ocurra, porque anula la capacidad de motivación para actuar conforme a lo dispuesto por la norma penal. Asimismo, podrá coexistir con otras circunstancias atenuantes o eximentes, como la legítima defensa incompleta, el miedo insuperable, o, desde la perspectiva de las agravantes, el ensañamiento o la alevosía principalmente.

IV – El estado pasional de venganza puede ser reconducido al estado pasional de semejante naturaleza al del arrebató u obcecación. La similitud o analogía se ha de plantear, por un lado, teniendo en cuenta el fundamento de la atenuante de obcecación y, por otro lado, atendiendo también a la forma como acaba apareciendo aquel estado pasional, esto es, la venganza no surge de manera repentina, como reacción inmediata ante el daño sufrido por el sujeto, sino que se desarrolla tras un proceso más o menos largo en el que el sujeto va pasando por distintos estados anímicos que acabarán desembocando en el deseo de venganza.

V – La atenuación de la pena por actuación motivada por venganza también puede conseguirse a través de la circunstancia atenuante de análoga significación a la de arrebató, obcecación u otro estado pasional semejante. En este caso la analogía se ha de establecer desde el fundamento de la atenuación, esto es, atendiendo a la disminución de la capacidad de culpabilidad del sujeto. El recurso al argumento o interpretación histórica puede servir para alcanzar esta conclusión. De esta manera se entiende como la atenuante tradicional de vindicación de ofensa grave, primero desaparece del catálogo

de atenuantes y, segundo, puede ser subsumida en el estado pasional semejante al arrebató u obcecación o, en todo caso, en la atenuante de análoga significación.

VI - Sin querer (ni poder) hacer una enumeración cerrada de los requisitos o elementos para apreciar la venganza como atenuante, algunos podrían ser comunes (sin que se exijan todos) a las atenuantes de arrebató y obcecación, al menos cuando se actúa en venganza de un hecho antijurídico que afecte gravemente a un bien jurídico personal importante como la vida, la integridad física o la libertad sexual.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1981.
- ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio. *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad: análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*, Bosch, Barcelona, 1999.
- ARIAS MADRIGAL, Doris María. *El trastorno mental transitorio y sus consecuencias en la imputabilidad, con especial referencia al trastorno de estrés post-traumático y la violencia doméstica*, en: Revista Latinoamericana. de Derecho médico y medicina legal n.º 7, 2002/2003, 141-156.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso/MUÑOZ CUESTA, Javier (coord.), GOYENA HUERTA, Jaime. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Navarra, 1997.
- BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *La eximente de anomalía o alteración psíquica*, Dykinson, Madrid, 2000.
- BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl. *¿Existe una diferencia conceptual entre venganza y castigo?*, en: AFD 33 (2017), 13-36.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, JM Bosch, Barcelona, 1998.
- CARMONA SALGADO, Concha. *La circunstancia de arrebató u obcecación*, Universidad de Granada, 1983.
- CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Teoría de los sentimientos*, Tusquets, Barcelona, 2001.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general*, 6.ª Tecnos, Madrid, 2004.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte general*, 5.ª corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

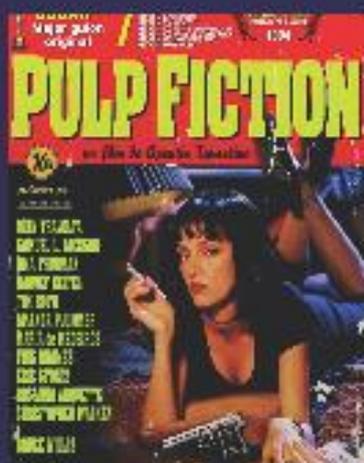
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2007, 249-276.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1997.
- CÓRDOBA RODA, Juan en: CÓRDOBA RODA, Juan/RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, 1976, 480-491.
- CÓRDOBA RODA, Juan. En: CÓRDOBA RODA, Juan (dir.)/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al Código Penal, Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- CÓRDOBA TORRES, David Esteban. *Emoción violenta: ¿atenuante punitivo o causal de inimputabilidad penal?*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2016.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *Arrebato u obcecación: circunstancias atenuantes*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- CUERDA ARNAU, María Luisa. *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, 1997.
- DE AGUILAR GUALDA, Salud. *Estudio jurisprudencial de los trastornos neuróticos y del control de los impulsos*, Bosch, España, 2017.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús. *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, General de Derecho, Valencia, 1995.
- DOYLE ÁLVAREZ, Daniel. *Las reacciones emotivas violentas en el derecho penal Argentino y Español*, en: Anuario de la Facultad de Derecho, Argentina, 31, (2014) 399-425.
- ECHBURÚA, Enrique/CRUZ-SÁEZ, María Soledad. *De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso*, en: RV/JV 1 (2015), 83-96.
- ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, traducido por Cancio Meliá, en: ADPCP 1996, 1021-1046.
- GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995 (Un análisis médico-legal del artículo 20.1 y 20.2)*, Comares, Granada, 1997.
- GARCÍA FERNÁNDEZ-ABASCAL, Enrique/ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, María Pilar, *Psicología de la emoción*, en: GARCÍA FERNÁNDEZ-ABASCAL, Enrique/GARCÍA RODRÍGUEZ, Beatriz/JIMÉNEZ SÁNCHEZ, María Pilar/MARTÍN DÍAZ, María/DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ,

- Francisco, *Psicología de la emoción*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, 17-74.
- GOLDSCHMIDT, James. *Metodología jurídico-penal*, Reus, Madrid, 1935.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Reppertor, Valencia, 1989.
- GOYENA HUERTA, *Atenuantes por analogía*, en: MUÑOZ CUESTA (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA, *Las circunstancias atenuantes en el CP de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, 147-161.
- GOYENA HUERTA, *Ensañamiento*, en: MUÑOZ CUESTA (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA, *Las circunstancias agravantes en el CP de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, 125-137.
- GUIMERÁ FERRER-SAMA, Roberto/VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, Ana. *Circunstancias que modifican la responsabilidad penal*, Sepín, Madrid, 2014.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Universidad de Burgos, 1999.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones*, en: Doxa 39 (2016), 289-304.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MELENDO PARDOS, Mariano. *El delito como conducta reprochable, III: La exclusión de la reprochabilidad*, en: GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELENDO PARDOS, Mariano/NUÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2.^a, Dykinson, Madrid, 2015.
- MIR PUIG, Santiago. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1983.
- *Derecho penal. Parte general*, 10.^a, Reppertor, Barcelona, 2016.
- MORALES PRATS, Fermín, *De las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal, art. 20.1º*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, 7.^a, Tomo 1, Aranzadi, Pamplona, 2016, 182-220.

- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*, 9.^a revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, Javier (coord.), *Alevosía*, en ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso/MUÑOZ CUESTA, Javier (coord.)/GOYENA HUERTA, Jaime. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Navarra, 1997, 25-37.
- MUÑOZ CUESTA, *Estados pasionales*, en: MUÑOZ CUESTA (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA, *Las circunstancias atenuantes en el CP de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, 115-122.
- MUÑOZ RUIZ, Josefa. *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- NINO, Santiago. *La legítima defensa*, 1982.
- OBREGÓN GARCÍA, Antonio. *Art. 21.3*, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal, Tomo II, Artículos 19 a 23*, Edersa, Madrid, 1999, 619-680.
- ORTS BERENGUER, Enrique. *La atenuante de estado pasional*, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), *Comentarios a la legislación penal, tomo V, vol. 1º*, Edersa, Madrid, 1985, 275-280.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 7.^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PAÍNO RODRÍGUEZ, *Circunstancias agravantes*, en: ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen (dir.)/BUSTOS RUBIO, Miguel (coord.), *La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 219-234.
- PÉREZ NIETO, Miguel Ángel/REDONDO DELGADO, Marta María/LEÓN MATEOS, Leticia. *Aproximaciones a la emoción de ira: de la conceptualización a la intervención psicológica*, en: REME 11, número 28, (2008) 1-19.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 4.^a, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 5.^a, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- SALINERO ALONSO, Carmen. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Comares, Granada, 2000.

- SANTIAGO NINO, Carlos. *La legítima defensa*, Astrea, Buenos Aires, 1982.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *Eximentes: miedo insuperable*, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio (coord.)/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, Tomo I, 3ª, Comares, Granada, 2001, 350-439.
- TARAMIT SUMALLA, Josep María, *De las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal, art. 20.4º*, en: QUINTERIO OLIVARES, Gonzalo (dir)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, 7ª, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2016, 221-228.
- TRAPERO BARREALES, María Anunciación. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000.
- URRUELA MORA, Asier. *La imputabilidad en el Derecho penal. Causas de inimputabilidad*, en: ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA ROCHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.), *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*, 2.ª, Comares, Granada, 2016.
- VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable: Una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000.
- VÁZQUEZ LÓPEZ, José Enrique, *El trastorno mental transitorio como eximente de la responsabilidad criminal. Su influencia en la determinación de la pena a imponer. A propósito de un caso*, en: Cuadernos de Medicina Forense 16, número 4 (2010), 243-248.

LA VENGANZA EN EL CINE



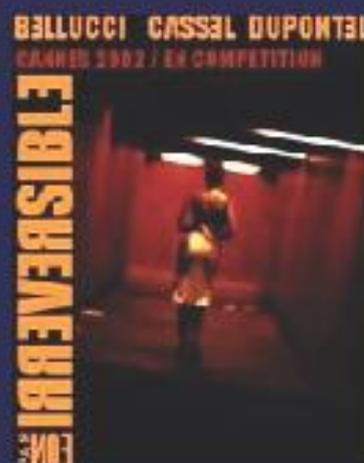
Pulp Fiction

«Y os aseguro que vendré a castigar con gran venganza y furiosa cólera a aquéllos que pretendan envenenar y dastruir a mis hermanos!».



El cabo del miedo

«Si una persona se aferra a su pasado muere un poco cada día y yo sé que soy de las que prefieren vivir».



Irreversible

«La sangre exige venganza, y la venganza es un derecho humano».



El renacido

«La venganza está en las manos de Dios... no en las mías».



V de vendetta

«No lo que tienen son balas y la esperanza de que cuando se les acaben, me hayan liquidado, porque de lo contrario, habrán muerto todos antes de recargarlas».



Tiempo de matar

«Los hombres que se toman la justicia por su mano no tienen que ser tolerados, a pesar de las circunstancias».

LA VENGANZA EN EL CINE



El Conde de Montecristo

«Vivir para la venganza o morir por ella es un dulce destino».



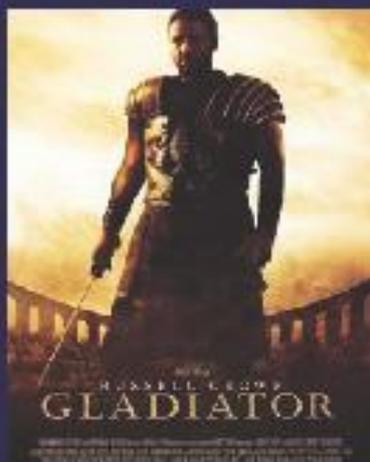
Otro día para matar

«Todo tiene un precio».



Un ciudadano ejemplar

«Todos deben ser responsables de sus actos».



Gladiator

«No nos ocurre nada que no estemos preparados para soportar».
«El sudor de la tierra se limpia mejor que la sangre».



La naranja mecánica

«La violencia engendra violencia».



Kill Bill

«La venganza nunca es un camino recto. Es como un bosque, y es fácil perderse».