

PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN

LECCIÓN 1: CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL

I. La parte general del Derecho penal: Sistemática del estudio del Derecho Penal

El estudio del Derecho penal está caracterizado por una gran presencia del pensamiento sistemático. Los derechos fundamentales y libertades públicas que se ponen en juego antes y después de la aplicación de las leyes penales han determinado que se haya pretendido dotar a este sector del ordenamiento jurídico de las mayores garantías. Es por ello que podemos hablar de los códigos penales como el “*negativo de la Constitución*”.

La parte general del Derecho penal se ha dividido, tradicionalmente, en tres grandes bloques: Introducción, Teoría jurídica del delito y las Consecuencias jurídicas del delito. A estos tres bloques, los autores del manual han añadido dos bloques más: Tratamiento penal de los menores y la Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

II. Concepto del Derecho penal

1. Conceptos formal y material del Derecho penal

- **Desde un punto de vista formal:** Sector del ordenamiento jurídico constituido por un conjunto de disposiciones legales que asocian a delitos y estados de peligrosidad criminal, como supuestos de hecho, penas y medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas.
- **Desde una perspectiva material:** Sector del ordenamiento jurídico cuyo objeto es la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y la sociedad frente a las formas más graves de agresión. Se convierte en un instrumento de control social.

El elemento central de este concepto está constituido por los **bienes jurídicos**, cuya protección es el objeto principal del Derecho penal, utilizando como instrumentos la previsión y la imposición de penas y medidas de seguridad.

2. Derecho penal objetivo y subjetivo: la legitimación del Derecho penal

- **Derecho penal objetivo (o *ius poenale*):** Está formado por el conjunto de normas penales
- **Derecho penal subjetivo (o *ius puniendi*):** Este concepto gira en torno a la cuestión de la legitimidad del poder punitivo del Estado. Existen diversas interpretaciones sobre la legitimidad del Estado para ejercer el *ius puniendi*. Algunos autores lo interpretan de una manera restringida, como el derecho del Estado a penar. Otros lo interpretan de una manera más amplia (entre ellos, los autores del manual), en la que el Estado también tiene derecho a establecer las normas penales.

Así, según los autores, se puede definir el *ius puniendi* como el derecho del Estado a establecer y aplicar normas penales.

El *ius puniendi* estará legitimado siempre y cuando su uso sea imprescindible para el control social. En caso que se pueda preservar el orden social sin recurrir al Derecho penal, su uso estará deslegitimado.

III. Los bienes jurídicos como objeto de protección del Derecho penal

1. Concepto de bien jurídico

De una manera formal, se podría definir el bien jurídico como todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho. El bien jurídico está encarnado en un objeto material o inmaterial, creado y protegido por el Derecho.

El conjunto de los bienes jurídicos supone la concreción del orden social que tiene que proteger el Derecho. Cada uno de los bienes jurídicos solo puede ser dotado de pleno significado como parte de esa totalidad que conforma un sistema y su contenido constituirá el límite del campo de actuación del Derecho penal.

Según el concepto material del bien jurídico, es preciso que para que un bien sea elevado a la categoría de bien jurídico, debe constituirse en uno de los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. Solo así se entiende que el sujeto acate las limitaciones a su libertad que supone la protección de estos bienes jurídicos.

El Derecho penal protege los bienes jurídicos en tanto en cuanto posibilitan la vida en sociedad. Así, pese a que el portador de los bienes jurídicos puede ser tanto el individuo como la sociedad, los bienes jurídicos no son privativos de los ciudadanos, sino que pertenecen al Derecho. De ahí que, cuando son lesionados, sea precisamente el Estado quien está legitimado para imponer una pena o medida de seguridad. Por tanto, el Derecho penal tiene naturaleza pública.

Desde una perspectiva dinámica, el concepto de bien jurídico puede adaptarse a los cambios en las concepciones ético-sociales, jurídicas, políticas y económicas dominantes en cada momento.

Desde un punto de vista más estático, este concepto queda ligado a las concepciones sociales efectivas que imperen en una determinada sociedad en una determinada época.

Desde una perspectiva práctica, la determinación del bien jurídico protegido en una figura delictiva concreta es un factor esencial para realizar un análisis crítico de la necesidad e idoneidad de la misma y de fijar su ámbito real de aplicación. Por eso, las concretas características de los distintos bienes jurídicos determinarán si es necesario acudir al Derecho penal, ya que si existe un medio menos lesivo para proteger el bien jurídico, se utilizará antes que acudir a medidas penales.

2. Clases de bienes jurídicos

Los bienes jurídicos se pueden dividir en tres clases:

- Individuales
- Colectivos
- Supraindividuales

2.1 Bienes jurídicos individuales: el núcleo clásico del Derecho penal

Los bienes jurídicos individuales son aquellos cuyo portador es el individuo. Se trata de bienes, situaciones o relaciones unidos con el individuo como sujeto de derechos.

Conceptos como la vida humana, la integridad física, la propiedad, etc... forman parte de esta categoría de bienes jurídicos.

2.2 Bienes jurídicos colectivos: su justificación y alcance

La existencia de un bien jurídico colectivo no se entiende de un modo autónomo, sino siempre como expresión de la presencia de bienes jurídicos individuales, los cuales quedan aún más protegidos. Se trata de evitar situaciones que ponen en peligro los bienes jurídicos individuales. Son bienes jurídicos colectivos la seguridad vial o la salud pública.

La justificación de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos se encuentra en la definición del propio Estado social y democrático de Derecho, que persigue la consecución de la igualdad material efectiva. Con la protección de estos bienes jurídicos se incide también en la protección de los bienes jurídicos individuales.

2.3 Bienes jurídicos supraindividuales: su delimitación de los bienes jurídicos colectivos

El fundamento de la existencia de estos bienes jurídicos radica en la protección de las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema. El bien jurídico protegido ampara situaciones, intereses o relaciones pertenecientes al Estado o a la comunidad, pero sin tener un referente inmediato en el individuo.

Algunos de los bienes jurídicos supraindividuales son la seguridad nacional, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, etc...

IV. La función de control social del Derecho penal: alcance e instrumentos de la protección penal de los bienes jurídicos

1. Los límites de la protección penal: el carácter de *última ratio* del Derecho penal

El Derecho penal es un subsistema de control social, el cual está limitado en su función de protección de los bienes jurídicos por la función de éstos en la vida social. El Derecho penal no protege de forma absoluta a los bienes jurídicos, sino sólo cuando posibilitan la vida social y puedan desarrollar su función social.

Los principales instrumentos con los que cuenta el Derecho penal suponen importantes restricciones a derechos fundamentales y libertades públicas, lo que determina que sólo pueda utilizarse ante las formas más graves de puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos.

Por esto, el Derecho penal se caracteriza por su carácter fragmentario, presidido por el **principio de intervención mínima** y el de ***última ratio***. Esto quiere decir que no se aplica ante cualquier agresión a los bienes jurídicos, sino sólo ante las más graves, y en los supuestos en los que el resto del ordenamiento jurídico no pueda protegerlos.

2. La ley penal

Para cumplir la función de protección de los bienes jurídicos, el Legislador utiliza las **leyes penales**.

Una ley penal completa incluye en primer lugar y como presupuesto lógico una norma, que puede ser mandato o prohibición, y una sanción en caso que se incumpla dicha norma.

La protección de los bienes jurídicos se puede realizar mediante mandatos de realizar conductas (**delitos de omisión**) o, en la mayoría de los casos, prohibiciones de realizar conductas (**delitos de acción**).

La respuesta al incumplimiento de mandatos y prohibiciones se traduce en la imposición de penas y/o medidas de seguridad.

3. El proceso penal

Para hacer efectivo el ius puniendi es preciso el concurso del proceso penal. Solo a través del mismo puede llevarse a cabo la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Además, su existencia da sentido a la amenaza de la pena, otorgándole fuerza en el fomento del respeto a los bienes jurídicos.

V. El concepto del delito: la concreción del ámbito de protección penal

1. Concepto material del delito

En primer lugar, se debe analizar cuál es el proceso de determinación del delito, es decir que elementos influyen tanto en la valoración de los bienes jurídicos que tienen que ser tutelados como cuál ha de ser el alcance de dicha protección.

1.1 La determinación del ámbito de lo delictivo: las concepciones imperantes en una sociedad

Las concepciones imperantes en una determinada sociedad que van a influir en la decisión de cuál sea el ámbito de lo delictivo son cuatro:

a) Las concepciones ético-sociales

El Derecho penal considera delictivas las conductas que suponen una grave vulneración de las concepciones ético-sociales de una época. Se trata de uno de los factores fundamentales en la transformación progresiva del ordenamiento jurídico penal.

b) Las concepciones jurídicas

El contenido de lo delictivo también viene determinado por las concepciones jurídicas imperantes en una determinada época. El Derecho penal ha ido evolucionando desde concepciones que equiparaban pecado y delito hasta las concepciones que sancionan exclusivamente las conductas contrarias a la Ética social.

c) Las concepciones políticas

Las concepciones políticas de una sociedad son decisivas en la determinación de las conductas delictivas. Por ello, los cambios en el régimen político de un Estado suponen reformas de las normas jurídico-penales.

d) Las concepciones económicas

Las concepciones económicas están muy relacionadas con las políticas y han tenido una gran influencia en el devenir del Derecho penal

1.2 El concepto material del delito

Se puede definir el delito desde un punto de vista material como una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y atenta gravemente contra las concepciones ético-sociales, jurídicas, políticas y económicas fundamentales en una sociedad.

Desde una perspectiva formal, dicha conducta se encuentra recogida en las leyes penales con la amenaza de una sanción penal.

Es conveniente que las normas penales tengan cierta permanencia y estabilidad, debido a que afecta a conductas que ponen en peligro los bienes jurídicos y su aplicación supone una restricción de los derechos y libertades públicas.

2. Concepto analítico del delito

El concepto analítico del delito permite conocer qué elementos han de concurrir para determinar la responsabilidad penal de un sujeto por unos determinados hechos.

La estructura del delito está formada por:

- **Una conducta** (acción u omisión):
 - **Típica**: incluye los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva
 - **Antijurídica**: ilícita, contraria al Derecho
 - **Culpable**: reprochable a su autor
 - **Punible**: que esté penada por la ley y no existan razones que eximan de la pena

Estos elementos conforman la estructura del delito, los cuáles están unidos por una relación secuencial: no puede darse uno de los elementos si no se ha dado el anterior o anteriores.

VI. Las consecuencias penales del delito

Uno de los pilares de la efectividad del Derecho penal es la previsión de una respuesta a la vulneración de sus normas.

El modelo penal vigente se caracteriza por ofrecer un sistema binario de respuesta a la comisión de un delito: las penas y las medidas de seguridad y reinserción social.

1. Las penas: fundamento y fines

La principal consecuencia de la comisión de un delito es la imposición de la pena. Las penas se han mantenido siempre como el elemento central de las regulaciones penales.

1.1 Los principios básicos en la fundamentación de las penas: retribución y prevención

Todas las teorías elaboradas para fundamentar una pena giran en torno a dos grandes bloques de principios: los de **carácter retributivo** y los de **carácter preventivo**.

1.1.1 La retribución como fundamento de la pena: mirada al pasado

Una de las perspectivas que se pueden adoptar a la hora de decidir sobre la imposición de una pena es mirar al delito cometido. La idea de retribución se centra en la necesidad de compensar el mal causado con la comisión del delito, sin tener en cuenta el efecto que pudiese tener la imposición de la pena en un futuro.

La idea de retribución es tan antigua como la pena, pero su contenido ha ido evolucionando, siempre con la idea que la pena tiene que ser proporcional al delito que se ha cometido.

1.1.2 El pensamiento preventivo: el porvenir como fundamento de la pena

La idea de prevención se fundamenta en una visión al futuro, a los efectos que pudiese tener la imposición de una pena de cara a la evitación o prevención de posibles nuevos delitos.

La pena impuesta se demarca de la idea de compensación y proporcionalidad. La comisión de un delito se convierte en un requisito para su imposición, ya que la naturaleza y duración de la sanción se encuentra en función de los efectos preventivos que se quiere alcanzar. Por ello, se distinguen dos tipos de prevención: la general y la especial.

A) La prevención general: la sociedad frente a futuros delitos

El objeto de la prevención general es que el conjunto de los miembros de una sociedad o un determinado colectivo se abstenga de cometer cierto tipo de delitos. La determinación de la naturaleza y gravedad de una pena estará sujeta a lo que se considere estrictamente necesario para evitar que un determinado segmento de la sociedad o la población en su conjunto cometan el mismo tipo de delitos en los que tiene su origen la sanción.

Dentro de este pensamiento se ha distinguido dos clases de prevención:

- a) *Prevención general positiva o ejemplar*: pretende reforzar en la conciencia de los ciudadanos la idea de la vigencia de las normas.
- b) *Prevención general negativa o intimidatoria*: Asociada a la idea de los efectos intimidatorios que pueda tener la amenaza de la pena en los ciudadanos

B) La prevención especial: el condenado frente a futuros delitos

La prevención especial está centrada en la persona del condenado: se trata que éste no vuelva a delinquir.

El fin de una pena orientada exclusivamente hacia la prevención especial no será retribuir por el delito cometido, ni evitar que los ciudadanos lo cometan, sino garantizar que el sujeto no vuelva a delinquir. El pensamiento de la prevención especial está unido al de la peligrosidad del condenado.

La pena tendrá que ser más gravosa cuanto más peligroso sea el delincuente y, por el contrario, si el autor presenta un pronóstico favorable de reinserción social, se podría llegar a prescindir de la pena.

Por eso, el ámbito de la prevención especial incluye tanto la intimidación individual, como la rehabilitación y reinserción social del condenado (en el caso más favorable) o, incluso, la separación de la sociedad (en el caso más negativo)

1.2 Las teorías de las penas

Se suele hablar de tres modelos de fundamentación de las penas: teorías absolutas, teorías relativas o utilitarias y teorías unitarias, eclécticas o mixtas de la pena.

1.2.1 Teorías absolutas de la pena: la retribución por el delito cometido como único fundamento de la pena

Las teorías absolutas mantienen que el único fundamento de la imposición de la pena es la retribución. Se excluyen expresamente los posibles efectos preventivos que aquella pudiera tener. La pena, por tanto, mira al pasado y está en relación directa y exclusiva con el delito cometido.

1.2.2 Teorías relativas o utilitarias de la pena: la prevención de la comisión de futuros delitos

Las teorías relativas o utilitaria sitúan su fundamento en evitar futuros delitos, bien desde la prevención general, bien de la prevención especial, bien combinando ambas.

El fundamento de la imposición de una pena, de su naturaleza y gravedad, es el tipo de delitos que se quiere evitar. Es por ello por lo que le conocen como teoría utilitarias, porque el único fundamento de la pena es la utilidad de evitar futuros delitos.

1.2.3 Teorías unitarias, eclécticas o mixtas de la pena: la combinación de retribución y prevención

Estas teorías justifican su imposición tanto en motivos retributivos como preventivos. Son teorías que consideran que la pena debe ser acorde al delito cometido, pero a su vez dirigirse a evitar la comisión de futuras infracciones penales.

1.3 Recapitulación y conclusiones; las teorías unitarias como modelo explicativo de la imposición de la pena; su adaptación al sistema español

De las tres teorías del fundamento de las penas, hay que analizar cuál de ellas se adapta al sistema penal español y a las exigencias y garantías de justicia que exige la CE.

1.3.1 Teoría de la pena que se propone

Partiremos del modelo representado por las teorías unitarias, eclécticas o mixtas de la pena. La pena tiene un componente retributivo y otro preventivo, es decir, encuentra su justificación tanto en el delito cometido como en evitar futuros delitos. Ambos componentes se conjugan para determinar la pena ideal.

A) La retribución:

La pena es retribución, tienen que ajustarse a la gravedad del delito cometido, pero no se entiende como una mera compensación por el mal causado, sino que se pretende restañar la quiebra del ordenamiento jurídico que ha supuesto la comisión del delito.

La principal consecuencia en la determinación de la pena aplicable es que su gravedad no deberá superar a la gravedad material de lo injusto de la conducta y del reproche que merezca el autor.

Así, el principio de la retribución se convierte en garantía de la proporcionalidad de la pena al delito cometido.

En la determinación de la pena se tiene que tener en cuenta los límites que impone la CE, en cuanto a la prohibición de penas inhumanas o degradantes y la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social.

B) La prevención:

La pena tiene que estar orientada a evitar futuros delitos, por lo que tiene su fundamento en la prevención, tanto general como especial.

- a) Desde el punto de vista de la prevención general, la imposición de una pena proporcionada a la gravedad de lo injusto tiene un efecto ejemplarizante mayor que una pena desproporcionada.

En casos concretos, en los que no sea precisa la aplicación de la pena ideal, será posible disminuirla, pero no agravarla, ya que el límite está en la misma retribución.

- b) Desde el punto de vista de la prevención especial, la imposición de la pena debe estar orientada a la rehabilitación y reinserción social del condenado. En los casos que fuese necesario rebajar la pena, se podrá aminorar su gravedad, pero en ningún caso podrá agravarse hasta ser superior al injusto culpable.

C) El equilibrio entre retribución y prevención:

La aplicación de la pena, como instrumento básico del Derecho penal y respetando siempre el límite de la retribución, podrá implicar una reducción del límite por razones preventivas, siempre que ello no suponga una quiebra del objetivo de protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad.

Es decir, la pena no solo tiene que ser acorde con la gravedad del delito sino necesaria para el mantenimiento del orden social.

1.3.2 La teoría de la pena en el sistema penal español

El sistema penal español parte de una concepción unitaria de la pena, tal y como indica el art. 25 CE.

La CE exige que las penas privativas de libertad se dirijan a la reincorporación del condenado a la vida social.

En nuestro sistema no tiene cabida una teoría de la pena de carácter absoluto. Solamente son constitucionales los modelos utilitarios y unitarios, que incluyen la prevención especial en la fundamentación de la pena.

El Código penal vigente sigue una teoría unitaria de la pena. Estas tienden a ser proporcionadas a la gravedad del delito, destacando su carácter retributivo, pero también existen instituciones que atemperan su gravedad por motivos preventivos.

Con todo, el sistema español no es ideal. Existen algunos excesos, en los que encontramos penas muy elevadas, desproporcionadas a la gravedad de lo injusto y, por tanto, al principio de culpabilidad.

1.4 Tipología de las penas

En cuanto a su tipología, se suele distinguir entre:

- Penas privativas de libertad
- Penas privativas de otros derechos
- Penas pecuniarias

2. Las medidas de seguridad y reinserción social

Las penas no son las únicas consecuencias del delito. Las medidas de seguridad y reinserción social aparecen como la otra parte del sistema binario de respuesta a las infracciones penales. Su aparición es mucha más reciente que la de la pena (Anteproyecto de Código penal suizo de 1893)

2.1 El fin de las medidas de seguridad: la prevención especial

Las medidas de seguridad nacen para dar respuesta a aquellos sujetos a los que, debido a su peligrosidad, la pena adecuada no resulta suficiente. Son una consecuencia lógica de las garantías que implica el sistema de penas.

Las medidas de seguridad se imponen exclusivamente atendiendo a la peligrosidad del delincuente para evitar que cometa delitos en un futuro. Su único fin es de carácter preventivo especial.

Las medidas de seguridad pueden ser aplicadas como única consecuencia jurídica del delito, en los casos que no pueda aplicarse pena alguna, o como complemento a la pena impuesta, en el caso que ésta resulte insuficiente.

2.2 Campo subjetivo de aplicación

El campo subjetivo de aplicación de las medidas de seguridad es el de los delincuentes peligrosos, lo cual incluye desde ciertos casos de sujetos inimputables o semiimputables hasta casos de sujetos imputables de criminalidad grave.

2.3 Naturaleza y duración de las medidas de seguridad y reinserción social

La naturaleza y duración de estas medidas dependerán del tipo y grado de peligrosidad criminal del sujeto, por lo que deberán adaptarse a las características de éste e imponer el tiempo necesario para evitar la peligrosidad.

El límite mínimo de aplicación será el necesario para evitar que el sujeto delinca en un futuro, momento en el que la medida deberá ser levantada.

El límite máximo plantea más problemas, ya que si el sujeto no deja de ser peligroso, se corre el riesgo que la medida de seguridad sea más gravosa que la aplicación de una pena e, incluso, una privación perpetua de la libertad.

En el caso de los inimputables y los semiimputables, el límite máximo de la medida de seguridad privativa de libertad supone el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad que le hubiese correspondido.

2.4 Tipología de las medidas de seguridad y reinserción social

- Medidas de seguridad privativas de libertad (internamiento en centros médicos o de deshabitación)
- Medidas de seguridad no privativas de libertad (tratamiento ambulatorio o diversas prohibiciones y obligaciones)

LECCIÓN 2: EL DERECHO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

I. La delimitación del Derecho penal del resto de los sectores del ordenamiento jurídico. Derecho penal y Derecho administrativo

La doctrina ha intentado ofrecer criterios materiales de distinción sobre los ilícitos que deben ser considerados por el Derecho penal y los ilícitos que deben ser tratados por las otras ramas del Derecho.

De no existir esa distinción, se podría correr el riesgo de acudir en exceso al Derecho penal, criminalizando conductas de escasa gravedad, lo cual resultaría injusto o, por el contrario, se podría atribuir a la Administración un excesivo poder sancionador, dejando al Derecho administrativo conductas que merecerían un tratamiento penal.

En España, la mayoría de autores opina que la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo es únicamente **cuantitativa**, de **gravedad del hecho**. El Derecho penal se ocupa de los atentados más graves contra los bienes jurídicos más importantes, debiendo quedar la regulación del resto de ilícitos a otros sectores del ordenamiento.

Sin embargo, este principio no siempre se sigue, ya que a veces se dota a la Administración de la potestad de imponer, a determinadas conductas, multas más graves que las que se impondrían por la vía penal, lo que indica que quizás esas conductas deberían ser tratadas como delito y castigadas con penas privativas de libertad. Por el contrario, 2/3 partes de las conductas que, con anterioridad a la LO 1/2015, eran constitutivas de falta, se han convertido en delitos leves o menos graves, incrementando la pena que llevaba aparejada para esas conductas.

Por otro lado, también se ha observado en las diferentes reformas del Código penal que se ha convertido en delito alguna conducta que antes era una mera infracción administrativa.

El legislador debe tener un especial cuidado en trazar el límite positivo entre uno y otro sector del ordenamiento jurídico, atendiendo para ello al criterio de gravedad de las infracciones desde el punto de vista material.

Además, como la diferencia entre ambos ilícitos es cuantitativa, se deberá aplicar al Derecho administrativo sancionador todos los principios fundamentales que rigen en Derecho penal, como el **principio de legalidad**, el de **irretroactividad de las infracciones y sanciones administrativas**, el **principio de proporcionalidad** y el **principio *ne bis in ídem*** en Derecho administrativo y entre las sanciones penales y las administrativas y las disciplinarias.

El principio *ne bis in ídem* significa que no puede castigarse a alguien dos veces por lo mismo y se aplica no sólo al ámbito penal, en el que nace, sino a todo orden jurídico sancionador. Este principio tiene una vertiente procesal (derecho a no ser juzgado dos veces por lo mismo o prohibición de un doble proceso) y una vertiente material (derecho a no ser sancionado dos veces por lo mismo), lo que incluye no recibir una sanción por vía penal y otra por vía administrativa por el mismo hecho.

El principio *ne bis in ídem* ha sido reconocido como un derecho fundamental por el TC, el cual ha establecido unos requisitos para que se produzca. Solo existe *bis in ídem* cuando se castiga el mismo hecho, referido al mismo sujeto y el castigo tiene idéntico fundamento (**exigencia de triple identidad**).

Sin embargo, falta el reconocimiento en el Derecho administrativo de otros principios esenciales, como el de **culpabilidad**.

II. La llamada naturaleza secundaria del Derecho penal

Ante la imposibilidad de distinguir el ilícito penal de otros sectores del ordenamiento jurídico, algunos autores llegaron a afirmar que el Derecho penal no tenía una función valorativa, sino meramente sancionadora de las infracciones de las normas propias de otros sectores del ordenamiento.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria estima que eso no es cierto, ya que en ocasiones se castiga penalmente conductas que no están prohibidas en por otras normas del Derecho y, aun cuando lo están, el Derecho penal, al elegir cual de esos ataques contra bienes jurídicos merece reproche penal, está haciendo su propia valoración de los mismos.

III. Fuentes del Derecho penal

Las fuentes del derecho español son la ley, la costumbre, los principios generales del derecho y las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia no se considera fuente del derecho, ya que su función es complementar el ordenamiento jurídico mediante la doctrina establecida de manera reiterada por TS al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

En relación con las fuentes del Derecho penal en particular, se van a ver limitadas por el principio de legalidad y por la reserva de ley orgánica que impone la CE.

El principio de legalidad impone que solo por ley en sentido formal se pueden tipificar delitos o estado peligrosos y establecer penas o medidas de seguridad. Además, dicha ley deberá ser orgánica cuando se trate de delitos que por el bien jurídico protegido afecten a un derecho fundamental o libertad pública, o prevea consecuencias jurídicas que por su naturaleza afecten a los mismos.

Eso no quiere decir que se excluya totalmente la costumbre y los principios generales del derecho. De esta manera, los decretos leyes o la costumbre pueden ser fuente del Derecho penal en tanto no creen figuras delictivas o estados peligrosos ni establezcan o agraven penas. Una costumbre podría ser la fuente de una causa de justificación penal.

Los principios generales del Derecho tienen escasa eficacia como fuente directa en Derecho penal, pero juegan un papel fundamental en la interpretación del Derecho.

IV. El principio de legalidad de los delitos y las penas

El **principio de legalidad** es uno de los principios fundamentales del Derecho penal moderno. Dicho principio se basa en que no hay delito ni pena sin ley previa.

Tiene su origen en la Ilustración y fue introducido en diversas declaraciones de Derechos humanos del s. XVIII, introduciéndose en las normas penales y constituciones durante el s. XIX. A principios del s. XX, el principio de legalidad desapareció de los códigos penales de los regímenes totalitarios, como el soviético y el nazi.

En la Declaración de Derechos humanos de 1948, se introduce el principio de legalidad, aunque de forma ligeramente diferente a la manera que se entiende en el derecho continental.

Se puede decir que los textos internacionales han consagrado un principio de legalidad centrado en garantizar solo los aspectos materiales del principio de legalidad, aquellos que contribuyen a la seguridad jurídica, exigiendo la accesibilidad, irretroactividad y precisión o taxatividad de la norma y prohibiendo la analogía.

V. El principio de legalidad en el Derecho penal español

El art. 9.3 CE garantiza el **principio de legalidad**, desarrollándolo el art. 25 CE en el siguiente precepto: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta o infracción administrativa según la legislación vigente en ese momento*”.

El TC declaró que el principio de legalidad contenido en la Constitución exige la existencia de una ley en sentido formal, anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. A esta exigencia de ley en sentido formal se le llama la **garantía formal**.

El principio de legalidad en sentido **formal** se compone de las siguientes garantías o subprincipios:

- **Garantía criminal:** no puede considerarse delito una conducta que no haya sido declarada como tal en una ley antes de su realización.
- **Garantía penal:** no puede castigarse una infracción penal sino con una pena que haya sido establecida en la ley con carácter previo a su comisión. Esta garantía también se extiende a las medidas de seguridad
- **Garantía jurisdiccional:** no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme, dictada por el Juez o Tribunal competente.
- **Garantía ejecutiva:** no podrá ejecutarse una pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan. Dicha ejecución se realizará bajo control judicial.

El principio de legalidad presenta otro aspecto material, dirigido a garantizar la seguridad jurídica y que incluye como subprincipios:

- **Taxatividad o tipicidad:** significa que las figuras delictivas y los estados peligrosos tienen que estar descritos de manera precisa y las penas y medidas de seguridad no pueden descritos mediante marcos muy amplios.
- **Prohibición de la analogía**
- Irretroactividad de la ley penal desfavorable

VI. Problemas que plantea

El cumplimiento del principio de legalidad en **sentido material** plantea diversos problemas. Es muy difícil conseguir una realización plena del principio de legalidad material porque el legislador debe elaborar las figuras delictivas englobando la mayor parte de la casuística que la realidad puede presentar. Ello lleva a introducir en los preceptos penales términos amplios y elementos normativos o valorativos, que deberán ser concretados y dotados de contenido por un juez, y que suponen un peligro para la seguridad jurídica. Por esto, el legislador debe evitar los términos excesivamente vagos y acudir a aquellos elementos valorativos que no dependan de la valoración personal de un juez, sino que tenga unos límites conocidos.

Un campo propicio para la inseguridad jurídica es el de los delitos imprudentes, ya que en ellos el juez debe dotar de contenido el elemento normativo del tipo “*infracción del cuidado debido*”.

Otro elemento normativo a concretar por el juez es la posición de garante, que es requisito en todos los delitos de comisión por omisión.

También resulta difícil conseguir la plena realización del principio de legalidad en la definición de los estados peligrosos y el establecimiento de las medidas de seguridad, debido a la exigencia de un juicio del juez para determinar la probabilidad que el sujeto vuelva a delinquir.

También presenta problemas el cumplimiento del principio de legalidad en **sentido formal**. Uno de los principales lo representan las llamadas **leyes penales en blanco**, que son preceptos penales en los que no se define de manera completa la conducta prohibida sino que remite para identificar dicha conducta a otra norma, que puede estar en otro precepto del CP, en otra norma con rango de ley distinta del CP o en normativa con rango inferior a la ley, como los reglamentos. Precisamente en la última opción es donde surgen los problemas, porque podría pensarse que es una quiebra de la garantía criminal del principio de legalidad en sentido formal. Sin embargo, estas remisiones son necesarias por lo que el TC ha establecido que para que una ley en blanco se considerada conforme al principio de legalidad tiene que cumplir los siguientes requisitos:

- El reenvío a la norma tiene que ser expreso
- La utilización de esta técnica tiene que estar justificada en razón del bien jurídico protegido
- Tienen que quedar suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta en la ley penal, es decir, al menos debe contener el núcleo esencial de la prohibición, el verbo.
- Con el complemento de la norma a la que se remite deben quedar satisfechas las exigencias de certeza.

VII. Aplicación del Derecho penal: interpretación y analogía

Uno de los subprincipios o garantías incluidos en el principio de legalidad en sentido material es la **prohibición de la analogía**.

En primer lugar hay que definir la analogía y diferenciarla de la interpretación extensiva.

La interpretación extensiva es aquella por la cual una norma se aplica a un hecho que, aunque no está claramente comprendido en su tenor literal, sí lo está en su espíritu o voluntad.

La interpretación extensiva así entendida no es contraria al principio de legalidad y debe ser admitida, pues la interpretación debe buscar el sentido y voluntad de la ley.

La analogía consistiría en aplicar una norma a un supuesto que no está recogido ni en la ley ni en el espíritu de la misma, pero que es semejante a los comprendidos en ella.

La analogía desfavorable, *in mala partem*, contraria al reo, está prohibida por contravenir el principio de legalidad.

En cambio, la analogía *in bonam partem*, o favorable al reo, no sería contraria al principio de legalidad. A pesar de ello, el CP no admite cualquier tipo de analogía favorable al reo. Prevé y admite expresamente las atenuantes por analogía, pero prohíbe la aplicación de eximentes por analogía.

LECCIÓN 3: LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

I. Eficacia temporal de las leyes penales. Consideraciones generales: promulgación y derogación de la ley penal

La ley penal está vigente desde su entrada en vigor hasta su derogación o hasta la publicación de la sentencia del TC que la declare inconstitucional, no afectando la declaración de inconstitucionalidad a las sentencias realizadas con anterioridad a la misma, salvo que comportase una disminución de la pena o exención o limitación de la responsabilidad.

Por lo tanto, si la ley despliega sus efectos desde su entrada en vigor hasta su derogación o declaración de inconstitucionalidad, lo normal es que la ley penal se aplique a los hechos cometidos en dicho periodo de tiempo. Sin embargo, la ley penal puede tener en ciertos casos un efecto retroactivo, aunque la regla general es la contraria, la irretroactividad.

Nuestro Código penal contiene una previsión sobre el momento en el que considerar cometido el delito. El art. 7 CP dispone que los delitos se consideran cometidos en el momento en el que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.

Por tanto, existen dos opciones posibles:

- **Criterio de la acción:** el delito se entiende cometido en el momento en que se realiza u omite la acción u omisión típica
- **Criterio del resultado:** el delito se entiende cometido en el momento de la consumación

Nuestro Código Penal se decanta por la primera opción.

II. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Las leyes penales intermedias y temporales

1. El principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable

1.1 Fundamento y regulación

El principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable es una de las garantías o subprincipios incluidos en el principio de legalidad penal. Esta garantía está recogida tanto en la CE, en el art. 25, como en el CP, arts. 1 y 2.1.

1.2 Casos problemáticos

Este principio plantea problemas en algunos supuestos:

- a) **¿Se puede aplicar a la legislación extrapenal que completa las leyes penales en blanco?**

La doctrina estima que la regulación extrapenal, cuando sirve para completar una ley penal, queda incorporada a la propia ley penal, por lo que le son aplicables las reglas de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

- b) **¿Debe regir este principio para las medidas de seguridad y los estados peligrosos?**

El CP ha decidido aplicar a las medidas de seguridad y a los estados peligrosos las mismas reglas de irretroactividad que a las penas.

c) **¿Se aplican también las normas que regulan los plazos de prescripción a los hechos cometidos cuando dicha norma no estaba vigente?**

La solución a esta cuestión depende de la naturaleza penal o procesal que se otorgue a la norma y, al respecto, hay dos opiniones. La mayoría de la doctrina alemana defiende que las normas de prescripción son de carácter procesal, por lo que no se consideraría retroactiva la aplicación de una norma no vigente cuando se cometió el delito pero sí cuando se realizó el proceso. Esta doctrina es aceptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En cambio, la mayoría de la doctrina española considera que la prescripción tiene naturaleza penal y, por lo tanto, se aplicaría el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

d) **¿Pueden ser retroactivas las normas que regulan el régimen de ejecución de las penas?**

En principio, una ley que endurece el régimen de cumplimiento de una pena deberá considerarse irretroactiva, no solo porque como ley restrictiva de derechos es siempre irretroactiva, sino porque la forma de cumplimiento forma parte de la misma pena.

La doctrina mayoritaria ha defendido la irretroactividad de las leyes sobre la ejecución de las penas perjudiciales para el reo y el TS está de acuerdo con esta opinión. Pese a ello, hay algún ejemplo de aplicación retroactiva de reglas perjudiciales para el reo sobre el cumplimiento de la pena.

El principio de legalidad penal europeo no comprende, en cambio, con carácter general, las normas sobre ejecución de las penas, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

e) **¿Cómo se aplica la ley penal en el tiempo de delitos compuestos o complejos y continuados, y delitos permanentes?**

En relación con las dos primeras categorías, el problema surge cuando una de las conductas que forman el delito se cometió estando vigente la ley antigua y la otra/s cuando estaba vigente la ley nueva. La doctrina se plantea si la ley nueva es desfavorable, la aplicación de la ley a todo el conjunto, y por tanto también a la parte del delito cometido con una ley penal favorable, sería una aplicación prohibida retroactiva. El TS ha establecido que solo si bastan por sí mismos los hechos cometidos tras la entrada en vigor de la nueva ley menos favorable para formar el delito continuado o el delito complejo es posible aplicarla y, en cambio, sería obligatorio aplicar la ley más favorable si los hechos cometidos bajo su vigencia son imprescindibles para formar el delito continuado o el delito complejo.

En el caso de los delitos permanentes, nos podemos encontrar que la conducta delictiva se realizó y el delito se consumó vigente una ley anterior, y tras la consumación, el autor no ha realizado ningún acto más, pero ha mantenido la situación antijurídica creada una vez vigente la ley nueva. En este caso, el TS establece que el mantenimiento de la conducta antijurídica durante la vigencia de la nueva ley hace posible la aplicación de ésta, aunque sea desfavorable para el reo.

f) Las reglas que regulan la responsabilidad civil derivada del delito no están sometidas a la regla de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, pues son reglas de Derecho civil, por lo que rige para ellas lo que con carácter general disponga el Código civil

- g) Tampoco está comprendido en el principio de legalidad penal español la jurisprudencia, al no ser fuente de Derecho en el sistema de fuentes español, por lo que un acusado no puede exigir que se le aplique una interpretación jurisprudencial más beneficiosa cuando la jurisprudencia ha cambiado después de cometer el delito.

Sin embargo, el TEDH hace una interpretación contraria al sistema penal español.

2. El principio de retroactividad de la ley penal más favorable

La regla general de la irretroactividad de la ley penal tiene una excepción: una ley puede aplicarse excepcionalmente a un hecho cometido antes de su entrada en vigor cuando esa ley es más favorable para el sujeto al que se le aplica.

2.1 Fundamento

El motivo para la excepción puede verse en razones de justicia y de coherencia del ordenamiento jurídico. Si las valoraciones jurídicas han cambiado, no tiene sentido seguir aplicando la ley antigua desfavorable, que responde a unas valoraciones superadas. Pero, sobre todo, lo que fundamenta la posibilidad de tal excepción es que el motivo que impide la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, la seguridad jurídica, no concurre cuando la ley aplicada retroactivamente es favorable al sujeto.

2.2 Ámbito de aplicación

Nuestro Código penal establece la retroactividad de las leyes penales favorables de una manera muy generosa, pues la aplicación no solo es posible cuando la ley cambia tras cometerse el hecho y antes que se dicte sentencia, sino incluso cuando hubiese recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En este caso, debería revisarse la condena.

Pero además, si una sentencia ya se ha cumplido, la ley aún tiene efectos retroactivos, pues en los casos de despenalización de la conducta comporta la eliminación de los antecedentes para la apreciación del agravante de la reincidencia

2.3 Problemas de determinación de la ley más favorable

Cuando una ley despenaliza una conducta, incluye eximentes o atenuantes aplicables al caso o disminuye las penas, es fácil afirmar que estamos ante una ley más favorable para el reo. Pero en ocasiones puede haber casos en que no quede claro cuál es la ley más favorable, por ejemplo, cuando las penas son de distinta naturaleza. En principio, parece que una pena de privación de libertad es más favorable que una pena de privación de derechos, pero eso puede no ser siempre así, por lo que el Código penal establece que, en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, **será oído el reo**.

2.4 Supuestos especiales: las leyes penales intermedias y las leyes temporales

Una **ley intermedia** es aquella que no estaba vigente en el momento de comisión de los hechos, lo estuvo después, pero dejó de estarlo antes de la celebración del juicio. En principio, dicha ley no guarda conexión con el delito, pero muchos autores y el TS han considerado aplicable la ley intermedia si era más beneficiosa para el reo que las vigentes en los momentos de comisión del hecho o de la celebración del juicio.

En cambio, las **leyes temporales** son aquellas que tienen limitada su vigencia a una determinada situación o a la concurrencia de ciertas circunstancias. Estas leyes pueden crear delitos o elevar penas para hacer frente a los graves problemas que existen en esas situaciones y cuando ha desaparecido la situación, son derogadas. Si una vez derogadas se pudiese aplicar al reo la ley más favorable, la ley temporal perdería toda su eficacia. Por ello, el art. 2.2 CP establece que las leyes temporales se aplicaran siempre a los hechos

cometidos bajo su vigencia, no pudiéndose aplicarse a los mismos, retroactivamente, una ley posterior más favorable.

LECCIÓN 4: LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO, COOPERACION INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

I. La ley penal en el espacio. Cuestiones generales y principios de aplicación

La ley penal española tiene una eficacia limitada en el espacio. El art. 8 CC establece que las leyes penales obligan a todos aquellos que se hallen en territorio español, consagrando así el principio básico de aplicación de la ley penal en el espacio: el principio de territorialidad. El art. 23 LOPJ añade a este principio básico otros complementarios para evitar posibles situaciones de impunidad.

Esos principios complementarios son:

- Personalidad activa
- Protección de intereses
- Jurisdicción universal
- Personalidad pasiva
- Justicia supletoria

1. El principio de territorialidad

1.1 Contenido y fundamento

Según este principio, las leyes penales españolas se aplican a los delitos cometidos en territorio español, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima.

Su fundamento radica en la idea de soberanía estatal, que se extiende a todo el territorio nacional, de manera que el Estado ejerce sobre el mismo todas sus potestades y, entre ellas, el *ius puniendi*. Además, si el Derecho penal tiene la función de garantizar el orden social, su aplicación no puede distinguir según la nacionalidad del autor. También, por razones prácticas desde el punto de vista procesal, recomiendan que donde mejor se puede realizar la investigación del delito es en el lugar en el que ocurrió.

1.2 El concepto jurídico de territorio

El territorio, a efectos de la aplicación de la ley penal, comprende:

- La superficie terrestre comprendida en el interior de las fronteras del Estado:
 - Esto incluye los edificios de las embajadas y consulados extranjeros en nuestro país.
- Las aguas interiores
- El mar territorial: la columna de agua, lecho, subsuelo y recursos comprendidos en las 12 millas náuticas adyacentes a las costas españolas
- El espacio aéreo: el que se extiende sobre la superficie terrestre y sobre el mar territorial
 - A las aeronaves se les aplica la ley española cuando entren en el espacio aéreo español
- Los buques y aeronaves que tengan pabellón español cuando se encuentren en aguas internacionales o espacio aéreo libre, o sean buques o aeronaves militares u oficiales. En caso que los buques o aeronaves con pabellón español se encuentren en aguas territoriales o espacio aéreo de otro Estado, se regirán por lo dispuesto en las leyes de ese Estado.

- Las naves y artefactos espaciales con pabellón español
- El espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes no están sometidos a la soberanía de ningún Estado.

1.3 Lugar de comisión del delito

Para la aplicación del principio de territorialidad resulta esencial conocer el lugar donde se ha cometido el delito.

Para ello, la doctrina ha diseñado varias teorías:

- Según la teoría de la actividad, el delito se entiende cometido en el lugar donde el sujeto realiza la acción u omisión delictiva
- Según la teoría del resultado, el delito se entiende cometido en el lugar donde se produce el resultado delictivo
- Según la teoría del ubicuidad, el delito se entiende cometido tanto en el lugar donde se realiza la acción como en el lugar donde se produce el resultado

Esta última parece la preferible, ya que elimina las posibles lagunas que pudiesen existir.

2. El principio de personalidad activa

2.1 Contenido y fundamento

La ley penal española se puede aplicar a los delitos cometidos por los ciudadanos españoles en el extranjero. Este principio es complementario del principio de territorialidad para evitar la impunidad que general la regla muy extendida de no extraditar a los nacionales.

2.2 Requisitos legales para su aplicación

Este principio está recogido en el art. 23 LOPJ, que exige para su aplicación:

- 1) Que los hechos estén previstos en las leyes penales españolas como delito
- 2) Que los responsables criminalmente fueran españoles o extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad después de cometer el hecho
- 3) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución (**principio de doble incriminación**), salvo que no sea necesario dicho requisito en virtud de Tratado.
- 4) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal presenten querrela ante los tribunales españoles
- 5) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o que no haya cumplido la condena

3. El principio real o de protección de intereses

3.1 Contenido y fundamento

Según este principio, la ley española se extiende a determinados delitos aunque se cometan en el extranjero y con independencia de la nacionalidad del autor. Este principio complementario se basa en la naturaleza de los delitos a los que se extiende, pues son delitos que protegen determinados bienes jurídicos que constituyen intereses del Estado.

3.2 Regulación española

Este principio está recogido en el art. 2.3 LOPJ.

3.2.1 Lista de delitos a los que se extiende:

- Traición y contra la paz o independencia del Estado
- Contra el titular de la Corona, su consorte, su Sucesor y el Regente
- Rebelión y sedición
- Falsificación de la firma o Estampilla reales

- Falsificación de moneda española y su expedición
- Cualquier otra falsificación que perjudique el crédito o intereses del Estado
- Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles
- Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y contra la Administración pública española
- Los relativos al control de cambios

3.2.2 Requisitos legales

- Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o que no haya cumplido condena
- Que el agraviado el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles

4. Principio de jurisdiccional universal

4.1 Contenido y fundamento

Este principio, también llamado de justicia universal, permite a los tribunales nacionales enjuiciar determinados delitos en aplicación de la ley penal interna cuando hayan cometido en el extranjero y con independencia de la nacionalidad del autor. Este principio se basa en el interés de todos los Estados en la persecución de ciertos delitos que por su naturaleza afectan a toda la Comunidad internacional

4.2 Regulación española

El principio de jurisdicción universal venía regulado de una manera muy amplia en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, este principio de ha ido limitando para evitar conflictos diplomáticos.

4.2.1 Delitos a los que se extiende

Según el art. 23.4 LOPJ, la jurisdicción universal española se extiende, sometida a diversos requisitos o condiciones que varían en cada caso, a los delitos de **genocidio, lesa humanidad, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado**, entre otros.

4.2.2 Requisitos legales

Se exigen los siguientes requisitos:

- Los vínculos ya mencionados
- Interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal
- Que no se haya iniciado un procedimiento para la investigación y enjuiciamiento de los hechos en un Tribunal Internacional
- Que no se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar donde se hubiesen cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a quien se impute su comisión
- En caso de cometerse fuera de territorio español uno de los delitos de competencia de la CPI y no ser el presunto autor español, España cedería la competencia a la Corte, renunciando a la jurisdicción universal

5. El principio de personalidad pasiva (o de protección de los nacionales)

5.1 Contenido y fundamento

Según este principio, la ley penal nacional se aplica cuando la víctima del delito es un nacional, aunque el delito se haya cometido en el extranjero y el presunto autor sea extranjero.

5.2 Regulación española

5.2.1 Delitos a los que se extiende

- Delitos de tortura y contra la integridad moral
- Delitos de desaparición forzada
- Terrorismo
- Delitos de violencia de género y violencia doméstica
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores
- Delitos de falsificación de productos médicos y contra la salud pública

5.2.2 Requisitos legales

- Que la víctima tuviese nacionalidad española en el momento de la comisión del delito
- Y que la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español
- Interposición de querrela por parte del agraviado o por el Ministerio Fiscal
- Que no se haya iniciado un procedimiento para la investigación y enjuiciamiento de los hechos en un Tribunal internacional
- Que no se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en el que se hubiesen cometido los hechos o en el Estado de la nacionalidad de la persona a la que se le impute su comisión

6. El principio de justicia supletoria

Este principio se prevé en algunos países para extender la propia ley penal a casos en los que no es aplicable ninguno de los principios anteriores, con el fin de evitar la impunidad, bien porque el delito se cometió en un territorio no sometido a la soberanía de ningún Estado o bien porque teniendo en su poder el delincuente, no es posible la extradición al mismo país competente para juzgarlo.

7. La cláusula *aut dedere aut iudicare*

Algunos convenios internacionales recogen una cláusula por la que se obliga a un Estado, bien a extraditar siempre al sujeto acusado de ciertos delitos, bien a juzgarlo por el delito en cuestión. Esta cláusula se conoce como el principio *aut dedere aut iudicare*.

Se trata de una cláusula de cooperación internacional destinada a evitar la impunidad cuando por algún motivo, se niega la extradición de un delincuente.

La reciente reforma del art. 23.4 LOPJ ha introducido esta cláusula, otorgando la jurisdicción a los tribunales españoles sobre los delitos mencionados en dicho apartado, cometidos fuera del territorio nacional, por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiese sido denegada por las autoridades españolas.

II. Cooperación judicial interestatal

Los Estados han desarrollado diversos mecanismos de cooperación internacional para facilitar el enjuiciamiento de delitos. El más importante es la extradición. En el ámbito europeo, encontramos mecanismos de cooperación de la UE, como por ejemplo la euroorden.

1. La extradición

La **extradición** es una forma de cooperación judicial internacional consistente en la entrega de un sujeto por parte de un Estado, en cuyo territorio se ha refugiado, a otro

Estado que lo reclama para juzgarle o para ejecutar la pena o medida de seguridad impuesta. La extradición suele venir regulada en tratados internacionales y en las leyes internas.

El Estado requirente es aquel que solicita la entrega del delincuente y Estado requerido a aquel que lo tiene y se pretende que lo entregue. Extradición activa es la solicitud de entrega que hace el Estado requirente y extradición pasiva es la entrega de dicho delincuente que realiza el Estado requerido. Según los órganos que intervienen, se puede llamar a la extradición:

- **Gubernativa:** solo el Gobierno interviene en el procedimiento
- **Judicial:** solo intervienen los tribunales
- **Mixta:** intervienen tribunales y gobiernos

En España, la extradición se regula en distintos convenios de extradición y, en su defecto, se aplica la Ley de Extradición pasiva de 1985 y para la extradición activa se aplica lo dispuesto en la LECrim. El procedimiento previsto en la ley española es el **mixto**.

1.1 La extradición activa en la LECrim

Se puede solicitar la extradición de una persona que deba ser juzgada en España y se encuentre en el extranjero contra la que se haya dictado auto motivado de prisión o recaído sentencia firme.

Solo podrá pedirse o proponerse a extradición de:

- Españoles que, habiendo delinquido en España, se hayan refugiado en un país extranjero
- Españoles que, habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto de aquel en que delinquieron
- Extranjeros que, debiendo ser juzgado en España, se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo

1.2 La extradición pasiva en la Ley de 1985

El procedimiento de extradición pasiva previsto en la ley es mixto. Esta ley incorpora una serie de principios que son asumidos por la mayoría de los Estados. Se pueden resumir en:

- **Principio de legalidad:** las condiciones se regirán por ley y por los tratados internacionales
- **Principio de reciprocidad**
- **Principio de doble incriminación:** solo se podrá proceder a la extradición por aquellos hechos que sean delito también en España
- **Principio de no entrega** de los nacionales ni de los extranjeros que deban ser juzgados en España
- **Principio de no extradición** por delitos de escasa gravedad

Además, la ley prevé los siguientes motivos de denegación obligatoria de la extradición:

- Cuando se trate de delitos de carácter político
- Cuando se trate de delitos militares tipificados en el ley española y de delitos cometidos a través de los medios de comunicación, en el ejercicio de la libertad de expresión, y de los que solo son perseguibles a instancia de parte, excepto los delitos sexuales
- Cuando la persona reclamada fuera a ser juzgada en el Estado requirente por un tribunal de excepción

- Cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal conforme a la ley española o del Estado requirente
- Cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo por los mismos hechos
- Cuando el Estado requirente no diera garantía de que la persona reclamada no será ejecutada ni sometida a penas que atenten a su integridad corporal
- Cuando el Estado requirente no hubiese dado garantías de celebrar un nuevo juicio
- Cuando la persona reclamada le hubiese sido reconocida la condición de asilado

2. El asilo

El **asilo** es la protección que se otorga por un Estado a una persona que se refugia en su territorio, que consiste en su no devolución, expulsión o extradición. Está reconocido como Derecho humano por la Declaración Universal para las personas perseguidas en otro Estado que no sean acusadas de delitos comunes o contrarios a los fines de la ONU.

La concesión de asilo no exige que el solicitante haya alcanzado el territorio español, pudiéndose solicitarse cuando todavía esté en el extranjero, bien en una embajada española bien a través de un representante.

El derecho de asilo se otorga a aquellas personas a quienes se les reconoce la condición de refugiado. Para la concesión de la condición de refugiado y el asilo, el solicitante debe argumentar temores fundados de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo u opiniones políticas en el país de su nacionalidad.

El **derecho a la protección subsidiaria** es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas pero se enfrentan a un riesgo real de:

- Condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material
- Tortura o tratos inhumanos o degradantes
- Amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles en situaciones de conflicto internacional o interno

El asilo y la protección subsidiaria se extienden a los padres, el cónyuge e hijos.

La legislación española niega el asilo a quien haya cometido un delito especialmente grave o a aquel de quien se sospeche que ha cometido determinados delitos o quien, por otra razón fundada, se le considera un peligro para la seguridad del país.

3. La cooperación judicial en la UE

En el espacio judicial europeo contamos con el instrumento de la orden europea de detención y entrega, conocida como la **euro-orden**, como mecanismo de auxilio jurídico internacional en materia penal.

La euro-orden es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la UE con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad.

La orden europea de detención y entrega puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro de la UE, y de la misma manera se deberá proceder cuando sea requerido por la autoridad judicial de otro Estado miembro. Los motivos de denegación están tasados, sin que la autoridad judicial de ejecución deba realizar un nuevo examen de la solicitud.

También es motivo para la no ejecución de la orden de detención europea:

- La amnistía y el indulto otorgados por el Estado de ejecución, cuando éste tuviese competencia para perseguir ese delito según su propio Derecho penal
- La existencia de una condena por los mismos hechos
- La minoría de edad

Y facultativamente: la prescripción, la competencia del Estado de ejecución por el principio de territorialidad y el no reconocimiento de la perseguibilidad extraterritorial del delito en el Estado de ejecución.

El Estado de ejecución puede someter la entrega a determinadas garantías.

III. Derecho penal internacional. Especial consideración del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Con el concepto Derecho penal internacional nos referimos a la legislación penal emanada de la comunidad internacional y a la que están sometidos directamente los ciudadanos de todas las naciones. Estas normas tutelan los intereses fundamentales de la comunidad internacional y son aplicadas por tribunales internacionales. Por tanto, el Derecho penal internacional es la rama del ordenamiento jurídico cuya misión es proteger los bienes jurídicos más importantes del orden social internacional frente a las formas de agresión más graves.

Aunque sus orígenes son muy antiguos, la primera aplicación práctica del Derecho penal internacional puede verse en los juicios de Núremberg y Tokio contra los mayores criminales nazis y japoneses. En 1950, la ONU aprobó los principios de Núremberg, que sentaron las bases y los principios fundamentales del Derecho penal internacional.

En 1998 se concluyeron los trabajos de elaboración del Estatuto de la **Corte Penal Internacional (CPI)**. El Estatuto de la CPI fue aprobado a través de un Tratado internacional que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

El Estatuto de la CPI contiene una parte material y otra procesal. La parte material es un Código penal internacional con una parte general y otra especial. Los crímenes competencia de la Corte se limitan a los más graves: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

La competencia de la CPI no es universal, pues depende de que el Estado en cuyo territorio se cometió el delito o del que es nacional el presunto autor responsable, sea parte en el Estatuto.

Además, la competencia de la CPI es complementaria de la de los Estados, teniendo éstos preferencia en el enjuiciamiento.

SEGUNDA PARTE: TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

LECCIÓN 5: EL CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO

I. Límites del concepto del delito: la clasificación formal de las infracciones penales en nuestro Código

Todas las infracciones que las leyes penales recogen bajo la amenaza de una pena son delitos.

Tras la LO 1/2015, se mantienen tres categorías de infracciones penales e, incluso, el mismo criterio de diferenciación, basado en la gravedad de las penas que les son aplicables. El cambio fundamental ha sido la sustitución de las faltas por los denominados delitos leves.

La base de la actual clasificación la encontramos en el artículo 13 CP, según el cual:

1. Son **delitos graves** las infracciones que la ley castiga con pena grave.
2. Son **delitos menos graves** las infracciones que la ley castiga con pena menos grave.
3. Son **delitos leves** las infracciones que la ley castiga con pena leve.-
4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre graves y menos graves, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

Las antiguas faltas han sido transformadas en delitos leves e, incluso, en delitos menos graves, aumentando las penas aplicables a las mismas.

El tratamiento de las tres clases de delitos queda equiparado en cuestiones como los grados de realización, las formas de participación o la concurrencia de circunstancias eximentes incompletas. Es en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal donde se mantiene la regulación anterior a la supresión del término falta: su incidencia en los delitos leves queda al arbitrio de jueces y tribunales.

II. Aproximación al concepto analítico del delito: el sentido de la teoría jurídica del delito

El Derecho penal utiliza el pensamiento sistemático como base del análisis de la estructura del delito. Los resultados de este proceso analítico configuran la denominada **teoría jurídica del delito**.

Es posible distinguir cinco categorías que configuran lo que podemos denominar concepto analítico del delito:

- La concurrencia de una conducta (**acción u omisión**)
- Su **tipicidad**, o correspondencia de la acción u omisión con los elementos que fundamentan lo injusto de una conducta tipo, recogida en la ley
- La **antijuricidad**, o contrariedad al derecho de la conducta típica
- La **culpabilidad**, o reprochabilidad personal de dicha conducta antijurídica
- La **punibilidad** de la misma

Dichos elementos tienen un carácter **secuencial**: solo una acción o una omisión puede ser típica; solo una acción u omisión típica puede llegar a ser antijurídica; solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable; y solo una acción u omisión culpable puede llegar a ser punible

Para comprobar la concurrencia en el caso concreto de uno de ellos, primero habremos de verificar que se dan los anteriores. Como resultado de este análisis estaremos en condiciones de afirmar si a la conducta objeto del mismo, le corresponde algún tipo de reacción jurídico-penal o no, así como su naturaleza y medida.

III. La evolución histórica del concepto analítico del delito y de sus caracteres constitutivos

La estructura secuencial es el fruto de una larga evolución conceptual. Dicha evolución ha afectado no solo a la identificación de los distintos elementos del delito, sino al contenido de cada uno de ellos.

1. Concurrencia de una acción o una omisión: la base de la estructura del delito

El primer elemento de la estructura del delito es la concurrencia de una conducta humana.

Las normas deben adaptarse a la naturaleza del comportamiento humano. Al analizar el contenido de las normas adoptan dos formas diferentes:

- **Prohibiciones**, cuando se considera que una determinada acción debe ser evitada para que no se produzca la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico
- **Mandatos**, en aquellos casos en los que se ve necesario exigir un comportamiento activo para evitar que se produzca tal menoscabo

Por tanto, dos tipos de comportamiento humano van a ser objeto de regulación jurídico penal, las acciones y las omisiones.

En la base de la estructura del delito se sitúa bien una acción, bien una omisión.

Ello supone que solo interesan como constitutivos de una infracción penal lo que pueda ser definido como acción o como omisión, lo que implica la exclusión de la esfera del delito de los meros pensamientos o los movimientos corporales involuntarios. Por tanto, solo cuando un sujeto realice un comportamiento activo u omisivo será posible proseguir el análisis.

Además, situar las distintas formas de conducta en la base del delito implica que hemos de determinar cuáles son las características que definen a acción y omisión en el plano ontológico, “*del ser*”.

Entre las numerosas corrientes de pensamiento, el manual se sitúa en la órbita de la escuela finalista del derecho penal, cuyo creador es el penalista alemán Hans WELZEL. En este sentido, podemos definir la **acción como ejercicio de actividad finalista, esto es, dirigida por la voluntad a la consecución de un fin**. Mientras, **la omisión es la no realización de una acción finalista cuando se tiene la concreta capacidad de llevarla a cabo**.

2. La acción u omisión ha de ser típica: los elementos que fundamentan lo injusto específico de la figura delictiva

Solo aquellas acciones u omisiones que estén recogidas en las leyes penales o que contengan los elementos que fundamentan lo injusto específico de una determinada figura delictiva, podrán llegar a ser jurídico-penalmente relevantes.

A esta cualidad se le llama **tipicidad**: hemos de identificar en la conducta real los elementos que fundamentan lo injusto específico, característico de la conducta tipo, conducta ideal recogida por la ley.

En sentido contrario, si no concurre alguno de los elementos que fundamentan lo injusto específico de la conducta tipo, la conducta real deberá ser declarada atípica y nuestro análisis habrá concluido.

La doctrina ha elaborado una serie de modelos a los que se acogen las distintas infracciones penales. Podemos hablar de los tipos de los delitos de acción y omisión, de los delitos dolosos e imprudentes, de tipos de simple actividad, de resultado, propios de omisión, de comisión por omisión... que presentan una serie de características definitorias comunes.

3. La acción u omisión típica ha de ser antijurídica: el juicio de contrariedad objetiva al ordenamiento jurídico

Solo cuando la acción u omisión típica sea además antijurídica, esto es, objetivamente contraria al Derecho o, lo que es lo mismo, ilícita, podremos hablar de una infracción penal en sentido estricto y se abrirá la posibilidad de aplicar una pena o una medida de seguridad.

La tipicidad es el fundamento de la **antijuricidad**, pero, si bien la mayoría de las conductas típicas son además antijurídicas, no es menos cierto que existen ciertas situaciones, determinadas por la concurrencia de las llamadas **causas de justificación**, que implican que lo que es típico no sea antijurídico, sino que sea plenamente lícito, conforme a derecho.

Es decir, la realización de la conducta prohibida o la no realización de la conducta ordenada serán plenamente lícitas cuando concorra una causa de justificación.

Son causas de justificación:

- La legítima defensa
- Ciertos casos de estado de necesidad
- El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo
- Algunos supuestos de consentimiento del sujeto pasivo

En el caso que no concorra ninguna, la conducta típica será antijurídica y podremos seguir con el análisis de los restantes caracteres del delito.

La antijuricidad no se agota en la concurrencia o no de las causas de justificación. Con su análisis también es posible determinar la gravedad del hecho antijurídico, comprobando la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes que pueden suponer una mayor o una menor gravedad del injusto.

Dichas circunstancias, entre las que se encuentran las causas de justificación incompletas, actuarán como factores de modulación de la pena que se imponga finalmente.

La concurrencia y valoración de la tipicidad y la antijuricidad determinarán lo injusto del delito, esto es, la gravedad material de la conducta y el resultado.

4. La acción u omisión antijurídica ha de ser culpable: el juicio de reproche

Para determinar la aplicación de una consecuencia jurídica del delito, aun es preciso analizar la culpabilidad de la misma o si es posible, y en qué medida, reprochársela a su autor.

La **culpabilidad** es pues la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica. Una vez comprobado que el sujeto ha llevado a cabo una conducta no solamente típica, sino contraria al ordenamiento jurídico, es momento de determinar si es posible reprocharle la realización de la conducta.

Como elemento de la estructura nuclear del delito, y a expensas de posibles variaciones en el ámbito de la punibilidad, la determinación de la culpabilidad del sujeto y de la medida de la misma, va a suponer un paso decisivo en la configuración de la necesidad, el tipo y la medida de la posible consecuencia jurídica a aplicar.

Es en este sentido que se ha formulado uno de los principios básicos del Derecho penal, el llamado **principio de culpabilidad**: *“no hay pena sin culpabilidad. La medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad”*

Basaremos el juicio de reprochabilidad en la libertad de la voluntad como elemento básico de nuestra autocomprensión y de nuestra forma de interactuar en sociedad. Es decir, fundamentaremos la culpabilidad en el análisis de la capacidad del sujeto de actuar de otro modo.

Diseñado el concepto de culpabilidad, para desarrollarlo llevaremos a cabo una serie de juicios sucesivos, los correspondientes a la imputabilidad del sujeto, donde analizaremos la concurrencia o ausencia de causas de inimputabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad de la conducta.

Dicho proceso estará orientado por el objetivo de valorar la capacidad del sujeto de actuar de un modo distinto, de ajustar su comportamiento al ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta los matices normativos que hemos señalado. El fin de dicha comprobación será determinar la idoneidad de imponer una consecuencia jurídica del delito al autor de la conducta antijurídica, a la vez que establecer la medida de la misma.

5. El elemento de cierre de la estructura del delito: la punibilidad

Llegados a la conclusión que el sujeto es culpable, la última categoría que configura la estructura del delito es la **punibilidad**.

Se trata de determinar si, de acuerdo a dichas razones, el legislador opta por aplicar una sanción penal al hecho culpable o si considera que es más oportuno llevar a cabo alguna limitación o incluso prescindir de la sanción que ha sido determinada por la gravedad del injusto culpable.

En la punibilidad se trataría, por un lado, de tomar decisiones sobre el propio recurso a la sanción penal. Pero, por otra parte, tampoco en el caso de la punibilidad estamos ante un mero concepto negativo. En el juicio de punibilidad también es posible tomar decisiones sobre la magnitud de la sanción.

Consideraciones político-criminales pueden determinar que, en una concreta situación, sea conveniente la aplicación de una pena más leve, sin que ello suponga una menor gravedad de lo injusto o de la culpabilidad. Este tipo de situaciones estarían determinadas por razones de conveniencia, que aconsejarían la atenuación de la pena adecuada a lo injusto culpable.

Supuestos de esta naturaleza ya aparecen regulados en nuestro CP en atenuantes como las de confesión de la infracción, de reparación del daño, las dilaciones indebidas u otras análogas que podamos imaginar.

IV. Recapitulación: el concepto analítico del delito

A modo de resumen, podemos **definir el delito desde un punto de vista analítico como una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible**. Dichos elementos están recorridos por una relación lógica de carácter secuencial.

La base de la estructura del delito está constituida por una conducta, que puede consistir en una acción o en una omisión.

El delito es pues una conducta. Una vez comprobada la concurrencia de una acción u omisión, es preciso determinar si es típica o, lo que es lo mismo, si se dan en ella los caracteres del tipo del injusto de una figura delictiva.

Tras la verificación de la tipicidad de la acción u omisión, será preciso comprobar la concurrencia o ausencia de causas de justificación. El objetivo es establecer si la conducta típica es antijurídica, contraria al Derecho, o no. Si se dan los elementos de una causa de justificación, la conducta típica es lícita.

Pero aún tienen que concurrir otras características. La siguiente es la culpabilidad o responsabilidad personal de la conducta antijurídica. Se trata de un juicio con alto contenido valorativo en el que, teniendo en cuenta las posibilidades de obrar de un modo distinto que tuvo el autor de la conducta antijurídica. En este nivel se analizará la imputabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad de la obediencia al derecho.

Por último, la estructura del delito se cierra con el análisis de la punibilidad de la conducta culpable. Se trata de verificar si existe alguna previsión legal por la que, por razones de conveniencia político criminal, de oportunidad, se excluya o se rebaje la consecuencia jurídica determinada para la conducta culpable.

LECCIÓN 6: LA TEORÍA DE LA CONDUCTA

I. La acción y la omisión como primer elemento del delito. Las funciones de los conceptos de acción y de omisión

El primer elemento de la estructura del delito viene dado por la concurrencia de una conducta humana, que se puede presentar bajo dos formas, la acción y la omisión.

Hay que contar con una definición de las formas de conducta humana que reúna los elementos necesarios sobre los que desarrollar el posterior análisis jurídico-penal.

La doctrina coincide en señalar que fue un penalista alemán, MAIHOFER, quien sintetizó cuáles son las funciones que tiene que cumplir un concepto de acción que pretenda ser de utilidad en el ámbito de la concepción sistemática del delito.

1. La acción y la omisión como base de la estructura del delito -función lógica-

La primera de las funciones que tienen que cumplir los conceptos de acción y omisión es la de constituirse en elemento básico del sistema. Se trata de describir la estructura sobre la que se asientan los demás elementos, es decir, establecer aquellos caracteres valorativos que permitirán calificar la conducta como delictiva.

Consecuencia directa de esta función es que los conceptos ofrecidos han de ser lo suficientemente amplios para que todos los fenómenos que puedan constituirse en delito queden integrados en los mismos.

Son dos los conceptos que se encuentran en la base de la estructura del delito: la acción y la omisión, elemento básico del sistema de la teoría jurídica del delito.

2. La acción y la omisión como enlace de la estructura del delito -función sistemática-

La segunda de las funciones que se predicán de los conceptos de acción y omisión es la de enlace o unión entre todas las fases del análisis jurídico penal, es decir, tienen que reunir las características que les permitan actuar de hilo conductor de los demás elementos del delito.

Las definiciones que se construyen deben ser neutrales, de tal modo que no prejuzguen caracteres que solo más adelante tienen que ser analizados.

3. La acción y la omisión como límite de la estructura del delito -función práctica-

Por último, los conceptos de acción y de omisión han de servir de límite de la estructura del delito. Deben ser suficientemente concretos para excluir aquellos fenómenos que por sí solos no pueden ser relevantes para el derecho penal.

De todos los fenómenos asociados al ser humano, tendremos que limitar nuestro análisis a aquellos que, por ser definidos como acción u omisión, puedan llegar a ser calificados como delictivos.

Los conceptos que desarrollemos tendrán que cumplir con estas tres funciones.

III. Los conceptos de acción y de omisión en la moderna ciencia del derecho penal: planteamiento y crítica de los diversos modelos

Durante el siglo XX, la ciencia del derecho penal se esforzó en delimitar los conceptos de acción y de omisión.

Existen tres grandes corrientes que aún siguen presentes en la ciencia del derecho penal contemporáneo:

- La representada por el causalismo
- La finalista
- Las propuestas de carácter normativista

1. El concepto causal de acción: el científicismo de Von Liszt y Beling

A finales del siglo XIX y principios del 20 se propone el **concepto causal de acción**.

Desarrollado por autores como Von Liszt y Beling dio lugar a la concepción neoclásica, caracterizada por el contraste objetivo-subjetivo entre injusto y culpabilidad.

En el origen del concepto causal de acción se encuentra un esfuerzo por desarrollar una visión genuinamente científica de los distintos elementos del delito, que en el ámbito del concepto de acción se traduce en su objetivación y mecanización, centrándose en su faceta causal, de donde toma el nombre.

1.1. Planteamiento del modo causal de acción

Se describe la acción humana como una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y provocada por una manifestación de voluntad, que puede consistir en la realización o no realización voluntaria de un movimiento corporal, según estemos ante una acción o una omisión.

Manifestación de voluntad, relación de causalidad y resultado son los elementos que configuran el concepto causal de acción. El modelo gira, por tanto, en torno a un “*impulso causal voluntario*”.

La consecuencia principal de esta visión de la acción es que a la misma pertenecen todos los resultados causalmente producidos, sin importar que fueran queridos o no por el autor.

1.2. La crítica al modelo causal de acción

El modelo causal de la acción supuso un paso fundamental en el desarrollo de la teoría jurídica del delito. Las principales objeciones se refieren a los problemas que plantea el concepto causal como elemento límite y a la dificultad de incluir en el mismo a las conductas omisivas.

1.2.1. Un concepto excesivamente amplio

La crítica al modelo causal de acción parte precisamente de su pretendida objetividad. El hecho de que se trate de una concepción mecánica de la acción humana lleva aparejada su falta de límites: cualquier resultado causalmente unido a una manifestación de voluntad pertenece a la acción y la causalidad es un concepto imposible de acotar desde una perspectiva naturalista.

Este hecho se hace inasumible cuando viene unido al mantenimiento de la objetividad en los siguientes niveles de la estructura del delito.

1.2.2. Las fricciones entre el modelo causal y los comportamientos o misivo

El concepto causal de acción presenta también problemas en su descripción de los comportamientos omisivo.

2. El concepto finalista de acción: Welzel y los aspectos subjetivos del comportamiento humano

La propuesta parte de la existencia de una serie de estructuras lógico-objetivas, ontológicas, del mundo del ser, que el legislador ha de tener en cuenta en su regulación.

El desarrollo de esta idea afectó a la comprensión del conjunto del sistema del delito, que se vio transformada por la inclusión de elementos subjetivos en los niveles previos a la culpabilidad.

2.1. Planteamiento del modelo finalista de acción

Una de las señaladas estructuras lógico-objetivas es precisamente la estructura finalista de la acción humana. Para conseguir sus objetivos, el sujeto dirige su conducta hacia un fin. La acción es, por tanto, ejercicio de actividad finalista.

Welzel introduce un componente subjetivo en su definición de la acción humana, caracterizada de este modo porque el sujeto puede prever, dentro de unos límites, las consecuencias de su conducta, asignarse fines y dirigir su actividad hacia un determinado fin.

Finalidad, causalidad y resultado son los elementos de este nuevo concepto, que sitúa su epicentro en el primero de ellos, la finalidad, también conocida como **voluntad de realización**.

La acción así entendida no es la mera suma de una serie de manifestaciones de carácter objetivo y subjetivo, sino una auténtica unidad, constituida en torno a la dirección finalista del individuo.

De ahí que pertenezcan al concepto de acción finalista todas las consecuencias que se encuentran comprendidas por la finalidad. La finalidad define los límites externos de la conducta activa. Si un resultado no está comprendido en la voluntad de realización, no será parte del contenido de la acción finalista.

La delimitación del contenido que abarca la voluntad de realización del sujeto es decisiva. Se pueden trazar tres círculos:

- a) En primer lugar, pertenecen a la acción aquellos resultados que constituyen el fin que persigue el autor.
- b) La acción incluirá también aquellas consecuencias que el sujeto considera necesariamente unidas a la consecución de su fin principal.
- c) Están incluidas en la voluntad de realización y, por tanto, pertenecerán a la acción en sentido finalista, aquellas consecuencias de la misma que el sujeto entiende como meramente posibles pero con cuya producción cuenta.

2.2. La crítica al modelo finalista de acción

El concepto finalista de acción no ha estado exento de críticas. En el campo de la omisión se planteó que resultaba excesivamente limitado para su aplicación en los delitos imprudentes

2.2.1. El modelo finalista de acción y los delitos imprudentes ¿un concepto excesivamente limitado?

El concepto finalista de acción supera los problemas del causal al acotar de un modo más convincente el ámbito del primer elemento del delito; sin embargo, al no abarcar los resultados no incluidos en la voluntad de realización resulta excesivamente estrecho para los imprudentes. En definitiva, no se podría erigir en elemento básico del sistema al quedar parte de los fenómenos potencialmente delictivos al margen del mismo.

La respuesta a esta crítica fue que en los delitos imprudentes existe en todo caso una acción finalista. Son los medios utilizados y las formas de dirección finalista de esa conducta los factores que permiten determinar si el sujeto actúa o no imprudentemente.

En definitiva, el concepto finalista de acción no solo sirve para explicar las conductas que se encuentran tras los delitos dolosos, sino que también incluye los aspectos ontológicos fundamentales que sirven de base para caracterizar a los comportamientos que pueden ser declarados como imprudentes.

2.2.2. La omisión en el ámbito del finalismo

La omisión se entiende entre los finalistas como la no realización de una acción cuando se tenía capacidad de acción.

3. Los conceptos social y significativo de la conducta: los intentos de superar los modelos ontológicos de comportamiento

Los modelos causalistas y finalistas se caracterizan por situar la acción en un plano previo al de cualquier valoración.

Sin embargo, las supuestas deficiencias de ambas teorías impulsaron la formulación de nuevos patrones. Entre todos ellos podemos destacar los conceptos social y significativo de acción.

3.1. El concepto social de acción

Una generación de penalistas alemanes desarrolló el denominado **concepto social de acción**. La novedad se encuentra en añadir un elemento de carácter valorativo al concepto de acción: **la relevancia social de la conducta**.

La acción humana es toda conducta socialmente relevante, y lo será siempre que afecte a la relación entre el individuo y la sociedad, repercutiendo sobre la misma sus consecuencias.

La crítica a esta nueva corriente se ha centrado principalmente en su falta de concreción.

3.2. El concepto significativo de acción

El **concepto significativo de acción** también se centra en el significado social de la conducta. El núcleo de este tipo de planteamientos se sitúa en que se destaca que lo que realmente define el comportamiento no es éste, sino la **atribución social de sentido**.

Se ha criticado a este tipo de teorías que necesitan en cualquier caso de una base a la que atribuir ese sentido social.

4. La crisis y renuncia de la conducta como base de la estructura del delito

Hay una corriente que cuestiona las expectativas puestas en el desarrollo de un concepto de comportamiento como base del delito.

Hay modelos que renuncian a algunas de las funciones atribuidas al concepto de conducta, integrando caracteres propios de otros elementos del delito, como la tipicidad o la culpabilidad.

Otras líneas de pensamiento prescinden de la autonomía de acción y omisión como primer elemento del sistema, integrándolas bien en la tipicidad, que pasa ser el primer elemento del delito, bien en la antijuricidad.

III. Concepto y estructura de la acción y la omisión

Entendemos que los conceptos de acción y de omisión son estructuras lógico-objetivas que han de ser tenidas en cuenta por el Derecho penal para alcanzar su objetivo de protección de los bienes jurídicos.

Es por ello que en la base de la estructura del delito, de modo previo a cualquier valoración sobre su trascendencia jurídica, se sitúa bien una acción, bien una omisión.

1. Concepto de acción

La acción es ejercicio de actividad finalista. El ámbito de la acción viene determinado por el contenido de la voluntad de realización, articulado en tres niveles:

- Los resultados que constituyen el fin principal de la conducta
- Aquellos que se encuentran necesariamente unidos al mismo
- Aquellos que ve como posibles y con cuya realización cuenta

2. Concepto de omisión

La omisión se trata de la no realización de una acción cuando se tenía capacidad concreta para llevarla a cabo. Es decir, el sujeto, pudiendo desarrollar una determinada actividad finalista en las concretas circunstancias en que se encontraba, no lo hace.

La nota central de este concepto es la capacidad concreta de acción. Para que el sujeto sea capaz de realizar la acción deben concurrir los siguientes elementos:

- En primer lugar el sujeto debe tener conocimiento o poder conocer la situación en la que se desarrolla la conducta
- Deben concurrir las circunstancias materiales externas y estar disponibles los medios e instrumentos necesarios para poner en práctica la acción y el sujeto ha de conocer o poder conocer este extremo
- Por último el omitente ha de contar con los conocimientos y capacidades precisos para realizar la acción

IV. Los límites de la conducta: causas de exclusión de la acción y la omisión

1. La exclusión de los sucesos que no tienen su origen en una persona física

Finalidad en la acción y **capacidad de dirección finalista** en la omisión son conceptos hechos a la medida del ser humano. Este dato excluye de la base del delito a fenómenos que no tengan su origen en una persona física.

1.1. Fenómenos de la naturaleza o provocados por animales

Los fenómenos de la naturaleza o los provocados por animales no son acciones ni omisiones y por lo tanto no podrán ser declarados delictivos.

Ahora bien, ello no es obstáculo para que puedan ser fuente indirecta de responsabilidad penal.

1.2. Actos de las personas jurídicas

La responsabilidad penal de las personas jurídicas presupone en todo caso la existencia del comportamiento de una persona física, incluso en supuestos extremos en los que no haya sido posible establecer con claridad quién en concreto. Es decir, los actos de las personas jurídicas no son acciones y omisiones, por lo que directamente de los mismos

no se deriva responsabilidad penal alguna. La misma tendrá, en todo caso, su origen en una acción u omisión realizada por una persona física.

2. La exclusión de determinados fenómenos con origen en las personas físicas

La función limitativa de los conceptos de acción y omisión tiene también su influencia en los fenómenos con origen en las personas físicas.

2.1. El pensamiento

La necesidad de que en la base de la estructura del delito concurra una acción o una omisión tiene como fundamental consecuencia la exclusión de los pensamientos del ámbito de los fenómenos potencialmente punibles.

2.2. La fuerza irresistible

La fuerza irresistible, en los supuestos de *vis absoluta*, que no deja otra opción a quien la sufre, elimina tanto la voluntad de realización como la capacidad de dirección finalista de la conducta.

En sentido contrario, no cabe excluir la acción o la omisión en los supuestos de *vis compulsiva*, en los que, si bien queda condicionada a la voluntad de realización o limitada la capacidad de dirección finalista de la conducta, no quedan eliminadas.

La fuerza irresistible puede provenir tanto de un fenómeno de la naturaleza como de un tercero

2.3. Otros movimientos corporales

Por la misma falta tanto de voluntad de realización como de capacidad de dirección finalista de la conducta, quedan al margen de los conceptos de acción y omisión los movimientos corporales de quien sufre un ataque de epilepsia, de quien duerme o los actos reflejos en sentido estricto

2.4. Supuestos límite

Es discutido que otros casos, como los de hipnosis y narcosis, excluyan el primer elemento de la estructura del delito. En estos supuestos se opta más bien por la admisión de la existencia de una conducta en sentido estricto y la aplicación de atenuantes o eximentes en sede de culpabilidad. No excluyen por tanto la conducta humana.

V. Los conceptos de acción y omisión y la determinación del tiempo y lugar de comisión del delito

Algunos autores mencionan una cuarta función del concepto de conducta: la de determinar el tiempo y lugar de comisión del delito. Para la determinación del tiempo y lugar del delito se han propuesto tres teorías:

- **Teoría de la actividad:** el delito se comete en el momento y lugar en que se desarrolla la actividad
- **Teoría del resultado:** el momento y lugar del delito vienen determinados por el momento y lugar de producción del resultado.
- **Teoría de la ubicuidad, unitaria o mixta:** para establecer el momento y lugar del delito se pueden utilizar tanto los relativos a la conducta como los que se refieren al resultado.

El propio CP asume el criterio de la acción o actividad. En el caso de los plazos generales para la prescripción, en los que se remite al momento de la comisión de la infracción punible, el CP suele optar por la teoría de la actividad.

En los casos de delito continuado, delito permanente, así como las infracciones que exijan habitualidad, los plazos de prescripción se computará al desde el día en el que se re realizó la última infracción, desde que se le eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

Se exceptúa de la aplicación de esta regulación determinados delitos cuyas víctimas son menores de edad, en cuyo caso los plazos de prescripción se computaran desde el día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciese antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

El CP guarda silencio sobre el criterio general para determinar el lugar de comisión del delito. Lo más correcto sería aplicar la teoría de la ubicuidad.

VI. Los sujetos y las consecuencias de la conducta: sujeto activo y sujeto pasivo del delito, objeto y perjudicado

1. El sujeto activo del delito. Excurso sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Sujeto activo del delito es quien realiza la conducta. Por tanto son sujetos activos del delito solo las personas físicas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se construye sobre la existencia de auténticas acciones y omisiones llevadas a cabo por personas físicas.

2. El sujeto pasivo del delito: su distinción del objeto de la conducta delictiva y de los perjudicados por la misma

Sujeto pasivo del delito es el portador del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Puede ser el individuo o la comunidad. Por tanto, puede ser una persona física o jurídica, un grupo de ellas, la sociedad, el Estado o incluso la comunidad internacional.

El concepto de sujeto pasivo no coincide con los de **objeto de la conducta delictiva** y **perjudicados** por la misma.

Objeto de la conducta es la persona o cosa sobre la que recae la acción u omisión delictiva. En algunos casos coincide con el sujeto pasivo del delito pero no siempre será así.

Junto ambos conceptos se sitúa el de **perjudicado**, con perfiles más amplios que el de sujeto pasivo. Así, entre los perjudicados, junto al portador del bien jurídico pueden encontrarse tanto familiares como terceros. A ello hace expresa referencia la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito.

LECCIÓN 7: LA CAUSALIDAD EN LA TEORÍA DE LA CONDUCTA Y EN LA TEORÍA DE LA TIPICIDAD

I. Conceptos y límites de la causalidad

La definición de la causalidad frecuentemente está asociada a una visión mecánica de la realidad, pero está dotada de unos límites más amplios.

1. Concepto y naturaleza de la causalidad

La **causalidad** aparece como la ley de la sucesión entre fenómenos y se presenta como un concepto ontológico, común a todas las ciencias. Se da en un plano neutral; es, pues, un concepto sólido, sobre el que operan las valoraciones propias del derecho penal.

Welzel estableció que solo una vez verificada la existencia de un nexo causal es posible analizar si resulta jurídico-penalmente relevante o no. La causalidad se mueve, por tanto, en un plano previo al de la atribución de responsabilidad y no siempre deriva en esta.

2. Alcance del concepto de causalidad: causalidad en el marco físico natural y causalidad en el ámbito socio cultural.

El concepto de causalidad asume su visión mecánica de las relaciones causales. Es común la idea de que la causalidad se mueve exclusivamente en el campo físico natural. Esta visión supone, sin embargo, una importante limitación, habida cuenta que la realidad de la que participa el Derecho no es simplemente física, sino fundamentalmente social y cultural.

Junto a la tradicional interpretación física de la causalidad, aparece un nuevo campo que entronca con la realidad social y cultural en la que se desarrollan los acontecimientos.

La situación no solo viene condicionada, sino que está abiertamente determinada por procesos de distinta naturaleza, relativos al ámbito social o cultural en el que se desarrolla el comportamiento causante y su reflejo en la escena individual. Por ello, a este tipo de configuraciones de la causalidad, podemos llamarlas de causalidad en un marco sociocultural.

En este ámbito, resultado y relación de causalidad son absolutamente reales, existen con anterioridad y con independencia de la aplicación de un concreto conjunto de normas con el objeto de comprobar su concurrencia, son previos a tal comprobación; su naturaleza es, por tanto, prejurídica.

No solo las acciones tienen eficacia causal, también algunas omisiones. El nexo causal así configurado le vendrá dado al intérprete penal y deberá ser el núcleo de su comprobación y posterior análisis.

II. Trascendencia de la causalidad: significados práctico y sistemático

1. El significado práctico de la causalidad: la crisis del dogma causal

Causalistas y finalistas hacen girar total o parcialmente sus modelos de comportamiento en torno al eje de la causalidad. Sin embargo, hace décadas que el dogma causal entró en crisis; poco a poco, se ha encauzado el papel que tenía la causalidad, o

más exactamente la determinación de una relación de causalidad, en el ámbito de la responsabilidad penal en dos sentidos.

En primer lugar, se ha puesto de manifiesto que la existencia de una relación de causalidad no es requisito imprescindible para el establecimiento de la responsabilidad penal.

No se precisa la concurrencia de una relación de causalidad en los supuestos de tentativa o en los delitos de simple actividad. Tampoco es posible encontrar una relación de causalidad en los delitos de omisión pura, ni en los de comisión por omisión o de omisión no causal y resultado regulados expresamente. En todos estos casos existe responsabilidad penal al margen de una relación de causalidad que la fundamente.

Por otra parte, se ha relativizado el papel de las relaciones de causalidad en aquellos casos en los que concurren. Causalidad no es igual a responsabilidad. Existen relaciones de causalidad jurídico-penalmente relevante y otras que no lo son. La comprobación de la existencia de una relación de causalidad entre una conducta y un resultado no es suficiente para predicar su tipicidad.

2. La causalidad en el sistema del delito: causalidad como elemento de la conducta y como elemento del tipo

Partiendo de los conceptos de acción y omisión, la causalidad no siempre será parte de la conducta.

Una teoría de la conducta finalista, como la que sigue el Manual, supone que, tanto en el caso de las acciones como en el de las omisiones que produzcan efectos en la esfera sociocultural, el resultado pertenecerá a la conducta únicamente cuando esté integrado en la voluntad de realización del sujeto. Ello ocurrirá así en los delitos dolosos, pero no en los imprudentes, en los que el resultado no está abarcado por la finalidad y, por tanto, es una consecuencia meramente causal de la conducta.

Por ello, podemos decir que la causalidad aparece en unos casos como elemento de la conducta y en otros como un requisito del tipo de lo injusto.

III. Las teorías de la causalidad

La causalidad no es, pues, un elemento indispensable para la atribución de responsabilidad penal, de ahí la importancia de establecer un sistema válido que nos permita su determinación. Han sido varias las teorías formuladas con este objetivo.

1. La teoría de la equivalencia de las condiciones y la fórmula de la *conditio sine qua non*

La teoría que explica de un modo más convincente la causa causalidad y que sirve de base con la que operar para comprobar la concurrencia de un concreto nexo causal es la teoría de la equivalencia de las condiciones.

1.1 El planteamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones

La **teoría de la equivalencia de las condiciones** establece que todo resultado es consecuencia de una multitud de condiciones, siendo todas ellas, desde una perspectiva causal, equivalentes.

No cabe hacer distinción alguna entre causa y condición: todos los fenómenos que contribuyen a la producción del resultado tienen la misma eficacia causal. El concepto de

causalidad es un concepto ilimitado, los acontecimientos se suceden en el tiempo y en el espacio sin que sea posible establecer diferencias valorativas desde la perspectiva causal.

La teoría de la equivalencia de las condiciones es seguida por la jurisprudencia del TS como criterio principal en la determinación de la existencia de relaciones de causalidad.

1.2 La aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones: la forma la fórmula de la *conditio sine qua non*

La fórmula de la *conditio sine qua non* permite aplicar al caso concreto los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

1.2.1 Contenido de la fórmula de la *conditio sine qua non*

Según la fórmula de la *conditio sine qua non* es **causa** todo fenómeno del que no cabe hacer abstracción mental sin que deje de producirse el resultado en sus concretas circunstancias. El intérprete debe suprimir mentalmente un determinado acontecimiento, si el resultado, con sus concretas características, deja de producirse podremos considerarlo causa del mismo.

Esta fórmula no supone verificar la preponderancia de una supuesta causa principal por encima de otras condiciones. Causa y condición son términos sinónimos en el marco de la teoría de la equivalencia.

1.2.2 Método de aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non*

Para operar correctamente con la fórmula de la *conditio sine qua non* es preciso tener en cuenta la conducta y el resultado concreto tal y como se produjeron, con todas sus circunstancias. Cualquier variación en los mismos nos llevaría a conclusiones erróneas.

La principal limitación para aplicar la fórmula de la condición se produce en el marco de las relaciones físico-naturales, ámbito en el que, para verificar la existencia del nexo causal, hemos de conocer la ley causal general que rige el caso concreto.

Distinta es la situación en los supuestos de causalidad en el ámbito sociocultural. Frecuentemente, tendremos que desentrañar las específicas correlaciones causales que rigen en cada concreto caso, basándonos en lo que podemos denominar patrones causales generales.

1.2.3 Casos límite

La aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non* presenta algunos supuestos que, por sus características especiales o por los problemas interpretativos que plantean, generan problemas:

- A) **Supuestos de causalidad acumulativa:** concurren dos condiciones que, por sí solas, son suficientes para provocar el resultado. En este tipo de casos, haciendo abstracción de ambas condiciones de modo alternativo, el resultado sigue produciéndose con lo que la fórmula falla. Welzel propone que, en estos supuestos, se haga abstracción de los dos fenómenos de modo simultáneo: en caso que por separado el resultado no desaparezca pero si lo haga de manera conjunta, habrá que concluir que ambos fenómenos son causa del resultado.
- B) **Los casos de interrupción del curso causal:** supuestos en los que, iniciado un determinado proceso causal, otro independiente irrumpe en el escenario, de tal manera que el resultado se produce pero como consecuencia directa del curso causal sobrevenido. En estos supuestos se entiende que el curso causal sobrevenido interrumpe el anterior.
- C) Existen supuestos en los que una circunstancia de la víctima o la intervención de un tercero precipitan la producción del resultado. Se trata de **casos de anudamiento del curso causal**. De nuevo, la aplicación de la fórmula de la *conditio* aporta la solución

en estos casos: la circunstancia sobrevenida, lejos de interrumpir el curso causal, lo anuda.

- D) **Los supuestos de acciones impeditivos:** caracterizados porque un sujeto impide a otro evitar un determinado resultado. En estos casos, algunos autores cuestionan la existencia de una auténtica relación de causalidad. La conducta supone el mantenimiento activo de las circunstancias que hacen posible la producción del resultado, por lo que es causa del mismo.

En todos los supuestos citados, los resultados del análisis se refieren única y exclusivamente a la existencia o no de una relación de causalidad.

2. Los intentos por superar la teoría de la equivalencia de las condiciones: las teorías individualizadoras y las teorías de la causalidad adecuada

El concepto de causalidad es un concepto ilimitado, los acontecimientos se suceden en el tiempo y en el espacio sin que sea posible establecer diferencias valorativas desde la perspectiva causal.

Sin embargo, la excesiva importancia que durante mucho tiempo se le concedió al pensamiento causal en el proceso de atribución de responsabilidades, planteaba problemas para acotar el campo de la responsabilidad.

Para solucionar estos y otros desajustes se formularon teorías específicamente jurídicas de la causalidad

2.1 Las teorías individualizadoras

Las **teorías individualizadoras** se centran en la superación de la falta de límites del concepto causal de acción. La idea que les sirve de base es sencilla, se trata de distinguir en sede causal entre causa y condición: solo las causas del resultado realizan el tipo y podrán dar lugar a responsabilidad penal.

Así, **condición** es el factor del que depende la aparición del resultado, mientras que **causa** es aquél del que depende su cualidad.

Este tipo de formulaciones de la causalidad fueron criticadas por resultar impracticables y por depender del intérprete; además, sus resultados eran irrelevantes para el Derecho Penal.

2.2 Las teorías de la causalidad adecuada

Con el objetivo de reconducir el ámbito de aplicación de los delitos calificados por el resultado, se formulan las **teorías de la causalidad adecuada**. En un principio se trataba de acotar el campo de aplicación de una categoría de delitos que resulta especialmente polémica por la posibilidad de que la producción fortuita de un resultado pueda suponer una agravación de la pena. De nuevo, se intentaba dar respuesta a un problema de tipificación en sede de causalidad.

Se formularon sucesivamente tres teorías, todas ellas basadas en la idea que, para establecer una relación de causalidad, es preciso que el resultado sea previsible *ex ante*, es decir, sea consecuencia del peligro inherente a la conducta. La comprobación de la causalidad supone que el intérprete se coloque en el lugar del sujeto en el momento del inicio de la conducta y determine si era o no previsible la producción del resultado.

La diferencia entre unas y otras teorías de la causalidad adecuada se encuentra tanto en los elementos a tener en cuenta en el juicio de previsibilidad, como en el grado de probabilidad que se exige a la producción del resultado.

Partiendo de los elementos a tener en cuenta en el juicio de previsibilidad, podemos distinguir los siguientes planteamientos:

- A) **Teoría subjetiva de la causalidad adecuada:** considera que solo existe relación de causalidad entre una conducta y un resultado cuando éste era previsible *ex ante*, teniendo en cuenta todo el conocimiento experimental de la humanidad y las circunstancias del caso concreto que conocía o podía conocer el sujeto.
- B) **Teoría objetiva de la causalidad adecuada:** para evitar los problemas en el ámbito de la culpabilidad, se eliminaban del análisis los componentes subjetivos. Ello suponía una objetivación excesiva.
- C) **Teoría objetivo-subjetiva de la causalidad adecuada:** en el análisis de la previsibilidad *ex ante* se combinan elementos objetivos y subjetivos. La conducta será causa objetiva del resultado cuando éste era objetivamente previsible. En el juicio de previsibilidad se tendrán en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente y las conocidas por el autor, y la experiencia común de la época sobre los nexos causales.

El rechazo de las teorías de la causalidad adecuada se centra pues en el error sistemático de integrar sus pretensiones en sede de causalidad.

IV. Recapitulación: la causalidad jurídico-penalmente relevante y la teoría de la imputación objetiva

Del análisis de las distintas teorías de la causalidad hemos sacado una conclusión: ni es incorrecta ni supone problema alguno para el Derecho Penal la visión de la causalidad falta de límites que plantea la teoría de la equivalencia de las condiciones, porque los ámbitos de la causalidad y de la responsabilidad no se solapan. Existen supuestos de responsabilidad sin causalidad y existen supuestos en los que la causalidad no deriva en responsabilidad alguna.

LECCIÓN 8: LA TIPICIDAD COMO CATEGORÍA DEL DELITO

I. La tipicidad

En Derecho Penal llamamos **tipicidad** a la categoría o elemento del concepto analítico del delito que se refiere a la cualidad de un comportamiento de hallarse comprendido en la descripción de lo injusto que hace una figura delictiva. Por tanto, será típica la conducta que pueda subsumirse en una figura delictiva, es decir, la conducta que cumpla con todos los requisitos o elementos mediante los que esa figura delictiva define lo injusto específico de ese delito.

No hay que equiparar figura delictiva y tipo del injusto. La **figura delictiva** puede incluir otros elementos además de aquellos que constituyan el tipo, como, por ejemplo, condiciones objetivas de punibilidad o elementos de la culpabilidad. El **tipo** se refiere, en cambio, únicamente a la parte de la figura delictiva que describe lo contrario a Derecho.

La categoría de la tipicidad se relaciona con el **principio de legalidad**: solo un hecho tipificado en la ley penal con antelación a su comisión puede ser castigado como delito.

II. La evolución de la categoría de la tipicidad y de su relación con la antijuridicidad

El concepto de **tipo** fue desarrollado por Beling, siendo el primero en distinguir tipo del injusto de figura delictiva. Pero el concepto del tipo ha cambiado mucho, fundamentalmente en dos aspectos:

- En primer lugar, se creía que lo injusto estaba conformado solo por los elementos objetivos o externos.
- En segundo lugar, el concepto de tipo ha evolucionado respecto a su relación con la antijuridicidad.

Para Beling, el tipo era solamente una descripción que no incorporaba ninguna valoración sobre el comportamiento, pero pronto abandonó esa idea y se señaló por algunos autores que la tipicidad era ya el principal indicio del carácter antijurídico del comportamiento.

La **teoría de los elementos negativos del tipo** es una teoría que defiende que el tipo estaría formado no solo por sus elementos positivos, aquellos que fundamentan lo justo específico de una figura delictiva, sino también como elementos negativos, es decir, por todos aquellos elementos o circunstancias objetivas que sirvan de base a cada una de las causas de justificación.

Las consecuencias de esta forma de entender la tipicidad son muy importantes. En primer lugar, significa que la concurrencia de una causa de justificación haría que la conducta no fuera típica, al faltarle elementos negativos del tipo.

En segundo lugar, al entenderse los elementos objetivos de las causas de justificación como elementos negativos del tipo, ello significa que el dolo debe comprenderlos, lo que

supone que quien actúa pensando erróneamente que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación actúa sin dolo.

Según el Manual, la teoría de los elementos negativos del tipo no es convincente por las siguientes razones:

- La diferencia esencial existente entre los elementos positivos y los elementos negativos del tipo.
- La diferencia entre los elementos positivos y negativos se refleja también en el dolo, pues mientras para los primeros se exige la conciencia y voluntad actuales de su concurrencia, pero segundos basta con que el sujeto no crea que concurren los presupuestos que sirven de base a la causa de justificación.
- El contenido de injusto de la conducta de quien actúa en un error de tipo no es equivalente al del comportamiento de quien actúa en un error sobre los elementos de una causa de justificación.
- Esta concepción da lugar a importantes lagunas de punibilidad en los códigos penales en los que rige el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes.

III. Concepto de tipo seguido en esta obra

En la concepción que va a seguir el Manual, la tipicidad y la antijuridicidad son categorías diferentes. Al tipo del injusto pertenecen todas aquellas circunstancias o elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva. En cambio, en la antijuridicidad se expresará un juicio sobre lo injusto genérico.

Generalmente, los elementos que fundamentan lo injusto específico y conforman un tipo están descritos en las figuras contenidas en la Parte especial del Código Penal, o de una ley penal especial.

No pertenecen, en cambio, al tipo del injusto las condiciones objetivas de punibilidad ni las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas, ni las semigenéricas. Pero si pertenecen al tipo aquellas circunstancias agravantes o atenuantes de lo injusto que el legislador ha elegido para formar un tipo agravado o privilegiado de la parte especial.

IV. La exclusión del tipo

La inexistencia en la conducta de alguno de los caracteres o elementos, objetivos o subjetivos, integrantes de un tipo penal hará que esa conducta ya no sea típica. Para excluir la tipicidad de conductas se han diseñado diversos criterios.

1. Los criterios de la adecuación social y el riesgo permitido

Welzel ideó el **criterio de la adecuación social**, según el cual, quedarían excluidas del tipo aquellas conductas que, aunque parezcan formalmente incluidas en él, se mantienen dentro del orden social histórico normal de la comunidad. Lesiones de bienes jurídicos insignificantes o conductas que, a pesar de lesionar un bien jurídico, se entienden como el resultado del uso normal de ese bien jurídico, quedarían así excluidas del tipo.

El criterio de la adecuación social es un criterio útil y necesario, con algunas precisiones, como criterio material para la realización de la interpretación teleológica del tipo:

- ¿El riesgo permitido y la adecuación social son lo mismo? Ambos conceptos se diferencian en que la **adecuación social** se aplica a los delitos dolosos, porque

implica que la acción dirigida por la voluntad a la lesión del bien jurídico ya no se encuentra desvalorada. En cambio, el **riesgo permitido** se aplica a los delitos imprudentes. Determinadas conductas peligrosas se consideran permitidas porque son útiles a la sociedad y por ello son atípicas.

- Solo podemos llamar a adecuación social o riesgo permitido a las valoraciones resultantes de una ponderación de intereses asumida por el ordenamiento
- No hay que confundir los casos de adecuación social con los supuestos de acciones típicas pero justificadas. Los únicos casos de adecuación social y riesgo permitido serían aquellos en los que la conducta formalmente típica es por sí misma valorada.

2. El criterio de la insignificancia

Dicho criterio propugna que quedarían excluidas del tipo lesiones de bienes jurídicos insignificantes. Pero la definición de lo insignificante también genera inseguridad jurídica, al ser un criterio impreciso.

3. La interpretación teleológico-restrictiva del tipo

Muchos autores defienden que habría que hacer una interpretación restrictiva del tipo en atención a que se quiere proteger y que se quiere castigar, lo que nos dejaría fuera del tipo todas aquellas conductas que afectan a un bien jurídico de manera distinta a aquella que se quiere evitar con la norma penal.

V. La estructura y clasificación de los tipos

En atención a los elementos que integran los tipos y la estructura que los mismos presentan, podemos establecer distintas categorías:

1. En atención a la clase de comportamiento típico podemos distinguir entre:
 - a. Delitos dolosos
 - b. Delitos imprudentes
2. En relación con la forma de comportamiento, podemos distinguir:
 - a. Delitos de acción: en los que se castiga la realización de una acción, y a los que subyace por tanto una prohibición de actuar
 - b. Delitos de omisión, donde lo que se castiga es una omisión, y a los que subyace un mandato de actuar
3. En relación con el sujeto activo podemos distinguir entre:
 - a. Delitos comunes: pueden ser realizados por cualquiera
 - b. Delitos especiales: solo pueden ser realizados por sujetos que reúnan determinadas características, condiciones o requisitos descritos en el tipo. Entre estos se puede distinguir entre:
 - Delitos especiales propios, que son aquellos delitos que no tienen una figura común paralela
 - Delitos especiales impropios, que son aquellos que tienen una figura común paralela que puede realizar cualquiera.Los delitos especiales tienen su fundamento en la infracción de deberes especiales que solo afectan a esas personas, lo que constituye el motivo del castigo de la conducta o bien de la gravación de la pena.

- c. Una tercera categoría la constituyen los delitos de propia mano, que en principio pueden ser cometidos por cualquiera, pero es necesario que el autor realice por sí mismo los actos típicos, no pudiendo realizarse el delito a través de un tercero.
4. En relación con la exigencia o no de un determinado resultado típico, podemos distinguir entre:
 - a. Delitos de mera actividad: en ellos se castiga la mera realización de una conducta sin exigir ningún resultado.
 - b. Delitos de resultado: en los que el tipo exige la realización de un resultado. Dentro de estos se puede distinguir entre:
 - Delitos de resultado material
 - Delitos de resultado de peligro concreto
 - Delitos calificados por el resultado
 5. En relación con la consumación del delito y sus efectos podemos distinguir:
 - a. Delitos instantáneos: la realización del tipo se agota con su consumación, que se produce en un instante.
 - b. Delitos permanentes: la consumación del delito crea una situación antijurídica, que el autor puede mantener en el tiempo. Esto tiene consecuencias para la determinación de la ley aplicable en el tiempo, pero también para el cómputo de los plazos de prescripción.
 6. Según la congruencia de las partes objetivas y subjetivas del tipo podemos distinguir:
 - a. Tipos congruentes: la parte subjetiva abarca toda la parte objetiva del tipo y coincide con ella.
 - b. Tipos incongruentes: en ellos, la parte subjetiva del tipo excede a la parte objetiva. Lo querido por el sujeto va más allá de lo que efectivamente tiene que realizar para la consumación formal del delito. Podemos encontrar dos modalidades:
 - Delitos de resultado cortado
 - Delitos mutilados de varios actos
 7. Según la construcción de los tipos podemos distinguir:
 - a. Tipos simples: el tipo comprende una conducta
 - b. Tipos compuestos: el tipo describe varias conductas que deben ser realizadas por el sujeto
 - c. Tipos complejos: es una variante del tipo compuesto caracterizada por que cada una de las conductas que se integran en el nuevo tipo constituyen ya por separado un tipo distinto.
 - d. Tipos mixtos: el tipo ofrece diversas posibilidades o alternativas de comisión. Se dividen a su vez en:
 - Tipos mixtos alternativos
 - Tipos mixtos acumulativos
 - Tipos mixtos de proposiciones excluyentes

VI. Las diferencias entre el resultado típico, el resultado valorativo y las cualidades de la acción: los conceptos de resultado, lesión, peligroso acto y peligro concreto

Cuando hablamos de **resultado** podemos hacerlo en dos sentidos distintos. Cuando hablamos del resultado como elemento del tipo o resultado típico nos referimos a un efecto de la acción descrito en el tipo, que recae sobre un objeto. En cambio, el resultado

en sentido valorativo hace referencia al efecto sobre el bien jurídico. Y lo mismo sucede cuando hablamos del peligro concreto.

Por tanto, el simple dato de que la descripción típica incluya un resultado material no debe llevarnos a la conclusión de que el delito en cuestión es de lesión del bien jurídico, y de la misma forma, que el tipo exija un resultado de peligro concreto no significa que estemos ante un delito de peligro para el bien jurídico, pues el resultado típico puede recaer sobre un objeto que no coincida con el objeto del bien jurídico.

No todos los bienes jurídicos tienen un sustrato material, por ello hay delitos de lesión que no exigen ningún resultado típico, sino que se lesionan con meras conductas.

También podemos encontrarnos delitos que carecen de desvalor del resultado.

Llamamos **peligro concreto** a la situación en la que un objeto entra en el ámbito o radio de acción de una conducta peligrosa y en ese momento su lesión aparece como inminente, aunque finalmente haya podido evitarse. Si esa situación de peligro concreto es exigida en el tiempo, el peligro concreto será un elemento típico. Si además ese objeto puesto en peligro concreto representa al bien jurídico, es el objeto que lo encarna, hablaremos de un delito de resultado valorativo de peligro para el bien jurídico.

En los delitos de **peligro abstracto**, el legislador prohíbe una conducta porque generalmente es peligrosa para los bienes jurídicos. La peligrosidad de esa conducta suele ser el motivo por el que legislador la prohíbe.

Es peligrosa aquella conducta que presenta una cierta probabilidad de producir un resultado lesivo en un juicio de previsibilidad objetiva. Cuando el legislador prohíbe una conducta por ser peligrosa y exige en el propio tipo esa peligrosidad, ésta se convierte en una exigencia típica que el juez tendrá que comprobar para afirmar la realización del tipo. En estos casos, estamos ante una variante de los delitos de peligro abstracto conocida como **delitos de aptitud para producir un daño** o **delitos de peligro abstracto-concreto**. La peligrosidad no es un resultado, sino una cualidad de la conducta.

Los **juicios de peligro** que determinan la peligrosidad de la conducta y el peligro concreto son dos juicios de previsibilidad. El **juicio de previsibilidad objetiva** que sirve para determinar la peligrosidad de una conducta es muy utilizado en Derecho penal. Se trata de un juicio realizado *ex ante* por una persona inteligente colocada en la posición del autor, el momento de comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto conocidas por esa persona inteligente, más las conocidas por el autor y la experiencia común de la época sobre los cursos causales. Si la realización del tipo aparece como **no absolutamente improbable**, la acción es peligrosa.

LECCIÓN 9: EL DELITO COMO CONDUCTA TÍPICA (I): EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO

I. Las distintas formas de construir el tipo del delito de acción en la ciencia del Derecho penal

Hoy en día, junto a la construcción neoclásica minoritaria que sigue excluyendo el dolo del tipo, se han extendido nuevas sistemáticas, que pretenden construir un tipo objetivo desde el concepto social de acción o la conducta jurídico-penalmente relevante, pero todavía superponen en lo injusto un tipo subjetivo, en el que integrarán el dolo y demás elementos subjetivos del injusto.

Estas nuevas sistemáticas asumen la llamada **teoría de la imputación objetiva** que supone la normativización del contenido del tipo objetivo. Según esta teoría, la mera causación efectiva de un resultado de muerte no es lo que identificaría a una conducta como la acción típica de matar en su aspecto objetivo, sino que es preciso averiguar cuando esa muerte ha sido causada por una acción de matar en el sentido de la ley.

Existen importantes diferencias entre cómo construyen estas escuelas el tipo de lo injusto y como lo hace la escuela finalista. Ello se debe a que la teoría de la imputación objetiva pretende recortar el tipo objetivo mediante la introducción de diversos elementos valorativos, es decir, introduciendo determinados criterios como requisitos que la conducta debe cumplir para considerarse típica.

En todo caso, resulta fundamental conocer que existen estas diferentes escuelas para comprender porque los diversos autores exigen diferentes elementos en el tipo objetivo y porque se ofrecen distintas soluciones en la doctrina y la jurisprudencia.

II. Los elementos objetivos del tipo de acción doloso

El primer elemento del tipo del delito de acción doloso es la **acción**. Según este concepto, pertenecen a la acción todos aquellos efectos que están comprendidos en la voluntad de realización del sujeto.

Por lo general, la descripción de la conducta típica es muy sucinta. El legislador define la conducta típica a través de un proceso de abstracción, eligiendo unas pocas notas comunes e imprescindibles. A veces se añaden algunos elementos más que serán relevantes y que pueden referirse a determinadas características del objeto de la acción o de la víctima. De manera que, si no se cumple alguna de esas especificaciones contenidas en el tipo, no se realizará ese tipo en cuestión.

Para la descripción de la conducta típica, el legislador suele utilizar elementos tanto descriptivos, como normativos, para cuya comprensión es necesaria la realización de un juicio de valor.

El tipo doloso puede describir únicamente la realización de una acción o la realización de una acción que produce un determinado resultado. En este último caso, pertenecen al tipo objetivo del delito de acción doloso de resultado la conducta del sujeto, el resultado y la relación de causalidad entre ambos. Además, para afirmar que se ha realizado el tipo del delito de acción doloso de resultado, es necesario que se cumplan dos condiciones:

- Que la conducta no se considere socialmente adecuada.
- Que se den los criterios de imputación objetiva de la conducta y de imputación objetiva del resultado.

III. Los criterios de imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva distingue entre criterios de **imputación objetiva de la conducta**, cuya ausencia hará que la conducta no sea típica y que, por tanto, no se puede castigar al sujeto ni siquiera por tentativa, y **criterios de imputación objetiva del resultado**. Para comprobar la existencia de estos últimos se exige la previa constatación de la existencia de la acción típica. La constatación de que no concurre en el caso concreto un criterio de imputación objetiva del resultado exigido por el tipo hará que no pueda castigarse por ese resultado, lo que no impide el castigo por tentativa, ya que sí se ha constatado previamente la concurrencia de la conducta típica.

1. Imputación objetiva de la conducta: la peligrosidad de la conducta o previsibilidad objetiva de la realización del tipo

Que una conducta cause un resultado según la teoría de la equivalencia de las condiciones no basta para afirmar que tal conducta sea la conducta típica del delito de resultado en cuestión. Según esta opinión, para que la conducta sea típica debe ser peligrosa.

La peligrosidad de la acción se trata de un juicio realizado *ex ante* por una persona inteligente colocada en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las conocidas por el autor y la experiencia común de la época sobre los cursos causales. Si la realización del tipo aparece como no absolutamente improbable, la acción es peligrosa.

La doctrina mayoritaria interpreta que el Código Penal está recogiendo el criterio de la previsibilidad objetiva que acabamos de explicar. Así, para que una conducta integre el tipo de la tentativa, según nuestro Código Penal, la misma tiene que ser peligrosa, es decir, en el momento en que se comienza debe aparecer como objetivamente previsible la realización del tipo.

2. Imputación objetiva del resultado: la pertenencia al ámbito de la protección de la norma.

El Manual admite un criterio de imputación objetiva del resultado, tanto para los tipos dolosos como para los imprudentes. Este criterio es el fin o ámbito de protección de la norma. Según este principio, para poder castigar como delito consumado o para afirmar que se han dado todos los elementos del tipo del delito consumado y para poder afirmar que el resultado producido por la acción típica es precisamente el resultado típico, es necesario comprobar que ese resultado es justamente el que trataba de evitar la norma infringida.

3. Otros criterios de imputación objetiva manejados por la doctrina de especial relevancia en el delito doloso

Otras escuelas han desarrollado una amplísima variedad de criterios, que en teoría deberían servir para constatar si una conducta adquiere objetivamente el significado delictivo, lo que la convertirá en la conducta típica.

3.1 El criterio de la disminución del riesgo

Según este criterio no debe imputarse un resultado cuando éste ha supuesto la concreción de un riesgo menor que el que amenazaba al bien jurídico antes de la realización de la conducta.

3.2 El criterio de la observancia del cuidado objetivamente debido o del riesgo permitido

Según este criterio, no debe imputarse un resultado causado por una conducta que no infringe el cuidado objetivamente debido. Dicho de otra manera, no debe imputarse un resultado cuando la conducta que lo ha causado se ha mantenido en el riesgo permitido.

3.3 El criterio de la causa sustitutoria

Según este criterio, no debe imputarse un resultado cuando, sin la intervención del sujeto, ese resultado se hubiese producido igualmente por la conducta justificada de otra persona o por un acontecer natural.

LECCIÓN 10: EL DELITO COMO ACCIÓN TÍPICA (II): EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO

I. Introducción. La evolución del tipo y la aceptación de los elementos subjetivos de lo injusto

A principios del siglo pasado, la doctrina distinguía la antijuridicidad de la culpabilidad por medio del contraste objetivo-subjetivo. Se pensaba que los elementos objetivos debían ser objeto del juicio de antijuridicidad, mientras que los elementos subjetivos de la acción se analizaban en la culpabilidad.

Hoy en día, se ve que ninguno de estos argumentos es correcto, porque el hecho de que el juicio de antijuridicidad sea un juicio objetivo, no significa que ese juicio deba realizarse solo sobre los aspectos objetivos de la conducta. Por otro lado, desde la aparición del concepto finalista de acción, se entiende la conducta humana como una unidad causal-final, es decir, como una suma de los aspectos objetivos y subjetivos del actuar.

La doctrina neoclásica se vio incapaz de mantener esta teoría, ya que los propios autores causalistas pusieron de manifiesto que era imposible conocer que era lo injusto específico en algunas figuras delictivas si no se tenían en cuenta elementos subjetivos.

Tras esta constatación, vino la defensa de la pertenencia del dolo también al tipo del injusto, con cuatro argumentos fundamentales:

- La existencia de los restantes elementos subjetivos del injusto.
- El castigo de la tentativa.
- La presencia en numerosos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas.
- La concepción de las normas como normas de determinación.

II. Los elementos subjetivos del injusto diferentes al dolo

La doctrina ha venido clasificando los elementos subjetivos del injusto en:

- **Delitos de intención**, en los que pertenece al tipo subjetivo un determinado fin perseguido por el autor.
- **Delitos de tendencia**, en los que se requiere que una determinada tendencia subjetiva anime el actuar del sujeto.
- **Delitos de expresión**, en los que pertenece al tipo la discordancia entre lo declarado por el sujeto y lo que sabe.

El Manual cree que este tipo de clasificaciones no tiene gran utilidad y prefiere clasificarlos según cuál es su función dentro del tipo.

Los elementos subjetivos del injusto diferentes del dolo pueden cumplir dos funciones diferentes:

- Adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación
- Restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar.

En el primer caso, nos encontramos con elementos subjetivos que definen la voluntad dirigida hacia la lesión del bien jurídico. Dicha lesión queda fuera del tipo objetivo, no es preciso que se realice, y por ello hablamos de tipos de **consumación anticipada**. En estos

delitos, la consumación se adelanta a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico. En este grupo se encuentran los delitos de resultado cortado y mutilados de varios actos.

En el segundo grupo de elementos subjetivos mencionados nos encontramos con elementos subjetivos que no identifican por sí solos la lesión del bien jurídico, sino únicamente **la concreta forma de lesión que se quiere castigar**. En estos casos, la lesión del bien jurídico podría producirse igualmente sin la concurrencia del elemento subjetivo, pero no es esa la lesión que la ley quiere castigar, sino únicamente aquellas formas de lesión que el elemento subjetivo viene a definir.

III. El dolo

1. Concepto de dolo

El Código Penal no define el dolo. Para designarlo utiliza diferentes términos, tales como intención o malicia.

El Manual va a seguir la siguiente definición del **dolo**: **el dolo es la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo.**

2. Los argumentos para entender el dolo como elemento subjetivo de lo injusto.

Los argumentos para defender la ubicación del dolo en lo injusto son:

- a) La existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto, que rompen aquella correlación objetivo-antijuridicidad/subjetivo-culpabilidad y, en la mayoría de los casos, exigen para su propia constatación previamente la del dolo.
- b) El castigo de la tentativa, cuyo injusto no es comprensible sin tener en cuenta el elemento subjetivo: la voluntad del sujeto. Una misma acción, detenida en un momento inicial, constituirá o no tentativa de delito según la intención delictiva o no delictiva con la que el sujeto la esté realizando. Por ello, la descripción de la tentativa incorpora siempre un elemento subjetivo: la voluntad del sujeto de seguir actuando y la voluntad de realizar con ello los elementos objetivos del tipo.
- c) La presencia en numerosos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas también va a favor de la pertenencia del dolo al tipo del injusto.
- d) El concepto de las normas como normas de determinación también va a favor de la pertenencia del dolo al tipo del injusto.

3. Los elementos del dolo

El dolo estará formado por dos elementos, uno **intelectual**, la conciencia o conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y otro **volitivo**, la voluntad de realizar esos elementos.

3.1 El elemento intelectual del dolo y su ausencia: el error de tipo

3.1.1 La conciencia de los elementos objetivos del tipo

El elemento intelectual consiste en la conciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de comenzar la acción típica y la previsión de la realización del resto.

En los delitos de resultado, el dolo comprende la previsión de la producción del resultado típico y del curso causal entre la conducta y el resultado, así como la conciencia de la peligrosidad de la conducta.

En los tipos agravados y en los tipos atenuados, el dolo comprende los elementos objetivos de esas circunstancias agravantes o atenuantes, siempre que afecten a la magnitud del injusto.

El dolo debe extenderse también a las cualidades requeridas para ser sujeto activo en los delitos especiales, pues son también elementos del tipo.

Cuando se trata de elementos normativos del tipo, el conocimiento que supone el dolo basta para afirmarlo con que esos elementos se comprenden con una valoración paralela del autor en la esfera del profano.

El dolo no exige conocer que esa conducta típica que se está realizando es antijurídica, contraria a Derecho, pues la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad ajeno al dolo. El finalismo cambió el concepto de dolo, pues limitó el mismo a la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo (dolo natural o dolo del hecho)

3.1.2 El error sobre un elemento del tipo: consecuencias dogmáticas y regulación en el Código Penal

Si el dolo es la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, la ausencia de cualquiera de estos dos elementos determinará que no exista dolo y, por tanto, que no concurre el tipo doloso. El error sobre un elemento del tipo objetivo determina la ausencia de dolo. En tal caso no se ha realizado el tipo doloso y el sujeto podrá solamente responder por imprudencia, siempre que exista el correspondiente tipo imprudente.

En los casos en que el dolo del sujeto no se extiende a los elementos objetivos de la circunstancia agravante, no podrá entenderse realizado el tipo calificado, por faltar el elemento subjetivo, y el sujeto responderá solo por el tipo básico.

3.1.3 El error sobre un elemento del tipo: supuestos problemáticos

A) La desviación del curso causal

En los delitos dolosos de resultado, el dolo debe extenderse también al curso causal entre la conducta y el resultado típicos. Ello no significa que el sujeto deba conocer todos los detalles y todos los factores que llevan a un determinado resultado.

B) El error en el objeto y el error en la persona

El error sobre el objeto material del delito se produce cuando el sujeto que actúa confunde los objetos y dirige su acción contra un objeto pensando que se trata de otro distinto. El error en el objeto no excluye el dolo, siempre que los objetos sean equivalentes desde el punto de vista del tipo aplicable. Y de igual manera, el error en la persona es irrelevante, no excluye el dolo, siempre que las personas afectadas sean equivalentes desde el punto de vista de la protección de los tipos penales.

En cambio, el error en el objeto y en la persona pasa a ser relevante cuando los objetos o las personas afectadas ya no son equivalentes desde el punto de vista de los tipos. Existen diversas soluciones:

- Appreciar una tentativa del delito querido en concurso con el tipo imprudente efectivamente realizado, cuando los bienes jurídicos protegidos son diferentes.
- Appreciar la tentativa del tipo calificado en concurso con el delito doloso básica consumado.
- Appreciar la mera realización del tipo básico cuando es éste el que se persigue, pero se causa de forma no dolosa el calificado.

C) *Aberratio ictus* (desviación del golpe)

En los casos de *aberratio ictus*, el sujeto dirige la acción contra el objeto o persona al que efectivamente quiere alcanzar, no los confunde con otros, pero la ejecución incorrecta de la conducta hace que finalmente resulte lesionado un objeto o persona diferente al que el sujeto quería y hacia el que dirigió su conducta.

La doctrina se encuentra dividida respecto de la solución que se debe dar a estos supuestos. Una parte suele dar la misma solución que vimos para los supuestos de error en el objeto o en la persona. En cambio, el Manual cree que, al no tratarse de un error en el objeto o en la persona, sino de una desviación del curso causal no comprendida por el dolo, debe resolverse de la misma manera que estos problemas. Y, en concreto, debería apreciarse siempre una tentativa respecto del resultado pretendido pero no conseguido, en concurso con un posible delito imprudente respecto del resultado causado.

3.2 El elemento volitivo del dolo. Clases de dolo

3.2.1 La voluntad de actuar

En el elemento volitivo del dolo tenemos que distinguir dentro de la voluntad varios elementos:

- Un elemento llamado la **voluntad de actuar**, que es la voluntad de seguir actuando que debe tener el autor cuando comienza la acción, es decir, la voluntad de realizar todos los actos que le llevarán a realizar el tipo.
- Otro elemento consistente en la voluntad de que efectivamente esos actos que quiere realizar y las consecuencias que se deriven de los mismos sean precisamente aquellos que el legislador ha elegido como elementos objetivos del tipo.

Esta distinción es necesaria porque la doctrina exige la voluntad de actuar en toda clase de dolo. Es decir, es preciso distinguir los casos de falta de voluntad de realizar la acción, que si constituyen un obstáculo insalvable para la realización del tipo por ausencia de dolo, de los supuestos de dolo eventual.

En los supuestos de **dolo eventual** existe voluntad de actuar, el autor quiere realizar una acción, pero no tiene la seguridad ni la voluntad directa de que a través de la misma se realice el tipo delictivo. En cambio, en los supuestos de falta de voluntad de actuar, el actor duda si quiere o no realizar la acción.

3.2.2 Clases de dolo según el elemento volitivo

Una vez confirmada la voluntad de actuar, podemos distinguir diversas clases de dolo según el grado de voluntad con el que el sujeto quiera realizar el tipo.

Cuando la realización del tipo es el fin que persigue el sujeto al actuar, se afirma que ese tipo o ese resultado han sido abarcados con **dolo directo de primer grado**. La existencia de dolo directo de primer grado es independiente del grado de probabilidad de éxito, pues lo que determina esta calificación es exclusivamente el elemento volitivo.

Cuando la realización del tipo o la producción del resultado no es el fin que persigue el sujeto al actuar, pero es una consecuencia que el sujeto prevé como necesariamente unida a la consecución de su fin, ese tipo o ese resultado han sido abarcados con **dolo directo de segundo grado**. La existencia de este dolo también es independiente del grado de probabilidad con el que el sujeto prevea el resultado.

Cuando la realización del tipo o la producción del resultado no es el fin que persigue el sujeto al actuar, ni tampoco una consecuencia que el sujeto prevé como necesariamente unida a la consecución de su fin, pero si una consecuencia no absolutamente improbable de su actuar, con cuya probabilidad de producción el sujeto cuenta, ese tipo o ese resultado han sido abarcados con **dolo eventual**.

Existen discrepancias en la doctrina para diferenciar el dolo eventual de la **imprudencia consciente**. Para la distinción de la imprudencia consciente existen varias teorías.

- Según la **teoría del consentimiento**, concurre dolo eventual cuando el sujeto consiente o acepta la producción de aquel resultado que previó como una consecuencia posible de su actuar, pero que no era ni su fin, ni una consecuencia necesariamente unida a la consecuencia de su fin. En cambio, si al realizar la

conducta el sujeto, a pesar de haber previsto la posibilidad de causar ese resultado, confiaba en que el mismo no se produciría, se dará imprudencia consciente.

- Según la **teoría del sentimiento**, si al realizar la acción al sujeto le era indiferente en la realización del tipo o la causación del resultado típico, entonces actúa con dolo eventual. En cambio, si confiaba en que el resultado no se produciría, actuaba con imprudencia consciente.
- Según la **teoría de la probabilidad**, si el sujeto consideraba probable la realización del tipo objetivo actuará con dolo eventual, mientras que si la considera solo posible actúa con imprudencia consciente.

IV. El concepto de injusto personal: desvalor de acción y desvalor de resultado

El Manual adopta un concepto de injusto personal que aúna **desvalor de acción y desvalor de resultado** y se sostiene en una concepción de las normas como normas de determinación.

Las **normas de determinación** son el instrumento idóneo para la protección del orden jurídico al ordenar o prohibir la realización u omisión de acciones que supongan el mantenimiento o la perturbación respectivamente de situaciones valiosas. Así es como las normas penales realizan su función de protección de los bienes jurídicos. Y por ello, el primer y principal elemento a valorar en lo injusto es la acción contraria a la norma.

Las normas solo pueden prohibir comportamientos, no pueden prohibir resultados. Por ello, al incluir el desvalor del resultado en lo injusto, asumimos que lo injusto rebasa la materia de la prohibición.

El **desvalor del resultado** tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de bienes jurídicos. Lo injusto comprende no solo lo prohibido, sino también la contradicción de las valoraciones que subyacen a las normas y que las dotan de sentido.

Así, lo injusto estará integrado necesariamente por el **desvalor de acción**, constituido por todos aquellos elementos de la acción que la identifican como contraria a la norma, es decir, estará constituido por el dolo, los demás elementos subjetivos del injusto, la infracción de deberes en los delitos especiales, el modo, forma o grado de realización de la acción y la peligrosidad de la misma.

Y lo injusto está también integrado por el desvalor de resultado, constituido por la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico. Una lesión de un bien jurídico de más valor supondrá un mayor desvalor del resultado que la lesión de un bien menos valioso y por lo tanto merecerá, en principio, más pena.

Existen injustos parciales, que son aquellos casos en que el legislador ha decidido el adelantamiento de la punición a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico. Así sucede en los actos preparatorios, en la tentativa, en los delitos de peligro abstracto o en todos aquellos tipos que se consuman formalmente antes de la lesión del bien jurídico. En todos estos casos se castiga únicamente un desvalor de acción. El desvalor de acción concurre siempre en los delitos dolosos de acción y, sin él, no es posible fundamentar la existencia del desvalor de resultado. Por ello, donde no hay desvalor de acción, por haber sido causado el resultado lesivo por fuerzas de la naturaleza o por una acción que no es típica, no puede afirmarse la existencia de un desvalor del resultado.

LECCIÓN 11: EL DELITO COMO CONDUCTA TÍPICA (III): EL TIPO DEL DELITO IMPRUDENTE

I. La incriminación del delito imprudente en el Código Penal español.

El Código español de 1995 ha optado por el **principio de excepcionalidad** en el castigo de los delitos imprudentes.

El artículo 12 CP establece que las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

Este sistema es más garantista, al cumplir mejor con el principio de legalidad y responder al principio de intervención mínima. Además, el Código Penal ha abandonado el antiguo término **culpa**, que resultaba inapropiado por poder confundirse en el lenguaje vulgar con la responsabilidad o la culpabilidad.

La nueva regulación deja claro que la infracción dolosa y la imprudente son diferentes e independientes, consagrando la concepción que dolo e imprudencia son elementos respectivamente del tipo de lo injusto doloso y del tipo del injusto imprudente.

II. Los elementos del tipo de lo injusto del delito de acción imprudente

En los delitos imprudentes de acción de mera actividad el tipo está constituido por una acción que infringe el deber objetivo de cuidado y, si se trata de delitos imprudentes de acción de resultado, integrará el tipo además de la acción imprudente, el resultado, la relación de causalidad entre ambos y la imputación objetiva del resultado.

1. La acción contraria al deber objetivo de cuidado

La acción que infringe el cuidado debido es el primer elemento del tipo de los delitos imprudentes. La constatación del tipo imprudente ha de comenzar por la identificación de la acción típica: la acción descuidada, contraria al cuidado debido. Ello implica averiguar las prohibiciones de actuar descuidadamente que subyacen a los tipos imprudentes de acción.

1.1 El cuidado debido: ¿medida objetiva o subjetiva?

La primera discusión que se plantea es si el cuidado se refiere a un cuidado establecido de manera objetiva o si se establece de manera subjetiva.

Lo cierto es que resulta imposible mantener una medida subjetiva del cuidado. En primer lugar, por la constatación de que determinados riesgos están permitidos, lo que nos marca ya unos límites generales y objetivos al cuidado debido y, en segundo lugar, porque dejar a la capacidad de cada cual la determinación del cuidado que cada sujeto debe observar conllevaría el caos y la desprotección de los bienes jurídicos. Por tanto, el Manual va a seguir la idea de que las normas que subyacen a los delitos imprudentes de acción prohíben realizar conductas descuidadas, donde lo descuidado se establece conforme a criterios generales, objetivos, iguales para todos los ciudadanos. Es decir, la acción descuidada, la **acción típica**, es **aquella que infringe un deber objetivo de cuidado**.

1.2 La determinación del cuidado objetivamente debido (I)

1.2.1 El diseño de la prohibición de actuar descuidadamente

La acción típica es la acción contraria al contenido de la norma de determinación, que en los delitos de acción imprudentes tienen la forma de una prohibición general de actuar de determinada manera: descuidadamente, fuera del riesgo permitido.

La norma no prohíbe cualquier acción peligrosa, sino aquellas que representan los peligros más graves y que no sean necesarias para la utilización racional de los bienes jurídicos. La clase de riesgo prohibido se determina por la previsibilidad *ex ante* de que la conducta dé lugar a un determinado curso causal no deseado.

El riesgo no permitido se encuentra en numerosas ocasiones reglamentado en la normativa extrapenal. Ello no significa que la mera infracción de dicha normativa suponga la realización de la acción típica, ya que el tipo penal exige que la conducta descuidada presente gravedad suficiente.

Además, los delitos imprudentes, por lo general, exigen la producción de un resultado típico, lo que conlleva la necesidad de constatar la relación de causalidad y la imputación objetiva.

Sin embargo, hay actividades que no se encuentran reguladas y situaciones particulares dentro de las actividades reguladas para las que no está previsto expresamente el cuidado que se debe tener al realizarlas. En tales casos, la prohibición de actuar de manera descuidada deberá ser hallada por el juez.

Para determinar el cuidado debido se ha manejado el **criterio del hombre prudente**. Así, se dice que **es imprudente la acción de la que se abstendría una persona inteligente y sensata**. Dicho criterio debe entenderse como una metáfora o resumen de las exigencias del ordenamiento.

1.2.2 La previsibilidad objetiva: la identificación de la situación en la que se actúa y de los riesgos que presenta la conducta.

En un primer paso se debe identificar la situación en la que va actuar el sujeto y los riesgos que representa su acción. Para ello se realiza un **juicio de previsibilidad objetiva**: una persona inteligente colocada en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las conocidas por el autor y la experiencia común de la época sobre los cursos causales. A la vista de los posibles riesgos de la acción, se realiza una ponderación de los intereses en juego, de lo que surge la decisión final sobre la permisibilidad o prohibición de la conducta tal y como se ha proyectado.

Una gran parte de la doctrina entiende que, una vez realizado el juicio de previsibilidad objetiva, deben considerarse atípicas las conductas que representen una escasa peligrosidad. Sin embargo, el Manual entiende que la medida del riesgo permitido no se puede indicar de modo general mediante un porcentaje o grado de probabilidad, porque el grado de peligro admisible para cada actividad dependerá precisamente de la utilidad de cada acción en cada caso concreto.

1.2.3 La ponderación de intereses

El juez debe guiarse por las valoraciones del ordenamiento jurídico. Pero la conducta aparecerá como descuidada y prohibida si era posible limitar los riesgos de llegar al resultado a través de determinados procesos causales mediante la adopción de cautelas que no limitaban en exceso el ejercicio de la actividad. Por el contrario, la conducta puede aparecer como permitida si limitar los riesgos se considera limitar excesivamente el valor o la utilidad preferente que la actividad presenta.

La doctrina maneja el **criterio de principio de confianza**. Este principio establece la no necesidad de prever la infracción del cuidado debido por otras personas, salvo que existan circunstancias en el caso concreto que lleven a pensar lo contrario. El Manual entiende que dicho principio se utiliza como complemento para determinar el cuidado

debido en las actividades en las que no esté expresamente regulado. La regla es que no hay que estar constantemente adaptando la conducta a la posibilidad abstracta de que los demás no cumplan con las normas de cuidado. Existen excepciones al principio de confianza. Se trata de los casos en que la infracción del cuidado por parte de otro ya no es un riesgo abstracto sino que existen determinados indicios de la misma que la convierten en una más alta probabilidad. En esos casos, el ordenamiento refuerza el deber de cuidado, exigiendo unas cautelas adicionales para evitar la interacción de la propia conducta con actuaciones descuidadas de otros y, en caso de realizar la actividad sin esas cautelas, se infringe la prohibición de actuar descuidadamente, y se realiza la acción típica.

El principio de confianza se aplica también a las actividades realizadas en equipo. Cada miembro del equipo tiene que cumplir su tarea conforme al cuidado debido.

1.3 La identificación de la conducta típica de entre aquellas que infringen el cuidado debido.

Gran parte de la doctrina estima que, con la identificación de una conducta contraria a una norma de cuidado que tiene como fin evitar un determinado resultado, no finaliza la tarea de concretar la conducta típica de un concreto delito de resultado.

El Manual piensa que hay muy diversas prohibiciones cuyo fin es contribuir a la evitación de un mismo resultado lesivo, pero no pueden equipararse como injustos típicos del delito de resultado.

Hay que distinguir aquellas normas antepuestas cuya finalidad es evitar que se cause un determinado resultado, pero solo a través de la evitación de favorecer imprudencias de otros. Estas normas no serían las subyacentes al delito de resultado y por tanto la acción no es típica. Frente a éstas, existen otras previsiones cuya infracción causa directamente el resultado. Éstas son las previsiones subyacentes a los tipos de resultado y solo su infracción es la conducta típica.

1.4 ¿Existe un tipo subjetivo en el delito imprudente?

Una parte de la doctrina finalista estima que el tipo subjetivo del delito imprudente consistiría en el conocimiento de la situación de riesgo, en la conciencia de que concurren los elementos sobre los que el legislador ha realizado el juicio de riesgo no permitido. Sin embargo el Manual defiende que el delito imprudente carece de tipo subjetivo.

2. El resultado típico, la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado

Al tipo de los delitos imprudentes de acción de resultado pertenece también el resultado típico, la relación de causalidad entre la acción y el resultado y la imputación objetiva del resultado.

2.1 El criterio del fin de protección de la norma

El único criterio necesario para determinar la imputación del resultado es el del “fin de protección de la norma”. Según este criterio, el resultado debe ser precisamente uno de aquellos que trataba de evitar la norma infringida.

La norma que subyace al delito imprudente tiene la finalidad de evitar llegar al resultado mediante la interacción con aquellos factores frente a los que las normas de cuidado obligaban a tomar cautelas, pero no a través de aquellos otros cuya aparición se considera un riesgo permitido.

2.2 El comportamiento alternativo conforme a derecho

De acuerdo con otro criterio, el resultado no será imputable si no puede probarse con una probabilidad casi cierta que el mismo no se hubiese producido con el comportamiento alternativo correcto. Éste no es un criterio de solución, por tanto, debe entenderse solo como un medio auxiliar, que sirve para averiguar el fin de protección de la norma, verdadero criterio de solución.

El comportamiento correcto no tiene relevancia por sí mismo, sino solo en cuanto pueda demostrar la eficacia de la norma infringida para la evitación del curso causal concreto.

2.3 El criterio del incremento del riesgo

Éste criterio se utiliza para los casos dudosos en los que no se sabe si el curso causal que produjo el resultado es de aquellos que podía y quería evitar la cautela infringida. Para comprobarlo, se compara la conducta infractora del cuidado con la conducta correcta y si la primera ha aumentado la probabilidad del resultado, éste se imputa y, de lo contrario, no.

3. Clases de imprudencia

Antes de la reforma de 2015, el Código Penal distinguía entre imprudencia grave e imprudencia leve. Tras la reforma, la categoría de imprudencia leve ha desaparecido y se ha sustituido por la de imprudencia menos grave.

Esta distinción entre imprudencia grave y menos grave hace referencia a la magnitud de lo injusto. Para determinar la gravedad de la imprudencia hay que atender a la peligrosidad de la conducta, la relevancia de la norma infringida y el grado de desviación entre la conducta realizada y el cuidado objetivamente debido.

El concepto de imprudencia profesional debe limitarse a la infracción de las normas que rigen una determinada profesión.

La imprudencia también se puede clasificar en **consciente** e **inconsciente**. La **imprudencia consciente** sería aquella en la que el sujeto ha previsto la posibilidad de realizar el resultado, pero confía en que podrá evitarlo. En cambio, en la **imprudencia inconsciente**, el sujeto no ha previsto siquiera la posibilidad del resultado. La distinción entre imprudencia consciente e inconscientemente no afecta a la magnitud del injusto, sino que tendrá relevancia únicamente en el ámbito de la culpabilidad.

III. El concepto de injusto personal: desvalor de acción y desvalor de resultado en el delito imprudente

También en los delitos imprudentes lo injusto está formado por el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. El **desvalor de la acción** está constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido y el **desvalor del resultado** por la lesión o peligro concreto de un bien jurídico.

Entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado debe existir una relación de causalidad: el resultado tiene que pertenecer al fin de protección de la norma, es decir, ser uno de aquellos que trataba de evitar la norma infringida. Esto es así porque el desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de bienes jurídicos.

LECCIÓN 12: EL DELITO COMO CONDUCTA TÍPICA (IV): LOS TIPOS DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

I. Los tipos delictivos omisivos en el seno de la teoría jurídica del delito

1. La dogmática de los delitos de omisión en el seno de la teoría jurídica del delito

La teoría de los delitos de omisión aún no es de gran importancia en relación con la teoría jurídica del delito. Las razones son:

- a) El mayor peso, tanto histórico como actual, de las realizaciones delictivas activas, las cuales constituyen el objeto primordial de atención de los penalistas.
- b) El desarrollo de una dogmática del derecho penal basada en la contemplación causal de las realizaciones de la activas ha supuesto que la dogmática de la omisión no haya sido convenientemente desarrollada, sino que lo haya sido con referencia a estructuras propias de la acción.
- c) La visión naturalista del comportamiento humano ha alejado la posibilidad de encontrar elementos comunes.

2. Conceptos preliminares (remisión): omisión, expectativa y tipo de lo injusto

Se define la **omisión** como la **no realización de una acción cuando se tenía capacidad concreta de llevarla a cabo**. Para determinar la existencia de capacidad de acción hay que tener en cuenta las concretas circunstancias materiales, espaciales y temporales en que transcurre la conducta omisiva.

El sujeto omite cuando tiene la concreta posibilidad de actuar, aunque nadie ni ningún sistema de normas esperen su actuación.

II. La clasificación de los tipos de lo injusto de los delitos de omisión

Existen dos grandes clases de delitos de omisión: los delitos propios de omisión o de omisión pura y los delitos de omisión y resultado.

Los **delitos propios de omisión o de omisión pura** son delitos de simple conducta: el sujeto realiza el tipo con la sola omisión de la acción a que venía obligado. La producción de un resultado material es ajena a los mismos. En caso de producirse, quedará al margen de su tipo del injusto.

Los **delitos de omisión y resultado** necesitan de la producción de un resultado material externo, que habremos de imputar al omitente. Dentro de este grupo distinguiremos entre **delitos de omisión causal** y **de omisión no causal**. Los primeros tienen como base omisiones causales que discurren en la esfera socio-cultural y siguen las mismas pautas de imputación de resultado que los delitos de acción.

En los **delitos de omisión no causal y resultado** es preciso determinar los criterios según los que imputar un resultado a quien no lo ha causado. Diferenciaremos entre aquellos que se encuentran regulados expresamente y los **delitos de comisión por omisión o impropios de omisión**.

III. Los delitos propios de omisión o de omisión pura

El tipo de lo injusto de los delitos propios de omisión o de omisión pura se perfecciona con la sola omisión de la acción ordenada. Por tanto, no es requisito de los mismos la producción de un resultado que, en caso de que llegue a producirse, no pertenecerá al tipo del injusto del delito. Desde un punto de vista formal, estos delitos se encuentran expresamente regulados en las leyes penales.

Suelen diferenciarse los **delitos comunes de omisión pura**, que pueden ser llevados a cabo por cualquier ciudadano, y los **delitos de omisión pura de garante**, en los cuales se exige que en el autor concurren determinadas características, que fundamentan una pena mayor.

En el sistema penal español, en el que rige el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes, solo existen delitos de omisión pura dolosos.

1. El tipo del injusto de los delitos propios de omisión dolosos

En los delitos propios de omisión dolosos, el sujeto ha de omitir la acción ordenada de modo intencionado. Dicha omisión, consciente y voluntaria, agota el contenido de la tipicidad.

Es posible distinguir un tipo objetivo y un tipo subjetivo del injusto.

1.1 El tipo objetivo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosos

Se articula en torno a tres elementos: la situación típica, la posibilidad de cumplir el mandato y la no realización de la acción tendente a cumplirlo.

1.1.1 La situación típica

El primero de los requisitos que han de concurrir para la perfección del tipo es la situación típica, es decir, la situación que genera el deber de actuar.

1.1.2 La posibilidad de cumplir el mandato

El segundo de los requisitos objetivos hace referencia a la posibilidad de cumplir el mandato, es decir, se deberán dar los elementos que conforman la base de los hechos. Supone la concurrencia de los siguientes elementos:

a) *Capacidades personales*

El propio sujeto ha de contar con las capacidades necesarias para desarrollar la acción ordenada

b) *Circunstancias, medios e instrumentos:*

El sujeto ha de tener a su disposición los medios e instrumentos necesarios para llevar a cabo la conducta y se deben dar las circunstancias apropiadas para ello.

1.1.3 No realización de una acción tendente a cumplir el mandato

El sujeto no ha de realizar ninguna acción tendente a cumplir el mandato. No es preciso que sea la acción idónea, basta con que se lleve a cabo una acción dirigida a ello.

1.2 El tipo subjetivo del injusto de los delitos propios de omisión dolosos

El tipo subjetivo del injusto de los delitos propios de omisión dolosos está constituido por el dolo. Se entiende que el dolo de todos los delitos dolosos de omisión está formado por dos elementos, intelectual y volitivo.

1.2.1 Conocimiento de la situación típica

El sujeto ha de conocer la existencia de la situación típica.

1.2.2 Conciencia de la concurrencia de los medios, instrumentos y capacidades y de la forma de llevar a cabo la acción debida

El sujeto ha de ser consciente de que cuenta con los medios, instrumentos y capacidades y ha de conocer el modo en que es posible dirigir su conducta hacia el objetivo. Ha de tener la concreta y actual capacidad de dirección final de la conducta.

2. El tipo del injusto de los delitos propios de omisión imprudentes: su inexistencia en el código penal vigente

El sistema penal español recoge el principio de la excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes. En la en el ámbito de los delitos propios de omisión, este principio se ha traducido en la inexistencia de estos delitos.

IV. Los delitos de omisión y resultado

El tipo del injusto requiere la producción de un resultado que será imputado al omitente. Tienen una estructura similar a los delitos de acción y resultado.

En el caso de las omisiones causales, la imputación del resultado material al omitente seguirá un proceso similar al de los delitos de acción. Pero en los supuestos de omisiones no causales, será necesario desarrollar criterios valorativos de imputación objetiva que permitan llegar a tal asociación.

1. Los delitos de omisión no causal y resultado

En los delitos de omisión no causal y resultado, en los que se ha de imputar el resultado a quien no lo ha causado pero tampoco lo ha evitado, es preciso conformar criterios valorativos específicos de imputación.

Por una parte, determinadas figuras delictivas de resultado material pueden realizarse tanto por acción como por omisión no causal si concurren dos requisitos:

- La posición de garante del comitente
- Algún tipo de equivalencia entre ambos tipos de comportamiento.

Desde el punto de vista del cumplimiento con el principio de legalidad, el legislador ha introducido nuevos delitos de omisión no causal y resultado en las leyes penales y ha incluido en el art. 11 CP una cláusula general de punición de los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión a partir de los tipos activos.

Existen dos categorías de **delitos de omisión no causal y resultado**. Su distinción es de carácter práctico:

- a) Los límites para la imputación de un resultado a una omisión no causal se encuentran definidos con mayor precisión en los delitos regulados expresamente
- b) Los marcos penales expresos permiten ajustar con mayor exactitud la pena a la gravedad material de la conducta omisiva
- c) Entre los tipos de delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente encontramos algunos que no tienen un delito activo paralelo.

1.1 Los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales

Esta regulación no es muy frecuente. Existe una pauta general que se concreta en cada una de estas figuras delictivas: el sujeto que omite ocupa una especial posición con respecto al bien jurídico lesionado o puesto en peligro, **una posición de garante del mismo**. Son, por tanto, **delitos especiales**.

La imputación del resultado a la omisión no siempre lleva aparejada la misma pena que si se hubiese tratado de su causación por acción. El legislador decide en cada caso si

se da o no la equivalencia de injustos. La razón se sitúa en que, si bien el desvalor del resultado será el mismo, el de las conductas activas y omisivas no tienen por qué coincidir.

Dentro de esta categoría es posible encontrar algunos que requieren de un resultado material y otros que exigen un resultado de peligro.

1.1.1 El tipo del injusto de los delitos dolosos de omisión no causal y resultados regulados expresamente en las leyes penales

Distinguiremos entre tipo objetivo y tipo subjetivo de lo injusto.

- a) El **tipo objetivo** de injusto de los delitos dolosos de omisión no causal y resultados regulados expresamente en las leyes penales necesita para que se perfeccione el tipo objetivo de lo injusto que concurren los siguientes elementos:
- **La situación típica:** se trata de una situación de peligro para un bien jurídico que origina el mandato de actuar. El sujeto está obligado a intervenir para evitar el resultado.
 - **La posibilidad de evitar el resultado:** el sujeto ha de poder realizar la acción idónea para contrarrestar el curso causal del que derivará el resultado. Para ello es preciso que cuente con los elementos constitutivos de la base fáctica que son:
 - las capacidades personales
 - las circunstancias
 - medios en instrumentos.
 - **La posición de garante:** en todos los delitos de omisión y resultados regulados expresamente en las leyes penales aparece un último requisito relativo al autor. Ha de ocupar una especial posición de protección del bien jurídico en peligro o de control de la fuente de peligro que amenaza al mismo.
 - **No realización de una acción** tendente a cumplir el mandato
 - **La producción del resultado**
- b) El **tipo subjetivo** del injusto de los delitos dolosos de omisión no causal y resultados regulados expresamente en las leyes penales: la estructura del dolo en la omisión. El tipo subjetivo está formado por el dolo. El dolo en la omisión se articula en torno a un elemento intelectual y otro volitivo. El dolo en este tipo de delitos es, por tanto, conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo y voluntad de la producción del resultado. Comprende los siguientes elementos:
- Conocimiento de la situación típica
 - Conocimiento del modo de evitar el resultado
 - Conocimiento de la posición de garante
 - Voluntad de producción del resultado

1.1.2 El tipo del injusto de los delitos imprudentes de omisión no causal y resultados regulados expresamente en las leyes penales

Este tipo de delitos no son muy numerosos. La estructura típica de los mismos está conformada por los siguientes elementos:

- a) La situación típica
- b) La posibilidad de evitar el resultado
- c) No realización de una acción adecuada para cumplir el mandato
- d) La posición de garante
- e) La producción del resultado
- f) La inobservancia del cuidado objetivamente debido: existen diferentes elementos a los que puede afectar dicha inobservancia, que podrán ser los siguientes:
 - Enjuiciamiento de la situación típica
 - Toma en consideración de las capacidades, medios e instrumentos disponibles

- Planeamiento o ejecución de la acción tendente a evitar el resultado
 - Consideración de la existencia de la posición de garante
- g) El resultado ha de ser consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido

1.2 Los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión

La categoría de los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión gira en torno a dos ideas básicas: la imputación de un resultado a quien no lo ha evitado pero tampoco lo ha causado y su falta de regulación es expresa en tipos de lo injusto omisivos.

Los problemas que se derivan de estas características son fundamentalmente dos: el de su relación con el principio de legalidad y el de la posibilidad de equiparar el injusto omisivo con el activo.

1.2.1 Los delitos impropios de omisión y su regulación en el Derecho Penal español: el artículo 11 del Código Penal

El legislador español introdujo un sistema de cláusula general de tipificación de los delitos impropios de omisión en el artículo 11 CP.

Con ello se daba cobertura al problema de legalidad existente. Los ejes de esta regulación son dos: la existencia de una posición de garante y la exigencia de que la no evitación del resultado sea equivalente a su causación

a) La posición de garante

El primero de los requisitos que establece el artículo 11 CP es que se produzca la infracción de un especial deber jurídico del autor. Es decir, el omitente tiene que ocupar una posición de garante. Se crea un sistema de fuentes de la posición de garante: la ley, el contrato y la denominada injerencia, las cuales son la base del sistema de imputación del resultado que construye el artículo 11 CP para la comisión por omisión.

Existe otra teoría sobre la posición de garante, la teoría de las funciones. Según la misma, la base de la posición de garante se encuentra en la asunción fáctica en el caso concreto de una función de protección del bien jurídico o de control de una fuente de peligro.

b) El principio de equivalencia

El artículo 11 CP hace mención a otro requisito, conocido como **principio de equivalencia**. Éste principio exige que se dé una equivalencia del contenido de los justos de la conducta omisiva con respecto al de la causación activa del resultado. El desvalor de la omisión debe ser equiparable al de la correspondiente acción.

1.2.2 La estructura típica de los delitos impropios de omisión

Hay que distinguir entre delitos impropios de omisión dolosos e imprudentes.

a) *Los elementos* son: la concurrencia de la solución típica, la posibilidad de evitar el resultado, la posición de garante, la no realización de la acción tendente a evitar el resultado, la producción del resultado, una relación especial entre el resultado y la inversión, y el dolo. A estos elementos se añade uno más, el de la equivalencia de omisión y acción, según el sentido del texto de la ley

b) El tipo del injusto de los delitos impropios de omisión imprudentes

Presentan una estructura típica similar a los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente por la ley: situación típica, posibilidad de evitar el resultado, posición de garante, no realización de una acción adecuada para cumplir el mandato, inobservancia del cuidado objetivamente debido, producción del resultado, y que éste sea consecuencia de la inobservancia de las reglas de cuidado. A estos elementos se les une la necesidad de verificar la equivalencia

desde el punto de vista de lo injusto entre la no evitación del resultado y la causación activa del mismo.

2. Los delitos de omisión causal y resultado

En los delitos de omisión causal y resultado se seguirá el modelo de imputación que hemos descrito para los modelos de acción.

En el caso de realizaciones dolosas, los elementos subjetivos serán los mismos. La estructura del dolo, formado por un elemento intelectual y otro volitivo: el omitente habrá de ser consciente y tener voluntad de la concurrencia y realización de los distintos elementos objetivos del tipo.

V. Lo injusto personal de los delitos de omisión: desvalor de la omisión y desvalor del resultado

En los delitos de omisión, el mandato se limita a ordenar la realización de una determinada acción, sin que pueda a llegar a exigir la producción de un resultado.

1. Lo injusto personal en los delitos de omisión dolosos

Lo injusto personal de los delitos de omisión dolosos está constituido por el desvalor de la omisión y el desvalor del resultado.

Integran el desvalor de la omisión todos los elementos que caracterizan a dicha omisión como contraria al mandato y son ellos los que van a determinar su gravedad material: el dolo, la idoneidad de la acción omitida para lograr la evitación efectiva del resultado y la infracción de los especiales deberes del omitente, en caso de que concurren. El desvalor de la omisión será mayor en aquellos casos en los que el omitente tenga el dominio sobre la causa determinante del resultado, es decir, sobre la última acción que hubiese podido evitarlo.

La infracción de deberes especiales del omitente afecta a algunas de las categorías más importantes de los delitos omisivos: los delitos de omisión no causal y resultado regulados específicamente por la legislación penal, los de comisión por omisión y también los delitos de omisión pura de garante.

En cuanto al desvalor del resultado, consiste en la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido. En determinados supuestos, en los que no se exija la lesión ni puesta en concreto peligro del bien jurídico, lo injusto quedará constituido exclusivamente por el desvalor de la omisión.

2. Lo injusto personal en los delitos de omisión imprudentes

En el caso de los delitos de omisión imprudentes, lo injusto también quedará formado con la concurrencia del desvalor de la omisión y el desvalor del resultado.

El desvalor de la omisión vendrá determinado por la inobservancia del cuidado objetivamente debido y por la idoneidad de la acción omitida para lograr la efectiva evitación del resultado.

El desvalor del resultado estará constituido por la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido.

Entre el desvalor de la omisión y el desvalor del resultado deberá concurrir una especial relación: el resultado deberá ser uno de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

LECCIÓN 13: ITER CRIMINIS

I. Las fases de la realización del delito

Con la expresión *iter criminis* nos referimos a las distintas fases de realización del delito doloso. Suelen distinguirse las fases interna y externa y, dentro de ésta, los actos preparatorios y los ejecutivos. Cuando el sujeto realiza completamente el tipo, el delito se habrá consumado.

1. Los actos internos

Llamamos actos internos a los que se desarrollan exclusivamente en la mente del sujeto sin haberse manifestado todavía al exterior. Estos actos son impunes. Se considera un principio fundamental del derecho penal que no se puedan castigar los meros pensamientos.

2. Los actos externos

Cuando el sujeto pasa a realizar actos externos entramos en una fase nueva del *iter criminis*. En ella todavía vamos a distinguir dos etapas: los actos preparatorios, donde la intervención del derecho penal va a ser todavía excepcional, y la de los actos ejecutivos, donde todos los actos son ya punibles.

II. Los actos preparatorios

Los actos preparatorios son actos externos que realiza el sujeto para organizar y preparar la ejecución del delito. El Código Penal castiga en la Parte Especial determinados actos preparatorios como delitos autónomos.

Junto a estos actos preparatorios expresamente castigados como delitos autónomos, encontramos otros actos preparatorios cuya punición está prevista en la Parte Especial solo para determinados delitos. Se trata de la **conspiración**, la **proposición** y la **provocación** para delinquir

1. La conspiración

Según dispone el artículo 17.1 CP, la **conspiración** existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

No basta un intercambio de opiniones sobre si se realiza o no el delito. Los sujetos tienen que haber tomado la resolución de voluntad de cometerlo.

Hay que distinguir la conspiración, que es el acto preparatorio castigado de manera excepcional para ayudar a algunos delitos, de la asociación ilícita, que siendo también un acto preparatorio, se castiga como un delito autónomo. La doctrina y la jurisprudencia estiman que la diferencia entre una y otra figura radica en la mayor estabilidad de la asociación ilícita.

2. La proposición

Según dispone el artículo 17.2 CP, la **proposición** existe cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a participar en él. El sujeto proponente tiene que estar ya decidido a cometer el delito e invita a otras personas a que lo cometan con él.

Tanto si se propone a otro colaborar como coautor en el delito que se decida cometer, como si se le propone colaborar como mero partícipe, se responde por proposición.

3. La provocación

Según dispone el artículo 18.1 CP, la **provocación** existe cuando directamente se incita por los medios de comunicación o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Se castiga la conducta de quien incita, es decir, anima a cometer un delito o una clase de delitos, utilizando diversos medios que facilitan la publicidad del mensaje. La incitación debe ser directa y el mensaje debe ser lanzado a una generalidad de personas, por lo que también la incitación debe ser expresa.

Es importante distinguir la provocación de la inducción. Mientras la provocación es un acto preparatorio punible, la inducción es una forma de participación en el delito. Ello significa que el inductor responderá solo si el inducido comienza la ejecución del delito, al contrario que el provocador. Se castiga la provocación tanto se consiga o no con ella suscitar la comisión del delito. Pero si el provocador consigue que el delito se cometa, se castigará con la misma pena que al inductor.

4. La apología

El artículo 18.1 CP dispone que es **apología**, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.

Aquí, el sujeto busca que otros cometan un delito o una clase de delitos mediante la estrategia de ensalzar el delito o al delincuente.

En el Código Penal existen algunos delitos de apología en sentido original o estricto, como por ejemplo el delito de apología del genocidio.

III. Los actos ejecutivos: la tentativa

El artículo 16 CP establece que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

1. Distinción entre actos preparatorios y ejecutivos

Para definir cuando un acto externo ya no es un mero acto preparatorio sino que debe calificarse como acto ejecutivo, la doctrina ha elaborado distintas teorías:

- **La teoría de la univocidad**, según la cual mientras los actos preparatorios son equívocos, los actos ejecutivos son unívocos, se deduce de ellos que están dirigidos a la comisión de un delito. Esta teoría ha sido hoy abandonada.
- **La teoría objetivo-formal**, según la cual un acto es ejecutivo si está comprendido en la acción descrita en el tipo. En aquellos tipos en los que se describe una acción mediante el uso de un verbo, que constituye su núcleo central, pero también se describen algunos modos o formas de realizarla, serán actos ejecutivos tanto los comprendidos en la zona nuclear como los de la zona periférica.
- **La teoría de la unidad natural**, según la cual se considerarían también ejecutivos aquellos actos que están tan íntimamente e inmediatamente unidos a la acción típica, que forman parte de ella.

2. Tentativa acabada inacabada

La definición de la tentativa señala dos posibilidades: que el sujeto practique la totalidad de los actos dirigidos a producir el resultado o solamente una parte de ellos.

En el primer caso, cuando un sujeto ha realizado todos los actos que, según su plan, deberían dar lugar a la producción del resultado, pero éste no se produce por causas ajenas a su voluntad, nos encontramos ante una **tentativa acabada**.

En cambio, si el sujeto no ha realizado todos los actos que, según su plan, deberían llevar a la producción del resultado, por causas ajenas a su voluntad, entonces estamos en una **tentativa inacabada**.

3. El desistimiento

3.1 Clases de desistimiento: desistimiento y arrepentimiento activo

La distinción entre tentativa acabada e inacabada es relevante en el ámbito del desistimiento. El artículo 16 CP dispone que quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir la consumación.

Existen dos posibles formas de existir:

- En la tentativa inacabada bastará con que el sujeto desista de seguir realizando los actos
- En la tentativa acabada, el sujeto ya ha realizado todo lo que debía y solo puede esperar a que se produzca el resultado. Por tanto deberá realizar una conducta que impida la producción de aquél.

3.2 Requisitos del desistimiento

Para poder apreciar el desistimiento, el primer requisito es que el delito se encuentre todavía en fase de tentativa. El desistimiento además ha de ser voluntario, lo que significa que, pudiendo todavía consumir el delito, el sujeto decide que no va a hacerlo.

La voluntariedad no exige espontaneidad, es decir, el desistimiento es voluntario aunque la decisión haya sido inducida por los consejos de otra persona. El Código Penal establece diferentes requisitos para el desistimiento, según intervengan uno o varios sujetos en la comisión del delito:

- En caso de autor único:
 - Si la tentativa es inacabada, bastará con que el sujeto deje de ejecutar los actos que faltan para llegar al resultado.
 - Si la tentativa es acabada, para quedar exento de responsabilidad por tentativa deberá conseguir evitar el resultado.
- En caso de varios con delincuentes:
 - Si la tentativa es inacabada, para quedar exento de responsabilidad por tentativa, el sujeto deberá dejar de ejecutar los actos que falten e impedir o intentar impedir, seria, firme y decididamente que los demás codeincuentes lleguen a la consumación.
 - Si la tentativa es acabada, bastará que impida o intente impedir, seria, firme y decididamente la consumación.

3.3 Efectos del desistimiento

El desistimiento exime de responsabilidad penal por la tentativa del delito de cuya consumación se ha desistido. Sin embargo, puede que los actos ejecutivos realizados hasta el momento en que se desiste sean por sí mismos constitutivos de un delito consumado diferente. En tal caso, el sujeto deberá responder por ese otro delito cometido.

3.4 Naturaleza del desistimiento

En el caso de varios autores, se debe entender que el desistimiento es una causa personal de exclusión de la pena y que no impide la concurrencia del tipo de la tentativa. Porque para que el partícipe responda, necesariamente el autor debe haber actuado de forma típica.

El Manual cree que se debe interpretar de esta manera porque, en primer lugar, entiende que el término ejecutar está utilizado en un sentido amplio, impropio, que no equivale a la realización de actos ejecutivos. En segundo lugar, porque la solución de la falta de tipo daría lugar a la paradoja de que el partícipe en un delito cometido por dos coautores, uno de los cuales ha desistido y el otro no, debería quedar impune por falta de tentativa el primero y a la vez responder por la tentativa, o delito consumado, el segundo.

4. Supuestos discutidos

4.1 La tentativa en los delitos sin desvalor de resultado y en los delitos de mera actividad

El Manual cree que el concepto de consumación es un concepto formal, que se refiere a la realización del tipo, frente a un concepto de consumación material que exigiría la lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico. Además, entiende que la tentativa es una realización incompleta del tipo, exija o no éste la producción de un resultado, lo que permite apreciar la tentativa en aquellos delitos que exigen un resultado típico, pero en los que el mismo no identifica una lesión de un bien jurídico.

También permite apreciar la tentativa de tipos que no exigen un resultado típico. La tentativa de un delito de mera actividad es posible de varias maneras:

- Bien porque esa actividad está formada por varios actos separables y la realización de uno de ellos se halla una ejecución parcial del tipo
- Bien a través de un error de tipo inverso, es decir, también constituye tentativa el intento de realizar el tipo en los casos en que el sujeto cree que concurren todos los elementos del tipo objetivo, pero en realidad falta alguno de ellos.

4.2 La tentativa en los delitos de omisión

También es posible la tentativa en los delitos de omisión. La doctrina acepta mayoritariamente la posibilidad de tentativa en los delitos de comisión por omisión.

En los delitos de omisión pura cabe una tentativa por un error de tipo inverso, igual que en los delitos de mera actividad.

4.3 Tentativa y delito imprudente

La tentativa en un delito imprudente es imposible, porque la tentativa exige actuar con dolo.

5. Tipo objetivo y tipo subjetivo

Para que exista tentativa tienen que darse dos elementos: el dolo y un principio de ejecución. Esto significa que debe concurrir el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la tentativa. También indica que el tipo subjetivo de la tentativa coincide con el del delito doloso consumado, mientras que el tipo objetivo es más corto por faltarle algún elemento. La tentativa es un tipo incongruente por defecto de tipo objetivo: el elemento subjetivo

se extiende a la producción de un resultado cuya concurrencia no exige ya el tipo objetivo para afirmar la existencia de tentativa acabada.

La doctrina mayoritaria entiende que es posible cometer tentativa con cualquier clase de dolo, incluido el dolo eventual.

6. Tentativa irreal o supersticiosa, tentativa inidónea y delito putativo

6.1 La tentativa irreal o supersticiosa

La tentativa irreal o supersticiosa es aquella en la que el sujeto intenta causar un resultado delictivo a través de un plan totalmente desconectado de la realidad, basándose en creencias supersticiosas o sobrenaturales.

6.2 La tentativa inidónea

El artículo 16 CP ha introducido en la definición de la tentativa una referencia a la idoneidad objetiva del plan del autor.

En la doctrina no hay acuerdo sobre cómo definir la tentativa inidónea y sobre qué clase de tentativa inidónea debe quedar impune. Por tanto, podemos resumir que las principales diferencias se basan en el examen *ex ante* o *ex post* de la idoneidad del intento.

6.2.1 Teorías que examinan la idoneidad *ex post*

Estas teorías examinan el intento cuando todo ha pasado y tenemos todos los datos que nos indican porque ese intento falló. En realidad, *ex post* toda tentativa es inidónea, pues a posteriori siempre sabemos qué factor hizo que el plan no funcionase. Por ello, estas teorías distinguían entre la tentativa absolutamente idónea, que debe quedar impune, y la relativamente idónea, que debe castigarse. Una tentativa es absolutamente idónea cuando el factor que hizo fallar ese intento habría impedido el resultado para cualquier otro caso similar. En cambio, si el factor hizo que el intento fallara en el caso concreto, pero podría haber llevado el resultado en otras circunstancias, la tentativa se consideraba relativamente idónea y punible.

6.2.2 Teorías que examinan la idoneidad *ex ante*

Según estas teorías, deberá realizarse un juicio de previsibilidad objetiva en el momento de darse comienzo a la acción. Si la producción del resultado aparece como probable, la tentativa será idónea, y si aparece como improbable, será inidónea e impune,

6.2.3 La regulación del código penal

El Código Penal ha cogido la solución de la atipicidad de la tentativa inidónea.

6.3 El delito putativo

Es el supuesto en que un sujeto realiza una conducta pensando equivocadamente que la misma constituye delito. El delito putativo es impune, pues falta en él la tipicidad.

IV. La consumación del delito

El final del *iter criminis* lo constituye la **consumación**. La consumación supone la ejecución completa del delito, la realización total del tipo.

A veces, la consumación crea una situación antijurídica que permanece en el tiempo, como sucede por ejemplo en las detenciones ilegales.

También es preciso distinguir la consumación del agotamiento del delito: llamamos agotamiento del delito a una intensificación de la lesión del bien jurídico que se produce tras la consumación y hasta la consecución del pleno daño o de la intención perseguida por el sujeto al delinquir.

LECCIÓN 14: TEORÍA DE LA CODELINCUENCIA (I): LA AUTORÍA

I. Consideraciones generales sobre la codelincuencia

Puede ocurrir que en la realización de un delito concurren varias personas, lo que nos lleva al concepto de **codelincuencia**, que es la concurrencia de más de una persona en la comisión de un delito.

El artículo 27 CP dispone que son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices. En consecuencia, el Código Penal sigue un sistema restrictivo, distinguiendo entre autores y partícipes.

II. El concepto de autor. Especial consideración de los delitos dolosos de acción

El artículo 28 CP dice que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro, del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado

El mismo artículo 28 señala que son autores:

- Quien realiza el hecho por sí mismo, llamado **autor inmediato**.
- Quienes realizan el hecho conjuntamente. Se trata de los **coautores**.
- Quien realiza el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento, en cuyo caso se habla de **autoría mediata**.

El Código considera autores a otras dos categorías de intervinientes en el delito:

- **Inductores**: aquellos que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el hecho.
- **Cooperadores necesarios**: aquellos que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado.

1. Concepto restringido u objetivo-formal de autor

Según este planteamiento, autor es el que realiza la acción típica o alguno de sus elementos. Esta teoría considera que los preceptos que regulan la participación son causas de extensión de la pena.

El principal problema de esta teoría consiste en que no abarca la autoría mediata. Autor mediato es quien utiliza algún instrumento para cometer el delito, de forma que no realiza directamente los elementos del tipo.

2. Concepto extensivo de autor

Según este concepto, autor es todo aquel que interviene en el delito poniendo una condición para la comisión del mismo, siempre que no esté comprendido en alguna de las formas de participación que regula expresamente el Código Penal. Los preceptos reguladores de la participación no serían causas de extensión de pena sino causas de restricción de la misma.

Es un concepto que tiene problemas en los delitos especiales y en los delitos de propia mano.

3. Concepto subjetivo de autor

Este concepto parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Defiende que no puede distinguirse entre las diferentes aportaciones de las personas que intervienen en un delito, pues todas ellas son necesarias para la producción del resultado delictivo, de manera que toda persona que contribuya a la comisión de un delito pone una condición para la producción del resultado. Será autor el que quiere el hecho como propio, con ánimos autores, mientras que será partícipe el que tenga únicamente ánimo de ayudar, de colaborar en la comisión del delito, *animus socii*.

4. Concepto finalista de autor

Éste concepto se basa en la teoría finalista de la acción. Autor es el que tiene el dominio finalista del hecho, es decir, el que, dirigiendo conscientemente el curso causal hacia la producción del resultado, tiene el control de la realización del tipo. Frente a este concepto de autor, el partícipe apoya la realización del mismo.

El problema del concepto finalista de autor es que no es aplicable en los delitos imprudentes. Por esta razón, se distingue entre el concepto de autor en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes. En los primeros, se sigue un concepto material: autor es el que tiene el dominio finalista del hecho. En los delitos imprudentes se sigue un concepto objetivo-formal: autor es todo el que contribuye a la producción del resultado con una conducta que no observa el cuidado objetivamente debido.

5. El concepto de ROXIN

Según este concepto, se deben distinguir los siguientes grupos dentro de los delitos:

1. Delitos de dominio.
2. Delitos de infracción de un deber
3. Delitos de propia mano

6. Otros planteamientos

Existen otras concepciones de la autoría como las de MIR PUIG, la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho o el concepto integrado de autor.

7. Toma de postura

7.1 Autoría y delitos dolosos de acción

El Código establece que será autor el que tenga el dominio finalista del hecho. Este dominio se pondrá de manifiesto en la realización individual del hecho, en la realización conjunta, entre varios, o en la realización por medio del otro al que se utilizará como instrumento.

7.2 Autoría y delitos imprudentes

Son conductas constitutivas de autoría en los delitos imprudentes aquellas que directamente causan el resultado, sin que sea necesaria intervención complementaria alguna.

7.3 Autoría y delitos de omisión

Salvo en los delitos de omisión causales y resultado, en el resto de los delitos de omisión no podemos decir que se dé un dominio de los factores causales hacia la producción del resultado.

III. Clases de autoría

1. Autoría inmediata individual

Es autor el que realiza el hecho por sí solo. El sujeto pone de manifiesto su dominio del hecho en la realización de la conducta típica.

2. Autoría mediata

2.1 Consideraciones generales

Se trata de la modalidad de autoría que se refiere a los que realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento. Aquí nos encontramos ante supuestos en que la realización del tipo por el autor tiene lugar de modo indirecto, a través de otra persona que le sirve de instrumento para cometer el delito.

2.2 Autoría mediata y autor detrás del autor

En muchos planteamientos, se considera necesario que el instrumento quede exento de pena o, al menos, que se le imponga una pena atenuada, para explicar su falta de libertad. Sin embargo, otros autores no ven mayores problemas para admitir que pueden coexistir diversos grados de dominio del hecho. Así, podemos hablar de autoría mediata con un instrumento responsable o acudir a la figura del **autor detrás del autor**.

2.3 Supuestos de autoría mediata y de autor detrás del autor

Es necesario que el instrumento realice una acción en sentido estricto, pues si no es este el caso, se rechaza que estemos ante autoría mediata.

2.3.1 El instrumento no realiza siquiera el tipo objetivo del delito

Se trata de casos en que la conducta típica exige que la actuación se realice sobre otro y no sobre uno mismo.

2.3.2 El instrumento realiza una conducta incluida en el tipo objetivo, pero le falta el dolo u otro elemento subjetivo del injusto

El dominio del hecho por el autor mediato no se ve afectado por el carácter vencible o invencible del error del instrumento.

2.3.3 El instrumento no actúa antijurídicamente, pues se encuentra amparado por una causa de justificación

2.3.4 El instrumento no actúa culpablemente, o su culpabilidad está disminuida

Podemos pensar en varios supuestos:

- Utilización de un inimputable
- Error de prohibición en el instrumento
- Coacción en el instrumento

2.3.5 Los aparatos organizados de poder

Se trata de una construcción ideada para poder castigar los crímenes nazis en la Segunda Guerra Mundial. Su idea básica es que en la delincuencia de Estado, no solo es autor el que realiza materialmente la conducta típica, sino también los superiores jerárquicos hasta la cúspide de la cadena de mando.

2.4 Delitos en los que no cabe la autoría mediata

No cabe la autoría mediata en los delitos imprudentes. En los delitos especiales, no puede ser autor mediato el que no posea las características o cualidades. Tampoco es posible la autoría mediata en los delitos de propia mano.

3. Coautoría

3.1 Consideraciones generales

Estaremos ante un supuesto de coautoría cuando en la ejecución del delito intervenga más de un autor. El Código Penal se refiere a los que realizan conjuntamente el hecho.

La coautoría se da cuando en la comisión del delito intervienen varios autores, es decir, hay dos o más autores. La **codelincuencia** es el concepto genérico y la **coautoría** el concepto específico.

3.2 Elementos

Para que exista coautoría es necesario que varias personas, que se han puesto de acuerdo para realizar el hecho, para cometer el delito, realicen cada una de ellas algún elemento del tipo, realicen actos ejecutivos.

Los elementos a los que suele referirse doctrina y jurisprudencia para apreciar la coautoría son:

3.2.1 Acuerdo de voluntades

Es necesario que las personas se hayan puesto de acuerdo para la comisión del delito, es decir, que exista un acuerdo de voluntades entre los coautores.

El acuerdo puede ser expreso o tácito, o también puede ser anterior a la ejecución del delito o simultáneo a la comisión del mismo.

3.2.2 Realización de actos típicos: el problema del dominio funcional del hecho

Habría coautoría cuando cada uno de los coautores realice actos ejecutivos, actos típicos. Se plantea el problema de si podría haber coautoría en supuestos en que uno de los coautores no realice actos típicos, pero comparta el dominio del hecho.

- **El problema de los actos preparatorios:** según el Manual, no es posible tener el dominio del hecho con la realización de actos meramente preparatorios. El dominio del hecho es algo que solo puede darse en la fase ejecutiva.
- **El dominio funcional del hecho:** La aportación del coautor consistiría aquí en actos no típicos, no ejecutivos, pero realizados simultáneamente a los actos ejecutivos. Son, por tanto, actos que se realizan durante la ejecución del delito, pero sin ser ellos mismos actos ejecutivos.

3.3 Autoría y delitos imprudentes

Según el Manual, no se puede admitir la coautoría en los delitos imprudentes pues no puede darse un acuerdo de voluntades dirigido a la comisión del delito. Dado que en el delito imprudente el resultado no es buscado por el sujeto, no puede llegarse a un acuerdo de voluntades para producir el mismo y, por tanto, no podrá haber coautoría.

Sin embargo, la opinión dominante en nuestro país si admite la coautoría en los delitos imprudentes. Para ello, es preciso que exista un acuerdo de voluntades para realizar una acción imprudente, una acción que no responda al cuidado objetivamente debido.

El Tribunal Supremo admite la coautoría en los delitos imprudentes, pero distinguiéndola de lo que es la concurrencia de varias conductas imprudentes, sin acuerdos de voluntades. Estos casos no son supuestos de coautoría, sino que cada sujeto será autor de un delito imprudente.

4. El actuar en lugar de otro

4.1 Consideraciones generales

Se trata de una figura contenida en el artículo 31 CP. En estos delitos, podría ocurrir que la persona que realiza la conducta típica en nombre o representación de otro no

tuviese las cualidades necesarias para ser autor del delito, mientras que la persona en cuyo nombre o representación actuado, que sí ostenta esas cualidades o características, no ha realizado la conducta típica, de forma que también quedaría impune.

4.2 Fundamento

Entre los motivos que legitiman la existencia de esta figura, podemos referirnos a los dos siguientes:

4.2.1 Representación y teoría de la disociación

Según un sector doctrinal, el fundamento de esta cláusula de extensión de la autoría se encontraba en la representación. La persona que realizaba materialmente la conducta lo hacía representando a la persona en cuyo favor se actuaba.

4.2.2 Dominio social como criterio material

Según esta teoría, lo importante es que el sujeto que no tiene las cualidades de autoría accede materialmente a la posición del autor y, por tanto, tiene el dominio social sobre el bien jurídico que tienen los autores en los delitos especiales.

El vigente Código Penal no se basa en la idea de representación, pues admite que se actúe no solo como administrador de hecho o de derecho o en representación legal o voluntaria de una persona física o jurídica, sino también en nombre de otro, que puede ser tanto una persona física como jurídica, sin exigir ya una representación.

LECCIÓN 15: TEORÍA DE LA CODELINCUENCIA (II): PARTICIPACIÓN

I. La participación

1. Consideraciones generales

El Código Penal distingue entre autores y partícipes. El artículo 28 CP señala quienes son autores en nuestro sistema y a quienes se considerará autores.

El artículo 29 CP define a los cómplices como aquellos que cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, siempre que no sean autores.

2. Clases de participación

2.1 Según la forma o la clase de la aportación

- **Participación moral: inducción.** Se la denomina así porque el inductor despierta la decisión de cometer el delito en el autor.
- **Participación material: cooperación necesaria y complicidad.** En estos casos se pone el acento en la aportación a la comisión del delito que supone la conducta de participación.

2.2 Según el momento en que se realiza la aportación

- **Participación propia:** la contribución al delito se realiza antes o durante la ejecución del mismo.
- **Participación impropia:** la colaboración se realiza con posterioridad a la ejecución del delito.

II. Naturaleza de la participación

La participación consiste en cooperar, en colaborar en la ejecución del delito que lleva a cabo el autor. La responsabilidad del partícipe dependerá de la conducta del autor. Esta idea de dependencia de la participación respecto de la autoría se denomina **accesoriedad de la participación** y tiene dos facetas:

1º **Accesoriedad cuantitativa:** se refiere al grado de realización del hecho delictivo por parte del autor que es necesario para poder castigar a los partícipes. La doctrina exige un principio de ejecución de la conducta del autor para poder castigar a los partícipes. Así, si el autor no da comienzo a la ejecución del delito, no se podrá castigar a los partícipes, por mucho que éstos hayan realizado por completo su conducta.

Una vez que se haya comenzado la ejecución del delito, ya se podrá castigar a los partícipes. Solo cuando el autor consuma el delito, puede castigarse la participación como participación en un delito consumado.

2º **Accesoriedad cualitativa:** va referida a las características, a los elementos del delito que debe presentar la conducta del autor para considerar punibles las conductas de participación. Se trata de saber la medida de la dependencia de la responsabilidad de los partícipes respecto de la del autor. Existen cuatro teorías:

- a) Accesoriedad mínima
- b) Accesoriedad limitada

- c) Accesoriedad máxima
- d) Accesoriedad extrema o hiperaccesoriedad

En España es dominante la idea de la accesoriedad limitada, de modo que la conducta del autor debe ser típica y antijurídica para que podamos castigar a los partícipes.

El Manual prefiere el concepto de accesoriedad mínima, de forma que para castigar al partícipe será suficiente con que la conducta del autor sea típica, no siendo necesario que sea también antijurídica.

III. Elementos de la participación

La participación en el delito requiere la presencia de una conducta de intervención en el delito, el llamado **elemento objetivo**, y un acuerdo de voluntades entre autor y partícipe, el **elemento subjetivo**, que hace necesaria la existencia del dolo del partícipe.

1. Elemento objetivo

La aportación del partícipe, su colaboración en el delito, debe suponer una condición para la realización de la conducta típica por parte del autor.

1.1 Participación psíquica

Si no hay una contribución causal, no puede decirse que se haya participado en la ejecución del delito, dado que la participación exige que la conducta sea una condición de la concreta forma de realizar la conducta delictiva.

1.2 Participación por omisión

El TS la admite, exigiendo los siguientes requisitos:

- 1º **Elemento objetivo:** constituido por la omisión
- 2º **Elemento subjetivo:** voluntad dolosa
- 3º **Elemento normativo:** el específico deber de actuar que resulta de la posición de garante.

Según el Manual, sí puede darse una participación por omisión. Para ello será necesario que la omisión haya facilitado la comisión del delito y que el sujeto ocupe una posición de garante.

2. Elemento subjetivo

El elemento subjetivo consiste en el acuerdo de voluntades entre el autor y el partícipe o partícipes, que exige la existencia del dolo del partícipe.

2.1 El dolo del partícipe

El dolo del partícipe supone que el sujeto conoce y quiere participar en la comisión del delito, siendo suficiente el dolo eventual.

2.2 El acuerdo de voluntades

El acuerdo puede ser expreso o tácito o, además, anterior o simultáneo a la comisión del hecho.

2.3 la teoría del acuerdo previo

Según esta teoría, cuando varias personas se ponían previamente de acuerdo para cometer un delito, todos eran coautores, con independencia de la forma en que cada uno contribuyese a la comisión del mismo.

Esta teoría fue abandonada por el Tribunal Supremo.

IV. La comunicabilidad de las circunstancias

En la comisión de un delito pueden concurrir circunstancias agravantes y atenuantes, de forma que se plantea el problema de si es posible extender las que concurren en uno de los codefines a los demás.

1. Tipos agravados y atenuados

El artículo 65 CP resulta aplicable a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, es decir, a las denominadas circunstancias genéricas. El problema nace cuando se trata de decidir si el precepto es aplicable a las circunstancias atenuantes y agravantes.

Si aplicásemos el artículo 65 CP sería posible que autores y partícipes respondiesen por delitos con un título jurídico distinto, es decir, se individualizaría la responsabilidad.

Si decidimos que este artículo no resulta aplicable, el principio de unidad del título de imputación y la accesoriedad de la participación haría que todos los partícipes respondiesen del delito cometido por el autor, es decir, no se individualizaría la responsabilidad y el autor decidiría el delito cometido, por el que también responderían los partícipes.

La opinión dominante establece que se debe aplicar el artículo 65 CP en estos casos, pues individualizar responsabilidades es lo más justo y lo que se adecúa mejor a nuestro Código Penal.

2. Delitos especiales

También plantea problemas la aplicación del artículo 65 CP a los delitos especiales. Para la opinión dominante, este artículo debe aplicarse también en los delitos especiales impropios, mientras que otro sector doctrinal opina que la naturaleza accesoria de la participación debe llevar a que los partícipes respondan del delito cometido por el autor, sin aplicarse el artículo 65 CP.

La cuestión debe resolverse de forma distinta en los delitos especiales propios, en los que, al no existir una figura común paralela, la individualización de responsabilidad llevaría a la impunidad del partícipe. En estos casos se castiga al partícipe como participe en un delito especial propio.

V. Formas de participación

El Código Penal regula como formas de participación la **inducción**, la **cooperación necesaria** y la **complicidad**.

1. Inductores

1.1 Concepto y consideraciones generales

El inductor es quien consigue que otra persona adopte la resolución de voluntad de cometer el delito. Debe conseguirlo por medios psíquicos.

El Manual insiste en que el inductor es un mero partícipe en la conducta delictiva que lleva a cabo otra persona. Solo es autor a efectos de pena, ya que el Código Penal lo considera autor para que se le imponga la pena destinada a estos.

La responsabilidad del inductor irá en función de la del autor, como se desprende del principio de accesoriadad de la participación, de forma que si el inducido consuma el delito, el inductor responderá de inducción a un delito consumado, mientras que si el inducido no logra consumir el delito, que queda en grado de tentativa, el inductor será castigado como inductor a un delito en grado de tentativa. Si ni siquiera ha dado comienzo a la ejecución del delito, el inductor quedará impune.

1.2 Requisitos de la inducción

La inducción debe ser directa y eficaz.

1.2.1 Inducción directa

La inducción debe ir dirigida a una persona o personas determinadas, para la comisión de un delito concreto.

1.2.2 Inducción eficaz

La inducción, además de ser directa, debe ser eficaz, es decir, debe hacer que el inducido de comienzo, al menos, a la ejecución del delito. No es necesario que el inducido logre consumir el delito, pero sí que comience su ejecución.

1.2.3 El agente provocador

Con esta denominación se hace referencia a los supuestos del sujeto que provoca la comisión de un delito para poder detener a quien lo comete. En este caso no se considera que el agente provocador tenga dolo ya que no quiere que el delito se consuma. El Tribunal Supremo no castiga al agente provocador.

2. Cooperadores necesarios y cómplices

En la cooperación necesaria, la contribución debe consistir en un acto sin el cual no se habría efectuado el delito, mientras que en la complicidad se exige que no se trate de un acto de esas características. Para distinguir entre ambos conceptos, se han propuesto distintas teorías:

2.1 Teorías de distinción

2.1.1 Teoría del caso concreto

Según este criterio, el cooperador necesario, con su conducta, pone una condición sin la que el delito no se hubiese realizado o pone una condición sin la que el delito se había realizado de modo diferente.

El principal problema de esta teoría es que apenas dejaría espacio para la complicidad.

2.1.2 Teoría abstracta

Según este planteamiento, hay que prescindir del caso concreto y averiguar si la forma de cooperación es necesaria para la comisión del delito o no. Si lo fuese, estaríamos ante cooperación necesaria, siendo complicidad el supuesto contrario. Esta teoría deja sin contenido la cooperación necesaria.

2.1.3 Teoría de los bienes escasos

Esta teoría señala que una conducta será cooperación necesaria si era difícil de conseguir, mientras que si el autor podía conseguir fácilmente la misma estaríamos ante complicidad.

2.1.4 Teoría relativa de los bienes escasos

Esta teoría tiene en cuenta si era fácil o difícil conseguir la colaboración, pero restringiéndolo al marco de los codelincuentes. Si la contribución que prestó el sujeto podría haberla prestado otro de los codelincuentes que participaron en el delito, estaríamos ante complicidad; en otro caso, estaremos ante cooperación necesaria.

2.1.5 Negación de la distinción

Algunos autores niegan que exista diferencia entre cooperador necesario y cómplice.

2.2 Toma de postura

Según el Manual, la distinción se basa en el carácter esencial o no de la aportación, para saber si estamos ante un acto de cooperación necesaria o, por el contrario, una mera contribución anterior o simultánea al delito, partiremos de una perspectiva *ex ante* y buscaremos conocer si la colaboración era una tarea tan importante que, sin la misma, no se hubiese realizado el hecho. En este caso, estaremos ante cooperación necesaria. Si esta colaboración no condicionaba la comisión del delito, de tal manera que se hubiese podido realizar sin ella, estaremos ante complicidad.

VI. Participación y delitos imprudentes

El finalismo ha partido de un sistema unitario de autoría en el delito imprudente, considerando autor a cualquiera que realiza una conducta que no observaba el cuidado objetivamente debido. Se rechazaba la posibilidad de que existiese participación imprudente o participación en un delito imprudente

Se distinguen tres supuestos en la doctrina.

1. Participación imprudente en delito imprudente

No puede darse un acuerdo de voluntades dirigido a la realización de lo injusto de un delito imprudente de resultado. Por esta razón, no puede haber participación imprudente en un delito imprudente.

2. Participación dolosa en un delito imprudente

La participación requiere que exista en el autor la decisión de realizar el hecho, lo que, por definición, falta en los delitos imprudentes en los que el autor no quiere que se produzca el hecho y, por tanto, actúa sin dolo.

Los supuestos de participación dolosa en delito imprudente serán casos de autoría mediata de un delito doloso con un instrumento que actúa imprudentemente.

3. Participación imprudente en delito doloso

Tampoco se da, en este caso, un acuerdo de voluntades y, por tanto, el dolo del partícipe. Esto tampoco significa que estemos ante autoría de un delito imprudente, pues no todo aquel que realiza una conducta que no responde al cuidado objetivamente debido es autor.

VII. La codelincuencia en los delitos cometidos a través de medios de comunicación social

El artículo 30 CP contiene una regulación específica para los delitos que se cometan a través de los medios o soportes de difusión mecánicos.

1. Fundamento de la regulación

Esta regulación se debe a una combinación de dos principios:

- a) **Principio de limitación:** se trata de reducir el círculo de personas responsables.
- b) **Principio de efectividad:** se busca que siempre haya un responsable, estableciéndose para asegurarle un sistema de responsabilidad en cascada.

Frente a este sistema, se establece como alternativa el **criterio del gerente responsable**, según el cual, responden siempre el autor y el responsable de la publicación, programa o empresa, que deben haber actuado con dolo o imprudencia.

2. Características del sistema

- a) La responsabilidad queda limitada a los autores en el sentido del artículo 28 CP
- b) Responsabilidad en cascada, de forma que solo se puede perseguir a unas personas en defecto de otras
- c) El régimen es aplicable a los delitos que se cometan a través de los medios de comunicación social y a través de medios de difusión mecánicos

LECCIÓN 16: LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

I. El delito como acción antijurídica. Las causas de justificación: sistemática

1. Los efectos de la apreciación de una causa de justificación

Toda acción típica es antijurídica si no concurre una causa de justificación. Si concurre una causa de justificación, la conducta sigue siendo típica pero no es antijurídica. La realización de la conducta justificada supone un valor que compensará el desvalor que comportaba la conducta típica.

Las causas de justificación excluyen la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito.

2. Sistemática de la regulación de las causas de justificación

La mayoría de las causas de justificación previstas están definidas en el artículo 20 CP:

- La legítima defensa
- El estado de necesidad
- Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Otras causas de justificación se encuentran reguladas en la Parte Especial, pues afectan a un delito o grupos de delitos en particular. Es el caso de la *exceptio veritatis* en las injurias o del **consentimiento** en las lesiones.

3. Clasificación de las causas de justificación conforme a su fundamento y conforme a su estructura típica

Las causas de justificación se clasifican conforme a su estructura típica. Los tipos de las causas de justificación contienen elementos objetivos y elementos subjetivos. En atención a la congruencia entre las partes objetivas y subjetivas del tipo de justificación podemos distinguir:

- a) **Tipos incongruentes:** la parte subjetiva del tipo de justificación excede a la parte objetiva, es decir, lo querido por el sujeto va más allá de lo que efectivamente tiene que realizar para que se aprecie la justificación. Aquí, el tipo subjetivo de la causa de justificación ha quedado resaltado por el recorte del tipo objetivo, dando lugar de esta manera a causas de justificación de resultado cortado y mutiladas de varios actos. La finalidad es promover la realización de la acción justificante.
- b) **Tipos congruentes:** la parte subjetiva abarca toda la parte objetiva del tipo y coincide con ella. El legislador utiliza esta estructura allí donde no quiere promover la realización de la conducta.

II. El tipo de las causas de justificación. Elementos objetivos y elementos subjetivos

Los tipos de las causas de justificación contienen elementos objetivos y elementos subjetivos. Los elementos objetivos del tipo definirán la situación en la que está permitido actuar y las características externas de la acción justificada. El elemento subjetivo de

justificación lo configuran la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos de la causa de justificación. Dentro de este elemento subjetivo podemos distinguir la finalidad de actuar, a la que llamaremos **dolo de justificación**, y la finalidad que trasciende al tipo objetivo, a la que llamaremos **elemento subjetivo de justificación trascendente**.

Las causas de justificación son aplicables tanto a los delitos dolosos como a los delitos imprudentes y en ambos casos deben concurrir tanto sus elementos objetivos como sus elementos subjetivos.

III. La exclusión del injusto: valor de la acción y valor del resultado en las causas de justificación

La justificación compensa el desvalor de acción y el desvalor de resultado constitutivos del injusto típico con un valor de acción y con valor de resultado. El **valor de acción** está constituido por la acción justificada, de la que forman parte la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo de la causa de justificación, los demás elementos subjetivos de justificación y también el desarrollo externo de dicha acción. El **valor de resultado** viene determinado por la consecución del valor pretendido por la causa de justificación: **el interés preponderante**.

En las causas de justificación que solo exigen un valor de acción, el legislador ha decidido promover la realización de determinadas acciones dirigidas a fines valiosos y por ello renuncia a la efectiva producción del valor de resultado.

En cambio, en aquellas causas de justificación que exigen la efectiva producción del valor de resultado, como el consentimiento o la *exceptio veritatis* en los delitos de injurias, el legislador no quiere promover determinadas acciones.

En la justificación es siempre imprescindible la existencia de un valor de acción, pudiendo faltar a veces un valor de resultado.

La mera realización del valor de acción en las causas de justificación que exigen también la producción de un valor de resultado o la realización de un valor de acción incompleto en aquellas que solo exigen valor de acción, dará lugar a una compensación parcial del desvalor del injusto a través de la aplicación de las eximentes incompletas como atenuantes.

1. Supuestos discutidos: la ausencia del elemento subjetivo de justificación y la creencia errónea de que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación

1.1 La ausencia del elemento subjetivo de justificación

La ausencia del elemento subjetivo de justificación conlleva la no concurrencia del tipo de justificación. Si no existe la finalidad de evitar un mal, no concurre el valor de acción exigido.

En los casos en que se produce de forma meramente casual la salvación de un bien o la realización de un interés preponderante, pero sin que el sujeto conozca que se dan las circunstancias objetivas, ni haya actuado con tal intención salvadora, no puede aplicarse la eximente, ni completa ni incompleta.

El Manual cree que todas las teorías que comparten la tesis de la justificación separada parten de premisas incorrectas. En opinión del Manual, un resultado fortuito, o la mera presencia de los elementos objetivos de la causa de justificación, no pueden ser valorados

por el derecho para la aplicación de una causa de justificación incompleta o de una atenuante analógica.

1.2 La creencia errónea de que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación

En el caso que sí concurren los elementos subjetivos del tipo de la causa de justificación, pero no los elementos objetivos, el sujeto intenta, sin conseguirlo, realizar el tipo de la causa de justificación. Se trata pues de supuestos que podríamos calificar como de **tentativa de justificación**.

En las causas de justificación de resultado cortado, el resultado no se exige, por lo que su falta no es una tentativa de justificación, sino una justificación completa. Es posible la tentativa del tipo cortado cuando falte algún elemento objetivo de dicho tipo y el sujeto lo desconozca.

Esta tentativa de justificación supone, en primer lugar, una disminución de injusto por la existencia de un cierto valor de acción y, en segundo lugar, afecta a la culpabilidad a través del error de prohibición. Ese pequeño valor de acción debe tenerse en cuenta al graduar la pena, puesto que ha supuesto una compensación parcial del desvalor que representa el delito cometido. Se tendrá en cuenta mediante la aplicación de una eximente incompleta como atenuante o la de una atenuante analógica. Sin embargo, el actuar en la creencia errónea de que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación supone otro efecto: excluye o disminuye la culpabilidad al actuar el sujeto pensando que su conducta es lícita, creyendo que está justificada.

Si el error de prohibición es invencible, el sujeto quedará exento de responsabilidad penal. Si el error es vencible, la solución para el ejemplo planteado habrá que elegir una de las rebajas a aplicar.

LECCIÓN 17: EL DELITO COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA (I): LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (I): LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD

I. La legítima defensa

La eximente de legítima defensa es una causa de justificación que aparece regulada en el artículo 20 CP. Si concurren todas las circunstancias exigidas, su realización se considera amparada por la causa de justificación de la legítima defensa. En caso de que falte alguno de sus requisitos no esenciales, supondrá una atenuación de la responsabilidad.

1. Fundamento y naturaleza de la eximente de legítima defensa

1.1 El doble fundamento de la eximente de legítima defensa

Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la eximente de legítima defensa tiene un doble fundamento: supraindividual e individual.

1.1.1 El fundamento supraindividual de la legítima defensa

La legítima defensa incluye entre sus requisitos que la puesta en peligro del bien jurídico defendido sea consecuencia de una agresión ilegítima, es decir, una agresión contraria al ordenamiento

El fundamento supraindividual de la legítima defensa se sitúa, por tanto, en la necesidad de defensa del ordenamiento jurídico.

1.1.2 El fundamento individual de la legítima defensa

El artículo 20 CP establece que, como consecuencia de la agresión ilegítima, han de estar en juego la persona o derechos propios o ajenos.

Es decir, debe concurrir un fundamento individual, representado por la defensa de determinados bienes jurídicos.

1.2 La naturaleza de la eximente de legítima defensa

La legítima defensa tiene naturaleza de causa de justificación: en caso de que concurren todos sus elementos, la conducta típica realizada al amparo de la misma será declarada lícita, conforme a Derecho.

2. Requisitos de la causa de justificación de la legítima defensa

2.1 Los requisitos objetivos de la legítima defensa

2.1.1 La agresión ilegítima

La legítima defensa supone una reacción frente a una agresión ilegítima. Este es un elemento esencial de la legítima defensa y ha de concurrir para su aplicación, tanto como eximente completa como incompleta.

En caso que el sujeto crea equivocadamente que se da una situación de agresión ilegítima, siendo que no es así, estaremos ante un supuesto de **legítima defensa putativa**.

A) El concepto de agresión:

Por agresión se entiende todo comportamiento dirigido hacia la lesión de un bien jurídico. La jurisprudencia y un sector amplio de la doctrina consideran que solo cabe la legítima defensa frente a acciones lesivas, nunca frente a omisiones.

El Manual cree que el término agresión no excluye de su ámbito a las omisiones.

Consideradas tanto acciones como omisiones como posibles agresiones, el comportamiento agresor implica la conciencia y voluntad de lesionar el bien jurídico

El Tribunal Supremo excluye los comportamientos omisivos del concepto de agresión y exige que se produzca un acometimiento personal de carácter material o físico

B) La ilegitimidad de la agresión:

La agresión ha de ser ilegítima, ilícita, es decir, ha de infringir normas de determinación, mandatos o prohibiciones.

No cabe la legítima defensa ante una agresión legítima, es decir, amparada por una causa de justificación. En cambio, cabe la legítima defensa frente a ataques ilícitos pero no culpables, como los de los inimputables.

C) Los bienes jurídicos objeto de la agresión y legítima: la defensa de los bienes y de la morada:

Existe una doble caracterización de los bienes jurídicos amenazados por la agresión ilegítima que pueden ser objeto de defensa.

- a) **Desde una perspectiva objetiva**, el CP limita los bienes jurídicos que pueden ser objeto de defensa a aquellos cuyo portador sea una persona física o jurídica.
- b) **Desde la perspectiva de los sujetos implicados**, el CP hace referencia a la actuación en defensa de la persona o derechos propios o ajenos. Cabe tanto la legítima defensa propia como de terceros.

2.1.2 Necesidad de la defensa

El segundo de los elementos objetivos de la legítima defensa es la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Esto supone que la defensa sea necesaria porque la agresión es inminente o actual, peligrosa e inevitable.

A) Inminencia o actualidad de la agresión ilegítima: el acto de defensa:

No es preciso que la agresión ilegítima ya se esté produciendo, basta con su inmediatez. Sí que es preciso que la agresión no haya concluido aún, que no haya cesado el ataque al bien jurídico.

En definitiva, la reacción debe suponer un auténtico acto de defensa, dirigido a impedir o repeler la agresión.

B) Peligrosidad de la agresión ilegítima:

Es preciso que la agresión ilegítima sea peligrosa, el bien jurídico ha de encontrarse en peligro.

C) Inevitabilidad de la agresión ilegítima por otros medios:

La necesidad de la defensa supone que la agresión ilegítima no sea evitable de otro modo menos lesivo. Se cuestiona la inevitabilidad del mal en los siguientes supuestos:

- a) La posibilidad de huida
- b) La posibilidad de reparar el mal
- c) La falta de culpabilidad del agresor

2.1.3 Racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión

Otro de los requisitos es la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Se trata de que se emplee el medio estrictamente necesario, es decir, el menos lesivo que esté al alcance del defensor.

Este es un requisito no esencial de la eximente de legítima defensa, por lo que, si no se da, será posible apreciar la eximente incompleta.

A) Determinación de la racionalidad del medio empleado: rechazo del criterio de la proporcionalidad con el mal amenazante:

Será preciso verificar cuál era la situación en el momento en que era inminente, comenzaba o se producía la agresión.

La racionalidad del medio empleado implica llegar hasta el extremo que sea necesario para impedir o repeler la agresión al bien jurídico y al conjunto del ordenamiento.

El requisito de la racionalidad implica una acotación tanto de máximos como de mínimos: será ilícita la actuación defensiva que sea muy desproporcionada por la entidad del ataque, y también será ilícita en aquellos casos en que no se utilice el medio menos lesivo o del que se disponga, pese a que el mal causado por la defensa sea proporcionado al que suponía la agresión.

B) La aplicación práctica del requisito de la racionalidad del medio empleado:

Existen algunos casos que han sido objeto de especial atención:

- a) Supuestos de agresores no culpables
- b) Sistemas automatizados de defensa
- c) Excesos en la defensa

2.1.4 Falta de provocación suficiente por parte del defensor

El último elemento objetivo de la legítima defensa es la falta de provocación suficiente por parte del defensor.

El sujeto que defiende el bien jurídico no puede haber provocado la agresión ilegítima. Se trata de un elemento no esencial de la eximente, por lo que, en caso de que no concurra y se dé el resto de requisitos, podremos aplicar la causa de justificación incompleta.

A) Concepto de provocación

El defensor habrá estimulado la agresión de la que es víctima el mismo o un tercero. La conducta provocadora no tendrá por qué ser ilícita, sino simplemente contraria a las normas de la ética social o a los usos sociales.

B) La suficiencia de la provocación:

Tiene que existir una proporción de mínimos entre provocación y respuesta agresora. La jurisprudencia aplica el criterio del hombre medio.

C) Sujetos implicados: la provocación suficiente por parte del defendido:

Para que quede excluida la legítima defensa como eximente completa, la provocación suficiente ha de venir de parte del defensor. La regulación permite, por tanto, que un tercero actúe en legítima defensa de un bien jurídico del provocado.

2.2 El requisito subjetivo de la legítima defensa: conciencia y voluntad de defensa

Junto al resto de requisitos objetivos para la aplicación de la causa de justificación de legítima defensa es necesario que concurra un elemento subjetivo: la conciencia y voluntad del defensa del bien jurídico en peligro.

Se trata de un elemento esencial de la legítima defensa por lo que en caso de no concurrir, no será de aplicación de la eximente completa ni la incompleta.

3. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la causa de justificación de la legítima defensa

La aplicación de la causa de justificación de la legítima defensa supone la licitud de la conducta típica y la exclusión tanto de la responsabilidad penal como de la civil derivada del delito.

II. El estado de necesidad

El Código Penal aplica una circunstancia eximente a aquellas situaciones de necesidad en las que el sujeto ha de infringir un deber o lesionar un bien jurídico con el objeto de salvaguardar otro.

Entre los requisitos para la aplicación de la causa de justificación del estado de necesidad destaca la exigencia de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, lo que supone que puede ser o igual o menor.

1. Fundamento y naturaleza de la eximente de estado de necesidad

El CP admite el estado de necesidad siempre que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Ello implica que podrá concurrir tanto cuando el mal causado sea igual como cuando sea menor que el que amenazaba con producirse. Éstos supuestos se conocen como **conflicto de intereses iguales y conflicto de intereses desiguales**.

1.1 La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad

La doctrina dominante estima que el estado de necesidad puede concurrir con naturaleza tanto de causa de justificación como de causa de exculpación. Existen otras variantes a esta interpretación:

1.1.1 La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad según la opinión dominante

Algunos autores apuntan la idea de la doble naturaleza del estado de necesidad

A) Causa de justificación:

Según la opinión dominante, el estado de necesidad concurre como causa de justificación en aquellos casos en los que el mal causado es menor que el que se trataba de evitar. En estos casos se puede exigir responsabilidad civil. La conducta es lícita y la responsabilidad civil no deriva del delito.

B) Causa de exculpación basada en el principio de inexigible edad de la obediencia a la norma:

Se aplica la eximente de estado de necesidad como causa de inexigibilidad en los supuestos en los que el mal causado es de la misma entidad que el que se trata de evitar. En este caso, la eximente está basada en la no exigibilidad de la obediencia al Derecho. La conducta constituye un ilícito penal, aunque no es culpable y, por tanto, no se podrá aplicar pena alguna.

1.1.2 La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad según CEREZO MIR

CEREZO MIR propone que se lleve a cabo una serie de restricciones a la consideración de la eximente de estado de necesidad como causa de justificación.

A) Causas de justificación:

Considera CEREZO que el estado de necesidad concurrirá como causa de justificación solo cuando, además de que el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, no suponga una grave infracción del respeto debido a la dignidad humana.

B) Causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de la obediencia a la norma:

CEREZO entiende que estaremos ante el estado de necesidad como causa de inexigibilidad tanto en los casos de conflicto de intereses iguales como cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, pero suponga una grave infracción del respeto debido a la dignidad humana.

1.2 Los planteamientos unitarios de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad

Otros autores han mantenido que el estado de necesidad actúa en todo caso como una causa de justificación.

1.2.1 El planteamiento unitario de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad según MIR PUIG y MUÑOZ CONDE

Estos autores consideran que si se aplican estrictamente los requisitos establecidos por el CP, la eximente actuará en todo caso como causa de justificación

1.2.2 El planteamiento unitario de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad según GIMBERNAT ORDEIG

Éste autor entiende que la eximente de estado de necesidad es, en todo caso, una causa de justificación. En su opinión, mientras que en la antijuridicidad el legislador establece lo que quiere prohibir frente a todos, en la culpabilidad recoge una serie de valoraciones en torno a lo que es realmente posible prohibir.

1.3 Toma de postura: la doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad es distinto fundamento

El Manual acepta la postura diferenciadora de quienes admiten la doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad. En caso de conflicto de intereses desiguales, el estado de necesidad aparecerá como una causa de justificación. En caso de que los intereses en juego sean iguales concurrirá como causa de exculpación.

2. Requisitos de la eximente de estado de necesidad

A los requisitos objetivos que han de concurrir para apreciar la eximente de estado de necesidad, habrá que añadir un componente subjetivo, la conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno.

2.1 Requisitos objetivos del estado de necesidad

2.1.1 Situación de necesidad: concepto y clases

Como primer requisito de la eximente será preciso que concurra un estado de necesidad. Con esto, nos referimos a la situación que sirve de base a la eximente. Esta situación se trata de un elemento esencial de la eximente, de modo que, en caso de no concurrir la situación de necesidad, no se podrá aplicar el estado de necesidad completo ni incompleto.

A) La situación de necesidad: concepto:

La doctrina y jurisprudencia han ido perfilando una serie de caracteres:

- a) En primer lugar, debe concurrir un peligro actual para un bien jurídico.
 - b) Los bienes jurídicos en peligro pueden ser propios o ajenos y pueden pertenecer tanto a personas físicas o jurídicas.
 - c) El mal ha de aparecer como inminente o, al menos, el conflicto debe resultar irresoluble con el transcurso del tiempo
 - d) Se ha de tratar de un mal grave
 - e) Para evitar el mal, ha de ser preciso lesionar otro bien jurídico o infringir un deber.
- Esta es la esencia de la situación de necesidad.

Es posible definir la situación de necesidad como una situación de peligro actual para un bien jurídico, propio o ajeno, en la que aparece como inminente la producción de un mal grave, inevitable sin producir la lesión o con una lesión menos grave de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber.

Si el defensor estima erróneamente que se da una situación de necesidad, estaremos ante un caso de **estado de necesidad putativo**.

B) Clases de situación de necesidad:

Podemos clasificar las situaciones de necesidad en:

- a) Clasificación de la situación de necesidad por la magnitud del mal causado: la ponderación de males:
Se distingue entre la situación de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales y la situación de necesidad en caso de conflicto de intereses desiguales.

- b) Clasificación de la situación de red de necesidad por la relación del sujeto con el bien jurídico protegido:
- i. Estado de necesidad propio: coinciden necesitado y sujeto actuante
 - ii. Auxilio necesario: se actúa para evitar un mal ajeno
 - iii. Comunidad de peligro: el peligro es tanto para el que actúa como para un tercero

2.1.2 Mal causado menor o igual que el que se pretendía evitar: la ponderación de males

Otro de los requisitos hace referencia a la magnitud del mal que amenaza. El CP establece que el mal causado no debe ser mayor que el que se trate de evitar.

En el caso que estemos ante un conflicto de intereses desiguales, la eximente actuará como causa de justificación, siendo lícita la conducta si se da el resto de los requisitos.

En caso de que se trate de un conflicto de intereses iguales, el estado de necesidad podrá actuar como causa de exculpación basada en la inexigibilidad de otra conducta.

Se trata de un elemento no esencial del estado de necesidad. Significa que en caso de que no concurra, se podrá aplicar una atenuante.

2.1.3 Falta de provocación intencionada de la situación de necesidad

No se podrá aplicar el estado de necesidad cuando el sujeto que actúa ha provocado intencionadamente una situación de conflicto insalvable entre dos intereses.

Es un requisito no esencial de la eximente, por lo que en caso de que no concurra, se podrá acudir a la aplicación de eximentes incompletas.

La provocación no se refiere tanto al peligro, sino la situación de necesidad. Es preciso que el sujeto actúe con la intención de provocar la situación de necesidad.

Por otra parte, no bastará cualquier provocación de la situación de necesidad, sino que esta habrá de ser voluntaria. Dicha voluntariedad se refiere al sujeto que actúa, no al portador del bien jurídico en caso de auxilio necesario.

2.1.4 Inexistencia de obligación de sacrificio

Otro elemento del estado de necesidad es que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Este requisito hace referencia al necesitado, no a quien actúa, por lo que impedirá actuar en auxilio necesario de quien esté obligado a sacrificarse.

Se trata de un requisito no esencial. Si no concurre, entra en juego la posibilidad de aplicar una eximente incompleta.

2.2 El requisito subjetivo del estado de necesidad: la conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno

La apreciación del estado de necesidad requiere que el sujeto actúe con conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno.

Este requisito es un elemento esencial de la eximente. Si no concurre, no podrá aplicarse ni la eximente completa y la incompleta.

3. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la eximente de estado de necesidad

Las consecuencias de la aplicación de la eximente de estado de necesidad dependen de la naturaleza con la que concurra, como causa de justificación o como causa de exculpación.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal, en ambos casos el sujeto quedará exento de pena.

En cualquier caso, los daños a bienes de terceros deberán ser abonados según establece el artículo 18.1.3 CP.

LECCIÓN 18: EL DELITO COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA (II): LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (II): EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO Y EL CONSENTIMIENTO

I. El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho

El artículo 20 CP dispone que está exento de responsabilidad criminal el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Se incluyen como base para la exención de pena dos tipos de situaciones: aquellas en las que, al realizar la conducta típica, el sujeto actúa cumpliendo con un deber, que habrá de tener carácter jurídico, y aquellas en las que ejerce un derecho, oficio o cargo.

1. Fundamento y naturaleza de la eximente del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho

El fundamento de la eximente del cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho se sitúa en el **principio del interés preponderante**. Éste principio es fundamento suficiente para la aplicación de esta causa de justificación, tanto cuando el interés atendido sea de mayor rango como cuando ambos intereses tengan el mismo.

En la ponderación de intereses, tendrá especial relevancia el principio del debido respeto a la dignidad humana.

El cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho tiene la naturaleza de causa de justificación, por lo que la conducta amparada por esta eximente será lícita.

2. Requisitos de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho

Es posible determinar una serie de requisitos comunes, que se distinguirán según su carácter objetivo o subjetivo.

2.1 Requisitos objetivos de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho

2.1.1 Situación de conflicto: concepto y clases

Para aplicar esta causa de justificación es preciso que el sujeto esté obligado por un deber o amparado por un derecho y se dé una situación de conflicto. Puede presentar dos configuraciones:

- a) Puede tratarse de la llamada **colisión de deberes**, es decir, el conflicto entre dos deberes: el de no llevar a cabo el comportamiento típico que lesiona un bien jurídico y el de salvaguardar otro bien jurídico. En estos supuestos, la realización de la acción típica supone el cumplimiento de un deber.
- b) Supuestos de **conflicto entre un derecho y un deber**: el derecho de llevar a cabo una determinada conducta y el deber de no lesionar o poner en peligro el bien jurídico.

Estamos ante un elemento esencial de la causa de justificación. En caso de no concurrir no se podrá aplicar la eximente completa ni la incompleta.

2.1.2 El interés salvaguardado ha de ser igual o superior que el lesionado

La conducta estará justificada siempre que el interés salvaguardado sea de mayor o igual rango que el lesionado.

Se trata de un elemento no esencial de la causa de justificación, por lo que de no concurrir, podemos apreciar una eximente incompleta.

2.1.3 Cumplimiento del deber o ejercicio del derecho de modo ajustado a su contenido

Es preciso comprobar si la actuación del sujeto ha sido respetuosa con el contenido del deber o derecho alegado. Para ello, se deberá analizar las normas que regulan el concreto ámbito del que deriva el deber o derecho.

Estamos ante un requisito no esencial de esta eximente, en caso de que se produzcan excesos o defectos en la conducta realizada, se podrá acudir a la aplicación de la eximente incompleta.

2.2 El requisito subjetivo de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho: la conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho

El sujeto debe conocer la existencia del deber o derecho y debe actuar con voluntad de que está cumpliendo o ejerciendo legítimamente el mismo.

En este caso estamos ante un requisito esencial de la causa de justificación, por lo que si no concurre no podemos aplicar la eximente completa ni la incompleta.

3. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho

La aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho trae consigo la licitud de la conducta típica y la exclusión tanto de la responsabilidad penal como de la civil derivada del delito.

4. Aplicación práctica de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho

4.1 El cumplimiento del deber por los miembros de las FFCCS en el ejercicio de sus funciones

Uno de los supuestos más frecuentes de la causa de justificación del cumplimiento de un deber es su ejercicio por los miembros de las FFCCS.

Por la naturaleza de su profesión, en ocasiones, los miembros de estos cuerpos cometen conductas subsumibles en el tipo de lo injusto de los delitos.

Dichas conductas típicas serán lícitas al concurrir la causa de justificación del cumplimiento de un deber.

4.1.1 Requisitos del cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en ejercicio de sus funciones

La actuación típica estará amparada por la causa de justificación si concurren los siguientes requisitos:

- Situación de conflicto
- Interés amparado por la actuación que sea superior o igual que el lesionado
- Cumplimiento del deber de un modo acorde con su contenido
- Todo lo anterior debe estar comprendido por un elemento subjetivo, la conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber.

Es necesario determinar qué límites ha de tener la actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

A) La Ley Orgánica 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

Según esta norma, la actuación de los miembros de las FFCCS habrá de ser acorde a la Constitución española y al resto del ordenamiento, y deberá estar presidida por los principios de **necesidad, congruencia, oportunidad y proporcionalidad**.

B) Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950:

Esta norma realiza una regulación excesivamente amplia de las causas de justificación por lo que es preferente la aplicación de la regulación de la LOFCS.

4.1.2 Cumplimiento del deber y legítima defensa por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad

Las situaciones en las que actúan los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad contienen los requisitos de la legítima defensa propia o de terceros, por lo que también se le puede aplicar este eximente. El miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad que actúa en cumplimiento de un deber debe cumplir con los principios de necesidad, oportunidad, congruencia y proporcionalidad, a diferencia de quien actúa en legítima defensa, que está sometido al principio de la necesidad del medio empleado.

A) Aplicación de la causa de justificación de cumplimiento de un deber:

Se aplicará esta causa en los siguientes supuestos:

- a) Cuando los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad sufran una agresión y legítima estando de servicio o con motivo del mismo
- b) Cuando sea un tercero quien sufra una agresión y legítima, se hallen o no de servicio.

B) Aplicación de la causa de justificación de legítima defensa:

Solo podrá aplicarse esta causa de justificación cuando los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad sean objeto de una agresión ilegítima como particulares y por motivos personales.

4.2 La obediencia debida

Se trata de situaciones en las que la actuación del sujeto tiene su origen en un deber de obediencia a una instancia superior.

Para que sea posible aplicar la causa de justificación se deberán dar los requisitos señalados: los objetivos y los subjetivos.

Los supuestos de obediencia debida amparados por la causa de justificación del cumplimiento de un deber son excepcionales.

4.2.1 La obediencia debida en el ámbito familiar

Los hijos no emancipados tienen el deber de obedecer las órdenes de sus padres. Para que la orden sea obligatoria, es preciso que sea lícita.

4.2.2 La obediencia debida en el ámbito laboral

En el ámbito laboral, el deber de obediencia se encuentra regulado en el ET. Para que la orden de llevar a cabo un comportamiento típico en el ámbito laboral sea obligatoria será preciso que sea lícita.

4.2.3 La obediencia debida en el ámbito de la administración pública

Al igual que en los supuestos anteriores, todas las órdenes lícitas de llevar a cabo una conducta típica serán obligatorias. Pero la particularidad del sector público permite la existencia de órdenes ilícitas de obligado cumplimiento, de modo que su ejecución quedaría amparada por la causa de justificación del cumplimiento de un deber.

A) Órdenes lícitas de llevar a cabo una conducta típica:

Las órdenes lícitas de llevar a cabo una conducta típica son obligatorias y podrán ser amparadas por la causa de justificación del cumplimiento de un deber

B) Órdenes no manifiestamente ilícitas de llevar a cabo una conducta típica:

Si la orden ilícita es meramente anulable porque, pese a su licitud material, adolece de un defecto de forma o de competencia subsanable, el principio de presunción de licitud de los actos del Estado provoca que la orden sea obligatoria.

C) Órdenes manifiestamente ilícitas de llevar a cabo una conducta típica:

Las órdenes manifiestamente ilícitas de llevar a cabo una conducta típica no son obligatorias, por lo que en ningún caso se podrá alegar el cumplimiento de un deber como causa de justificación de su cumplimiento.

4.3 El derecho-deber de corrección

4.3.1 El derecho-deber de educación y formación de los progenitores sobre sus hijos no emancipados

En los supuestos en que se dé una situación de conflicto entre la realización de una conducta típica y el derecho-deber de educación y formación, será preciso comprobar si el interés educativo-formativo superior o igual al finalmente lesionado, si se ha cumplido con el deber de un modo acorde con su contenido y el sujeto tenía conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber.

La actuación habrá de ser necesaria y adecuada al objetivo educativo.

Los castigos corporales supondrán, en cualquier caso, un atentado a la integridad física del menor, cuando no un atentado a su integridad mental, por lo que quedan fuera del ámbito de aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber. En el caso de las privaciones de libertad y coacciones, es necesario constatar que el encierro del hijo es necesario y adecuado al fin educativo y no supone ninguna vulneración de su integridad psicológica para que la conducta quede amparada en la causa de justificación.

Las amenazas e injurias que puedan producirse en el marco del ejercicio del derecho-deber de corrección podrían estar amparadas por la causa de justificación siempre que, además de necesarias y adecuadas al fin educativo, no supongan lesión alguna de la integridad mental del hijo.

4.3.2 El derecho-deber de educación y formación de los tutores sobre sus pupilos

Los límites señalados a los padres para el ejercicio del derecho-deber de corrección de sus hijos serán de aplicación a los tutores con respecto a sus pupilos.

4.3.3 El ejercicio de la función docente por parte de maestros y profesores

Es una situación similar a la que hemos destacado para padres y tutores

4.3.4 El derecho-deber de corrección de los hijos ajenos no emancipados

En el caso de hijos ajenos, no existe un derecho ni deber de corrección de los mismos. Únicamente, cuando exista un consentimiento expreso o tácito de los padres o tutores de un concreto menor o incapaz, se podrá alegar la causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

4.4 El ejercicio legítimo de un derecho en el ámbito profesional

El ejercicio legítimo de algunas profesiones puede suponer la realización de conductas típicas. Los supuestos más comunes se refieren al ejercicio de las profesiones de periodista, abogado y médico.

4.4.1 El ejercicio legítimo de la profesión de periodista

Durante el ejercicio de la profesión de periodista se puede llevar a cabo conductas que pueden realizar los tipos de los delitos de injurias o calumnias. Se ponen en juego diversos intereses, ya que colisionan los bienes jurídicos lesionados con el derecho a la información y la libertad de expresión. Es preciso analizar la concurrencia de los distintos elementos subjetivos tanto de los delitos de injurias y calumnias como de la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión de periodista.

A) No concurre el *animus iniuriandi* o *calumniandi*:

La conducta potencialmente injuriosa o calumniosa en la que no concorra el *animus iniuriandi* o *calumniandi* no es típica.

B) Concurre el *animus iniuriandi* o *calumniandi*:

En este caso podrá entrar en juego la eximente del ejercicio legítimo de la profesión cuando:

- a) Concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación: se deberá analizar la ponderación de los intereses en juego para determinar si prima la libertad de expresión y el derecho a la información.
- b) Cuando no concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación, la conducta será típica y antijurídica.

4.4.2 El ejercicio legítimo de la profesión de abogado

En el ejercicio de la profesión de abogado se pueden producir conductas que realizan tipos de lo injusto. Los supuestos más comunes son los de los delitos de injurias y calumnias y los de descubrimiento y revelación de secretos.

A) Injurias y calumnias:

Los supuestos en los que la actividad profesional del letrado desembocan en la posible concurrencia de las injurias o de las calumnias, es fundamental estudiar si se dan los elementos subjetivos que han de estar presentes en este tipo de conflicto de intereses. También el conocimiento y voluntad de actuar en el ejercicio legítimo de la profesión de abogado como requisito de la causa de justificación. Se pueden dar los siguientes casos:

- a) No concurre el *animus iniuriandi* o *calumniandi*: la conducta potencialmente injuriosa o calumniosa en la que no concurre el *animus iniuriandi* o *calumniandi* no es típica.
- b) Concurre el *animus iniuriandi* o *calumniandi*: podrá entrar en juego la eximente del ejercicio legítimo de la profesión:
 - i. Concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación: si se da el resto de los requisitos, se podrá aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión de abogado
 - ii. No concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación: la conducta injuriosa o calumniosa no sea será típica y antijurídica.

B) Descubrimiento o revelación de secretos:

El abogado puede realizar el tipo de los delitos de descubrimiento de secretos. En estos supuestos se deberá comprobar la necesidad de llevar a cabo la conducta típica en el marco del concreto proceso en el que se produzca.

4.4.3 El ejercicio legítimo de la profesión médica

La posible aplicación de la eximente de ejercicio legítimo de la profesión dependerá de naturaleza de la práctica de que se trate y de las circunstancias que la acompañen.

A) Intervenciones médicas curativas consentidas:

Las intervenciones curativas que cuentan con el consentimiento del paciente serán objeto de distinto tratamiento, según sean exitosas uno:

- a) Resultado favorable: la conducta será atípica
- b) Resultado no favorable: presupuesto el ánimo de curar, habrá que comprobar si la actuación del facultativo fue conforme a la *lex artis* o no.
 - i. Si el resultado es desfavorable y se constata que se ha producido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido, no será posible acudir a la eximente de ejercicio legítimo de la profesión médica.

- ii. Si el resultado desfavorable se ha producido a pesar de haber actuado el facultativo de acuerdo con las normas que rigen la profesión médica, la conducta será atípica.

B) Intervenciones médicas no curativas consentidas:

Existen intervenciones médicas que no tienen carácter curativo. En estos casos se realiza el tipo de los delitos dolosos de lesiones y es preciso encontrar el tratamiento penal adecuado:

- a) Causa de justificación del consentimiento del ofendido: el consentimiento del ofendido exime de responsabilidad penal.
- b) Causas de justificación del ejercicio legítimo de la profesión: se aplicará en el resto de supuestos. Para ello, el facultativo deberá estar legalmente habilitado, la intervención habrá de estar indicada y se tendrá que realizar con arreglo a las normas de la *lex artis*.

C) Intervenciones médicas arbitrarias

Cuando el tratamiento médico se produzca sin el consentimiento del paciente también es posible que la conducta del médico esté justificada. El ejercicio legítimo de la profesión tendrá cabida si nos encontramos en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando exista riesgo para la salud pública
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización.

4.5 El derecho a la práctica del deporte

Durante la práctica deportiva se puede producir muertes o lesiones. Estos sucesos pueden ser fruto, no solo de la imprudencia, sino de una actuación dolosa. Vamos a analizar la posibilidad de aplicar a estos supuestos la causa de justificación del ejercicio del derecho o de un oficio. Solo analizaremos los estados en los que concurra dolo o imprudencia.

4.5.1 El derecho a la práctica del deporte y los tipos delictivos dolosos

En deportes violentos será posible la producción de lesiones o incluso muertes con dolo directo o eventual. Las conductas realizarán los respectivos tipos de lo injusto. Para la aplicación de la causa de justificación, la actuación lesiva habrá de ser acorde al reglamento y se deberá de dar el resto de requisitos.

Por lo que respecta a los delitos de homicidio, la conducta solo podrá estar amparada por la causa de justificación cuando concurra dolo eventual.

4.5.2 El derecho a la práctica del deporte y los tipos delictivos imprudentes

La inobservancia del cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte excluye la posibilidad de aplicar la eximente del ejercicio legítimo de un derecho oficio en los delitos imprudentes.

4.6 La realización arbitraria del propio derecho: vías de hecho

Por **vías de hecho** se entiende el ejercicio arbitrario de un derecho con empleo de violencia, amenaza, coacciones o cualquier otro medio ilegítimo. Se trata de una práctica no amparada por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho. De hecho, supone la comisión del delito de **realización arbitraria del propio derecho**.

II. El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y como causa de justificación

Cuando hablamos de consentimiento nos referimos al consentimiento del portador del bien jurídico lesionado o puesta en peligro, sujeto pasivo del delito. Ello limita su aplicación a aquellos delitos en los que el portador es una persona física o jurídica.

1. El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad

Cuando el consentimiento concurre como causa de exclusión del tipo de lo injusto, la conducta es atípica.

1.1 Fundamento del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad

El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad tiene su fundamento en la libertad de disposición del bien jurídico por parte de su portador.

1.1.1 Figuras delictivas cuyo bien jurídico protegido es la libertad individual

Los delitos en los que el consentimiento del sujeto pasivo hace la conducta atípica es el de aquellos que protegen algún ámbito de la libertad individual.

1.1.2 Figuras delictivas que, junto a un bien jurídico, protegen la libertad de disponer del mismo

En este caso no se protege la libertad directamente, sino determinados bienes jurídicos, cuya lesión o puesta en peligro supone la falta de consentimiento de su portador.

1.2 Requisitos del consentimiento como causa de exclusión del tipo

El consentimiento como causa de exclusión del tipo plantea las siguientes características:

- a) Ha de ser consciente y libre
- b) Es irrelevante el error sobre los motivos por los que se otorga el consentimiento, no así el error sobre el propio bien jurídico
- c) Es irrelevante la forma en que se preste
- d) En cuanto al momento de la prestación, deberá ser anterior o simultáneo. El consentimiento es, en cualquier caso, revocable
- e) Para que se dé la capacidad de consentimiento es preciso que el sujeto cuente con capacidad natural de juicio
- f) No influyen en la validez del consentimiento otorgado la clase de los motivos que se encuentran tras el mismo
- g) El que el sujeto activo desconozca la existencia del consentimiento no lo invalida.

2. El consentimiento como causa de justificación

Es posible su aplicación como tal en figuras delictivas en las que se protegen bienes jurídicos individuales disponibles, sin que se proteja al mismo tiempo su libertad de disposición.

2.1 Fundamento del consentimiento como causa de justificación

El fundamento del consentimiento como causa de justificación se encuentra en la prelación de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos implicados en estas situaciones.

2.2 Requisitos del consentimiento como causa de justificación

Las características del consentimiento como causa de justificación coinciden con las señaladas para el consentimiento como causa de exclusión del tipo. Solo cuando el sujeto

activo conozca la existencia del consentimiento y actúe con dicha motivación, la conducta típica estará legitimada.

2.3 Aplicación práctica del consentimiento como causa de justificación

2.3.1 El consentimiento como atenuante y como causa de justificación en los delitos de lesiones corporales

A) La atenuante del consentimiento en los delitos de lesiones corporales:

Según el artículo 155 CP, el consentimiento queda excluido con carácter general como causa de justificación en los delitos de lesiones corporales. Para que pueda aplicarse la atenuación, se exige que el consentimiento sea expreso y espontáneo y se excluye el de menores o personas discapacitadas.

El fundamento de esta atenuante se encuentra en la menor gravedad de lo injusto de estos casos y por el menor desvalor de la acción de lesionar cuando concurre el consentimiento del sujeto pasivo.

B) La causa de justificación del consentimiento en los delitos de lesiones corporales:

En estos supuestos, el consentimiento ha de ser, en todo caso, expreso, no ha de mediar precio, recompensa o promesa, y el sujeto ha de ser mayor de edad no incapacitado.

2.3.2 El consentimiento en los delitos imprudentes

En los delitos imprudentes el consentimiento se limita a la realización de la conducta típica.

2.3.3 El consentimiento presunto

El consentimiento presunto se da en aquellos casos en que el portador del bien jurídico no conoce la situación en que su consentimiento se entiende otorgado, pero lo hubiese dado de haberla conocido. En estos casos, el sujeto activo actúa presumiendo que el sujeto pasivo está de acuerdo con su conducta.

Si el sujeto que actúa presumiendo consentimiento del portador del bien jurídico está equivocado, que habrá apreciar un error de prohibición.

LECCIÓN 19: EL DELITO COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA (III): LA GRADUACIÓN DE LO INJUSTO

I. Lo injusto como magnitud graduable

Una de las principales conclusiones del análisis de la tipicidad y sus distintas formas es que lo injusto de los delitos está formado por el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado.

El análisis de los distintos elementos del delito nos permite establecer cuál es la gravedad de los desvalores de la conducta y del resultado de un concreto delito, constituyéndose así en la base sobre la que determinar la naturaleza y magnitud de la respuesta penal a la conducta.

Lo injusto es una magnitud graduable: podrá ser más o menos grave según las circunstancias concurrentes.

La antijuridicidad no se agota con la comprobación de la ausencia de las causas de justificación. El análisis debe seguir con la determinación de la concreta gravedad del hecho antijurídico, es decir, de lo injusto, para lo cual será preciso analizar la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes que lo afecten.

II. Concepto y clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes

1. Concepto de circunstancias agravantes y atenuantes

La ley recoge una serie de circunstancias que utiliza para modular la magnitud de las penas a aplicar, también conocidas como **circunstancias modificativas de la responsabilidad penal**. Por ello, se puede definir las circunstancias agravantes y atenuantes como todo hecho, condición o relación que la ley regula para modular sin excluir la magnitud de lo injusto, la culpabilidad o la punibilidad de un hecho delictivo.

2. Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes

Son varios los criterios que se pueden emplear para clasificar las circunstancias que sirven para modular la magnitud de lo injusto, la culpabilidad o la punibilidad.

2.1 Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes por su ámbito de aplicación

Atendiendo a donde se encuentran reguladas:

- Reguladas en la Parte General del Código: son aplicables a todos los delitos compatibles con sus características. Son las **circunstancias genéricas**
- Reguladas en la Parte Especial, en la descripción de figuras delictivas concretas o grupos delictivos. Son las **circunstancias específicas**

2.2 Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes por su fundamento y naturaleza

El fundamento y naturaleza de las circunstancias agravantes y atenuantes depende del elemento del delito al que afecta su aplicación. De ahí que se distinga entre circunstancias que suponen una mayor o menor gravedad de lo injusto, de la culpabilidad o de la punibilidad.

III. Circunstancias atenuantes que se basan en una menor gravedad de lo injusto

En esta categoría se encuadran las causas de justificación incompletas y las atenuantes por analogía a las mismas. Se trata, en todos los casos, de **circunstancias atenuantes genéricas**.

1. Causas de justificación incompletas del artículo 21, regla 1ª del Código Penal

Las causas de justificación incompleta aparecen reguladas en el artículo 21.1 CP. Las causas de justificación se consideran incompletas cuando falta alguno de sus componentes no esenciales. Ello supone una atenuación de la pena mayor a la del resto de las atenuantes genéricas.

El fundamento de esta especial atenuación se encuentra en la menor gravedad de lo injusto. En caso de que no concurra un componente esencial de las mismas, a lo sumo podremos aplicar una atenuante por analogía.

Si el sujeto cree por error que concurre alguno de los elementos ausentes, se producirá un concurso de leyes entre la atenuación propia de la eximente incompleta y el error de prohibición, que se solucionará aplicando lo más favorable.

1.1 La causa de justificación incompleta de la legítima defensa

La aplicación de la causa de justificación incompleta de la legítima defensa supone que se dan sus elementos esenciales, es decir, la agresión legítima, la necesidad de la defensa y el ánimo o voluntad de defensa, y que falte alguno o algunos de los no esenciales, es decir, la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión y/o la falta de provocación suficiente.

1.2 La eximente incompleta del estado de necesidad

La aplicación del estado de necesidad como eximente incompleta exige que se dé una situación de necesidad que incluya el requisito de que el mal no sea evitable por un procedimiento menos perjudicial. Además, deberá concurrir el elemento subjetivo de la misma: que la actuación se haya llevado a cabo con el fin de evitar un mal propio o ajeno.

Por tanto, la aplicación de la atenuante podrá derivar de que el mal causado sea mayor que el que se trataba de evitar, de que la situación de necesidad haya sido provocada intencionadamente por el sujeto o de que el necesitado tenga obligación de sacrificarse por su oficio o cargo.

1.3 La causa de justificación incompleta de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho

La causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho tiene como elementos esenciales la efectiva existencia de una situación de conflicto, la efectiva existencia del deber o derecho en que se basa la actuación y el ánimo de actuar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

Se aplicará la eximente incompleta en aquellos supuestos en los que el interés salvaguardado resulte de menor entidad que el lesionado o el cumplimiento del deber o ejercicio legítimo del derecho no es ajustado al contenido de los mismos.

2. Atenuantes por analogía: las atenuantes por analogía que suponen una menor gravedad del injusto

El Código Penal permite la aplicación por analogía de las atenuantes.

2.1 Fundamento y límites de las atenuantes por analogía

Se trata de asociar las atenuantes recogidas en el artículo 21 CP a situaciones semejantes a las que contemplan pero que no están recogidas. El resultado de tal operación será la imposición de una pena menor a la inicialmente prevista. Nos encontramos ante un caso de analogía *in bonam partem*, que no supone infracción alguna del principio de legalidad, ni desde un punto de vista material, ni desde un punto de vista formal.

Para establecer los límites, en primer lugar hay que rechazar la posibilidad de aplicar la atenuación a cualquier supuesto que suponga una reducción de lo injusto, de la culpabilidad o de las necesidades de punibilidad.

2.2 Las atenuantes por analogía que suponen una menor gravedad de lo injusto

Las atenuantes por analogía tendrán su fundamento en una menor gravedad del injusto.

2.2.1 Atenuantes por analogía a las causas de justificación incompletas del artículo 21.1 del Código Penal

Se aplicarán este tipo de atenuantes en aquellas situaciones en las que falte alguno de los elementos esenciales de las causas de justificación. Para ello será preciso que permanezca inalterada la razón en que se basa la atenuación.

2.2.2 Atenuantes por analogía a las causas de justificación incompletas no recogidas en el artículo 21.1 del Código Penal: la causa de justificación incompleta del consentimiento

Esto lo sitúa directamente en la esfera de la causa de justificación incompleta del consentimiento.

Dentro de la eximente incompleta por analogía de consentimiento, tenemos que considerar como elementos esenciales la validez del consentimiento y el conocimiento y ánimo de actuar bajo su amparo. Los posibles excesos supondrán la falta del elemento no esencial de la causa de justificación.

Con respecto a la validez del consentimiento, será preciso distinguir los supuestos que no tienen regulación expresa para los delitos de lesiones corporales.

IV. Circunstancias agravantes que se basan en una mayor gravedad de lo injusto

1. La alevosía

La primera de las circunstancias agravantes que recoge el artículo 22 CP es la de alevosía.

1.1 Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de alevosía

La regulación de la agravante de alevosía exige el empleo de determinados medios, modos o formas de ejecución que tienden directa o especialmente a asegurarla, dificultando la defensa de la víctima. Ello supone un aumento de la probabilidad de producción del resultado.

1.2 Requisitos de la circunstancia agravante de la alevosía

1.2.1 El requisito objetivo de la circunstancia agravante de alevosía

Desde un punto de vista objetivo, será preciso que el sujeto haya empleado medios, modos o formas de ejecución que tienden a asegurar la ejecución del delito sin el riesgo que pudiese suponer para él la defensa que hiciese la víctima. Los medios empleados han de ser idóneos para ambos fines.

1.2.2 El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de alevosía

Es preciso que concurra el elemento subjetivo: que con el empleo de dichos medios, el sujeto activo haya pretendido asegurar la ejecución y evitar riesgos para su persona que pudiesen provenir de la defensa de la víctima.

1.3 Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de alevosía

La agravante de alevosía será aplicable no solo a los delitos que afecten directamente a la vida o la integridad física, sino a otros que afecten a bienes jurídicos personales.

Solo será de aplicación a delitos dolosos.

2. El disfraz

2.1 Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de disfraz

El fundamento de esta circunstancia agravante se encuentra en el mayor desvalor de la conducta. Se trata de supuestos en los que, utilizando un disfraz, el delincuente asegura la ejecución exitosa del delito. En definitiva, la conducta resulta más peligrosa desde una perspectiva *ex ante*.

2.2 Requisitos de la circunstancia agravante de disfraz

La circunstancia agravante de disfraz supone la concurrencia de los siguientes elementos.

2.2.1 El requisito objetivo de la circunstancia agravante de disfraz

El delincuente ha de enmascarar su aspecto. Es preciso que se utilice cualquier medio que oculte total o parcialmente la apariencia del sujeto.

2.2.2 El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de disfraz

El sujeto ha de utilizar el disfraz con el objetivo de asegurar la comisión del delito, debilitando la defensa del ofendido o facilitando la impunidad del delincuente.

2.3 Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de disfraz

Únicamente se podrá aplicar en delitos dolosos.

3. El abuso de superioridad

3.1 Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

Prevalerse de la notoria desproporción de fuerzas, característica del abuso de superioridad determina una mayor peligrosidad de la conducta. Es por ello que esta agravante tiene su fundamento en un mayor desvalor de la conducta

3.2 Requisitos de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

3.2.1 El requisito objetivo de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

Se debe dar una notoria desproporción de fuerzas entre el agresor y la víctima.

3.2.2 El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

El sujeto debe ser consciente de su superioridad y prevalerse voluntariamente de la misma.

3.3 Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

Esta circunstancia agravante es de aplicación exclusiva en delitos dolosos.

4. Aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente

Se unifican aquí una serie de circunstancias agravantes que tienen unos mismos objetivos: debilitar la defensa del ofendido o facilitar la impunidad del delincuente.

4.1 Aprovechamiento de la circunstancia de lugar

4.1.1 Fundamento y naturaleza de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar

Es una circunstancia agravante que supone un mayor desvalor de la conducta. Ésta resulta más peligrosa al llevarse a cabo en un lugar que facilita la realización del delito, bien porque debilita la defensa del ofendido, bien porque dificulta la persecución del delincuente.

4.1.2 Requisitos de aplicación de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar

A) El requisito objetivo de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar:

Debe tratarse de cualquier lugar que suponga un debilitamiento de la defensa del ofendido o que facilite la impunidad del delincuente. La utilización del término aprovechamiento indica que el lugar de comisión del delito ha de haber supuesto un efectivo debilitamiento de la defensa o facilitación de la impunidad.

B) El requisito subjetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar:

Es preciso que el sujeto busque a propósito o aproveche consciente y voluntariamente el lugar de la comisión para facilitar la comisión del delito.

4.1.3 Ámbito de aplicación de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar

Esta circunstancia es de aplicación exclusiva en los delitos dolosos.

4.2 Aprovechamiento de las circunstancias de tiempo

El sujeto habrá de actuar aprovechando que dichas circunstancias contribuyen a debilitar la defensa del ofendido o facilitar su impunidad.

4.2.1 Fundamento de naturaleza de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de tiempo

El fundamento de la aplicación de esta agravante se encuentra en el mayor desvalor de la acción que supone actuar en determinadas circunstancias de tiempo, que hacen más peligrosa la conducta.

4.2.2 Requisitos de aplicación de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de tiempo

A) El requisito objetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo:

El momento de la ejecución del delito determina una mayor facilidad para su realización por debilitar la defensa del ofendido o por facilitar la impunidad del autor. El tiempo de comisión del delito ha de haber supuesto un efectivo debilitamiento de la defensa del ofendido o de la facilitación de la impunidad del sujeto activo.

B) El requisito subjetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo

Es preciso que el delincuente haya buscado, o al menos, aprovechado las mismas circunstancias con ese objetivo.

4.2.3 Ámbito de aplicación de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo

El ámbito de aplicación de esta agravante se circunscribe a los delitos dolosos.

4.3 Aprovechamiento del auxilio de terceros

4.3.1 Fundamento y naturaleza de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros

La circunstancia de auxilio de otras personas supone una mayor gravedad de lo injusto por ser mayor el desvalor de la conducta debido a la mayor peligrosidad de la misma. El comportamiento de quien aprovecha el auxilio de otros para facilitar la ejecución del delito tiene más probabilidades de éxito.

4.3.2 Requisitos de aplicación de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros

Los requisitos de la agravante de aprovechamiento del auxilio de otras personas son:

A) El requisito objetivo:

El sujeto se debe ayudar de terceros para ejecutar el delito. Dicho auxilio ha de debilitar la defensa que pueda provenir por parte del ofendido o facilitar la impunidad del autor. Será suficiente que concurra una única persona en ayuda del autor. El auxilio de terceros ha de haber supuesto un efectivo debilitamiento de la defensa o facilitación de la impuni

B) El requisito subjetivo:

Es preciso que exista conciencia y voluntad de recibir el auxilio

4.3.3 Ámbito de aplicación de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros

El ámbito de aplicación de esta agravante queda limitado a los delitos dolosos.

5. El ensañamiento

El ensañamiento aparece como una circunstancia agravante genérica, pero también aparece como circunstancia agravante específica de los delitos de asesinato y lesiones.

5.1 Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de ensañamiento

Un sector doctrinal estima que supone una mayor gravedad de lo injusto, otros autores se decantan porque afecta a la culpabilidad y otro sector considera que el ensañamiento afecta a la gravedad de ambos elementos del delito.

La redacción del artículo 22.5ª CP hace referencia a dos requisitos:

- a) El aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima
- b) La causación de padecimientos en necesarios.

El exceso de dolor de la víctima determina un aumento del desvalor de la conducta: los medios, modos o formas de realización contienen un plus frente al desarrollo normal del delito, lo que implica a su vez mayor desvalor del resultado.

Por tanto, estamos ante un agravante basada en una mayor gravedad tanto de lo injusto como de la culpabilidad.

5.2 Requisitos de la circunstancia agravante de ensañamiento

Han de concurrir una serie de características objetivas y subjetivas.

5.2.1 El requisito objetivo de la circunstancia agravante de ensañamiento

La conducta ha de producir un aumento innecesario del sufrimiento de la víctima. La provocación de este daño innecesario ha de ser efectiva.

5.2.2 El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de ensañamiento

La concurrencia del ensañamiento implica que el sujeto actúe con conciencia y voluntad de aumentar el dolor de la víctima de un modo inhumano.

5.3 Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de ensañamiento

Solo se puede aplicar esta circunstancia agravante a los delitos dolosos.

6. El abuso de confianza

6.1 Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de abuso de confianza

La agravante de abuso de confianza exige que el sujeto aproveche las relaciones de lealtad existentes con la víctima para allanar el camino de la ejecución del delito. Ello implica un mayor desvalor de la conducta.

6.2 Requisitos de la circunstancia agravante de abuso de confianza

6.2.1 El requisito objetivo de la circunstancia agravante de abuso de confianza

Es preciso que se dé una relación de confianza entre el autor y la víctima. Se discute sobre el nivel de confianza que se ha de exigir, por lo que será preciso analizar cada caso teniendo en cuenta no solo las circunstancias objetivas sino el tipo de individuos implicados en los sucesos.

El abuso de confianza ha de ser efectivo.

6.2.2 El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de abuso de confianza

El autor debe aprovecharse conscientemente de la relación que le une con la víctima para facilitar la realización del delito.

6.3 Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de abuso de confianza

Solo se aplicará este agravante a los delitos dolosos. En el ámbito de los delitos económicos es frecuente encontrar figuras delictivas que incorporan el abuso de confianza en su descripción típica, por lo que se excluya la aplicación del agravante.

7. Aprovechamiento del carácter público del culpable

7.1 Fundamentos naturaleza de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable

Esta circunstancia supone un mayor desvalor de la conducta, pues el aprovechamiento del carácter público del sujeto ha de servir para facilitar la comisión del delito. Además, en aquellos casos en que el delito se cometa en el desempeño de sus funciones públicas, el mayor desvalor vendrá también determinado por la infracción de los deberes propios de la especial posición del autor.

7.2 Requisitos de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable

7.2.1 Requisito objetivo de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable

El sujeto ha de participar en funciones públicas. Esta posición ha de suponer una ventaja efectiva a la hora de cometer el delito, facilitando su comisión o disminuyendo el riesgo que pueda entrañar la misma para el autor.

7.2.2 Requisito subjetivo de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable

El sujeto se ha de aprovechar consciente y voluntariamente de su participación en las funciones públicas con el objeto de facilitar la comisión del delito.

7.3 Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable

Esta agravante no será de aplicación en los delitos especiales que requieren la cualidad de funcionario público, ya que la agravación se encuentra implícita en la valoración de los mismos. Se aplicará por tanto en delitos comunes en los que se actúe aprovechando el carácter público del delincuente. Solo se aplicará a los delitos dolosos.

8. La circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

El artículo 23 CP recoge una circunstancia que puede actuar tanto con efecto agravante como atenuante. Es la circunstancia de parentesco o análoga relación de afectividad.

8.1 Fundamento y naturaleza de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

Para analizar el fundamento y la naturaleza, es preciso distinguir los supuestos en que se aplica con efecto agravante de aquellos en que concurre como atenuante.

8.1.1 Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de parentesco o análoga relación de afectividad

Cuando concorra como agravante, esta circunstancia se basa en un mayor desvalor de la conducta derivada de la infracción de los deberes que surgen en el ámbito de este tipo de relaciones.

8.1.2 Fundamento y naturaleza de la circunstancia atenuante de parentesco o análoga relación de afectividad

En el caso de que se aplique como atenuante, esta circunstancia se basará en una menor culpabilidad del autor.

8.2 Requisitos de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

8.2.1 El requisito objetivo de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

Entre el autor y la víctima ha de existir o haber existido una relación de matrimonio o análoga relación de afectividad o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del defensor o del cónyuge o conviviente.

8.2.2 El requisito subjetivo de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

El sujeto al que se aplica a tener conocimiento de la existencia de la relación de parentesco o análoga.

8.3 Ámbito de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

Por lo general, se estima que tiene carácter agravante en delitos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual, mientras que tiene carácter atenuante en los delitos contra el patrimonio.

Esta circunstancia no se deberá aplicar en los casos en los que se encuentra implícita en un determinado delito.