

# LECCIÓN 20: LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

## **I. El delito como conducta**

Una conducta antijurídica no es suficiente para legitimar la imposición de una pena. El recurso a la pena requiere de la culpabilidad. Solo cuando una conducta antijurídica es, además, culpable, puede plantearse la posibilidad de acudir a la pena. Por tanto consideramos a la culpabilidad fundamento y límite de la pena.

La culpabilidad supone que podemos reprocharle al autor la conducta antijurídica que ha realizado teniendo en cuenta las circunstancias concretas en las que actuó.

También es el elemento del delito en el que se utiliza una visión individualizante, es la categoría en la que se tiene en cuenta al sujeto concreto.

La reprochabilidad de la conducta concreta supone que podemos censurar esa misma conducta de forma individual, atendidas también las características del sujeto que realiza la conducta y las circunstancias en las que la realiza.

En la culpabilidad como elemento del delito tendremos en cuenta nuevos elementos fácticos, que nos sirven para determinar si el sujeto era o no imputable, los que afectan a la conciencia o cognoscibilidad de la antijuridicidad y las circunstancias que nos sirven para determinar la exigibilidad o inexigibilidad de la conducta, pero también tendremos en cuenta una perspectiva valorativa nueva, que nos ayude a comprender valorativamente el hecho.

## **II. La evolución de la culpabilidad como categoría del delito**

La culpabilidad como categoría del delito nace en la segunda mitad del siglo XIX, en el momento en que se consolida el llamado “*concepto clásico de delito*”, que suele caracterizarse por su concepción causal del comportamiento y por la concepción psicológica de la culpabilidad. Si lo ilícito, lo antijurídico, era la causación de la lesión de un bien jurídico, la culpabilidad era la relación psicológica que existía entre el autor y el resultado o el hecho delictivo.

Esta relación psicológica entre autor y hecho podía adoptar dos formas: dolo o imprudencia. Éstas eran las formas o clases de la culpabilidad.

### **1. De las concepciones psicológicas a las concepciones normativas de la culpabilidad**

Las concepciones psicológicas planteaban una serie de problemas para cuya solución aparecieron los planteamientos normativos.

La culpabilidad, como género, no podía comprenderse como relación psíquica, no había un concepto unitario de culpabilidad.

La doctrina buscó un elemento unitario, común a dolo e imprudencia, y lo encontró en la contrariedad a deber, esto es, en la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. La contrariedad a deber es un elemento que tiene carácter normativo, de forma que dolo e imprudencia dejarán de ser ya meras relaciones psicológicas entre autor y resultado y pasarán a ser las formas que adoptará la conducta contraria a deber.

Sin embargo, será la crítica a la relación entre el concepto de culpabilidad y los conceptos de dolo e imprudencia, la que llevará a la formulación por FRANK de la famosa frase “*culpabilidad es reprochabilidad*”, en la que suele sintetizarse el paso de la concepción psicológica a la normativa.

El concepto de culpabilidad, en este planteamiento, está compuesto por tres elementos:

- La imputabilidad
- El dolo o la imprudencia
- La normal configuración de las circunstancias en que tuvo lugar la acción delictiva (**circunstancias acompañantes**).

## **2. El desarrollo de las concepciones normativas de la culpabilidad**

En un primer momento, los planteamientos normativos se centran en destacar la importancia de la conciencia de la antijuridicidad o la posibilidad de la misma, es decir, lo que le permite reprocharle la conducta a su autor es que conocía o podía conocer la antijuridicidad de su conducta en el momento de actuar y, por tanto, podría omitirla. Sin embargo, este planteamiento resultará insuficiente para muchos autores.

Se pasa así a una concepción para que el aspecto decisivo del reproche es la exigibilidad de obediencia a la norma, es decir, el que se le pueda exigir al sujeto concreto que actúe conforme a Derecho en las circunstancias en que se encontraba. Lo relevante será la valoración que se pueda hacer de la conducta antijurídica teniendo en cuenta las circunstancias en las que se realizó la misma.

La no exigibilidad solo excluirá la culpabilidad en los supuestos expresamente regulados en el caso de los delitos dolosos de acción; en el caso de los delitos imprudentes y de los delitos de omisión no se ven obstáculos a su aplicación.

En los años 50 y 60, destacados representantes del finalismo defendieron la ruptura entre la inexigibilidad y el principio de culpabilidad. Éste principio únicamente exige tener en cuenta la inimputabilidad y el error sobre la antijuridicidad de la conducta, pero no las demás causas tradicionalmente incluidas en la culpabilidad.

## **3. La crisis de las concepciones normativas**

En la segunda mitad de los años 60 y principios de los 70 se alzaron críticas contra la comprensión de la culpabilidad de las concepciones normativas. La idea de estas críticas es el rechazo al poder obrar de otro modo, al libre albedrío, a la capacidad de decidir libremente, considerado mayoritariamente el fundamento de la culpabilidad como reprochabilidad. Dado que no se puede demostrar que un sujeto podía haber actuado de otra forma, resulta irracional fundamentar la culpabilidad en ese postulado.

Por eso, en las concepciones de estos autores críticos, la última categoría del delito pasará a llamarse responsabilidad, imputación personal, etc.

Según estos enfoques, la culpabilidad pasa de fundamento a límite de la pena.

Pese a todo, hoy en día sigue señalándose que el Derecho penal tiene que ser un Derecho penal de la culpabilidad. Se sigue otorgando un rango importantísimo al principio de culpabilidad.

### III. El principio de culpabilidad

Según la comprensión mayoritaria del principio de culpabilidad, su formulación sería: **“no hay pena sin culpabilidad. La medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad”**.

La culpabilidad a la que hace referencia el principio de culpabilidad es la del concepto analítico del delito en su vertiente material, esto es, la culpabilidad como categoría del delito, la conducta reprochable.

La culpabilidad tiene en cuenta los anteriores elementos del delito, de modo que todas las exigencias de elementos anteriores derivan de la misma. Por otro lado, el concepto analítico de delito tiene también una vertiente material, que no se limita a establecer la concurrencia de unas cualidades, sino que analiza las mismas. La culpabilidad es una categoría graduable, de forma que la culpabilidad reproduce materialmente la gravedad del delito.

Nuestro Código penal no fórmula expresamente el principio de culpabilidad. El art. 5 CP consagra el que se denomina **principio de imputación subjetiva**, que excluye la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por el resultado, pero deja fuera otras exigencias del principio de culpabilidad.

La Constitución no se refiere directamente al principio de culpabilidad, pero se puede deducir de su art. 10, que hace referencia a la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y la paz social.

### IV. Sobre el estado actual de la culpabilidad

La característica más destacable de la situación actual de la culpabilidad como categoría del delito es la amplitud y diversidad de planteamientos que podemos encontrar en la misma.

Junto a los planteamientos que entroncan con las tradicionales concepciones normativas, podríamos situar los enfoques preventivos.

Dentro de los enfoques preventivos existen diversas teorías:

- Para GIMBERNAT, se puede prescindir del principio de culpabilidad y, sin embargo, mantener todas sus consecuencias. Las exigencias de la prevención general y de la prevención especial podrían justificar las consecuencias que se han atribuido tradicionalmente al principio de culpabilidad.
- Según MIR PUIG, la culpabilidad se mantiene como un límite a las exigencias preventivas. El elemento básico de su planteamiento es la consideración de que la culpabilidad consiste en la capacidad de motivación normal por las normas jurídicas.
- Para MUÑOZ CONDE se debe abandonar las posiciones tradicionales con su planteamiento individual. Es imprescindible reconocer que la culpabilidad es un fenómeno social, de manera que serán las necesidades preventivo generales las que legitimarán los supuestos en que existe culpabilidad, cuyo elemento esencial será la capacidad de motivación por la norma.

### V. El concepto material de culpabilidad

Para el Manual, el reproche de culpabilidad se fundamenta en la capacidad de la persona de actuar de modo distinto a como lo hizo, de modo acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico.

Se deben resolver dos cuestiones:

- El problema general de si las personas pueden adoptar resoluciones de voluntad diferentes de las que adoptaron (el problema del **libre albedrío**)
- Admitido lo anterior, la siguiente cuestión es si el sujeto concreto, en la situación concreta, pudo obrar de modo distinto a como lo hizo y el problema de cómo demostrarlo.

El Manual acepta el libre albedrío como un elemento básico de nuestra autocomprensión como sujetos y de nuestra forma de interactuar en sociedad.

Para solucionar el problema de la demostrabilidad empírica en el caso concreto, algunos autores consideran que puede verificarse empíricamente la capacidad concreta del sujeto concreto de actuar de otra forma. La mayoría doctrinal, sin embargo, señala que solo se pueden demostrar aspectos parciales de dicha capacidad.

Se debe tener en cuenta que cuando un elemento sea empíricamente constatable en el caso concreto, no podrá sustituirse por un criterio generalizante o normativo.

En otros casos resultará inevitable tener en cuenta criterios normativos.

En definitiva, partiremos de la capacidad de actuar de otro modo, de la capacidad de actuar conforme a la norma, como elemento básico de la culpabilidad. Siempre que pueda demostrarse que un sujeto concreto no pudo actuar de otro modo en el caso concreto, quedará exento de culpabilidad y pena.

La capacidad de obrar conforme a la norma es un elemento fundamental de la misma, pero no la agota, pues la culpabilidad puede faltar cuando se da la capacidad de obrar conforme a la norma misma.

Los criterios que nos llevan a determinar materialmente la reprochabilidad son el concepto de Estado en el que tenga lugar una determinada regulación y la sociedad y sus pautas valorativas.

El Derecho penal regula la convivencia social, pero esa convivencia es la de sujetos concretos, entendidos como entes irrepetibles, definidos por sus relaciones. Para resumir este concepto se utilizará el término “individuo”.

En definitiva, para establecer y determinar la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica habrá que atender a la capacidad del sujeto para actuar de conformidad con la norma, pero también deberemos tener en cuenta las circunstancias concretas en las que se produce la conducta y la motivación que se manifiesta en el concreto comportamiento, pues solo estos elementos nos permiten comprender valorativamente la conducta de modo exhaustivo.

## **VI. Estructura y elementos de la culpabilidad**

### **1. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**

FRANK defiende que el concepto de culpabilidad está compuesto por tres elementos:

- La imputabilidad
- El dolo y la imprudencia
- La normalidad de las circunstancias acompañantes

Sin embargo, resultaba bastante frecuente encontrar un esquema expositivo que distinguía entre la imputabilidad y los elementos de la reprochabilidad, el elemento intelectual y el elemento volitivo.

La imputabilidad era concebida como una capacidad general. Frente a ello, la conciencia de la antijuridicidad y la ausencia de un estado de necesidad eran cuestiones del caso concreto.

La relevancia de esa distinción entre lo general y lo concreto radicará en la relación valorativa entre la imputabilidad y las otras causas de exclusión de la culpabilidad.

La imputabilidad es el ámbito donde se decide la constitución del sujeto cuyos actos pueden ser susceptibles de reproche, es decir, el ámbito donde se decide si estamos ante un igual, ante una persona como nosotros o ante alguien distinto. El reverso sería la consideración del inimputable como alguien que no es persona, que no es comparable con la persona normal.

Con la ruptura de este esquema, la imputabilidad dejará de ser considerada una capacidad general para concebirse como la capacidad de comprender lo ilícito de la concreta conducta, de la conducta que el sujeto realiza y, además, la capacidad de actuar conforme a ese conocimiento, también en el caso concreto

Hoy día parece preferible considerar a la imputabilidad un elemento más de la reprochabilidad.

## **2. Los elementos de la culpabilidad**

Cada elemento del delito presupone al anterior y es parte del siguiente. De esta manera, la conducta antijurídica es un elemento de la culpabilidad. En función de los demás elementos de la culpabilidad determinaremos la reprochabilidad de la concreta conducta antijurídica. Es por esto que la mayor o menor gravedad de lo ilícito da lugar a una mayor o menor gravedad de la culpabilidad.

Los elementos cuya concurrencia se determina la reprochabilidad individual de la conducta antijurídica son:

- **La imputabilidad o capacidad de culpabilidad:** para poder reprocharle su conducta a una persona, necesitamos que la misma tenga, en el momento del hecho, un determinado grado de madurez y unas determinadas características psicofísicas, de manera que podamos afirmar la posibilidad de comprender la ilicitud de su acción u omisión antijurídica y de actuar conforme a esa comprensión.
- En segundo lugar estará el **conocimiento o posible conocimiento de la ilicitud de la conducta:** estudiaremos aquí el error sobre la antijuridicidad de la conducta (**error de prohibición**), dado que deberemos analizar cuando podemos decir que una persona conoce lo ilícito de su conducta, cuando, pese no haberlo conocido, podía haberlo conocido, o en qué medida exime de pena el error de prohibición
- Como tercer elemento aparecen los **supuestos de no exigibilidad de obediencia a la norma:** aquí se hace referencia a que el sujeto no se encuentre en una situación de presión anímica tal que disminuya considerablemente su capacidad de actuar conforme a la norma.

# LECCIÓN 21: EL DELITO COMO CONDUCTA REPROCHABLE (I): LA IMPUTABILIDAD, SU EXCLUSIÓN Y SU GRADUACIÓN

## **I. La imputabilidad**

Se define la imputabilidad como la capacidad de comprender lo ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión y, por tanto, como **capacidad de culpabilidad**.

Los Códigos penales no contienen una definición de imputabilidad, sino que se limitan a regular los presupuestos en que se considera excluida la misma. Por esta razón se dice que el ordenamiento jurídico presupone la imputabilidad, dado que sólo la excluye en determinadas circunstancias.

El Código penal español no define la imputabilidad o la inimputabilidad en ningún precepto, limitándose a regular una serie de causas que doctrina y jurisprudencia consideran que son causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad, causas de inimputabilidad. Es el caso de los eximentes de **anomalía o alteración psíquica** (art. 20.1º CP), de **intoxicación plena y síndrome de abstinencia** (art. 20.2º CP) y de **grave alteración de la conciencia de la realidad por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia** (art. 20.3º CP).

En los tres casos se queda exento porque no se puede comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme esa comprensión, por lo que no se quedará exento cuando uno pueda comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a dicha comprensión.

La posibilidad de comprender la ilicitud del hecho se refiere al conocimiento de la ilicitud de su comportamiento, es decir, es el reconocimiento de la contrariedad del mismo con el ordenamiento jurídico. La conciencia de lo injusto material será suficiente.

## **II. Causas de inimputabilidad**

### **1. Fórmulas reguladoras de la inimputabilidad**

- a) **Fórmulas biológicas o psiquiátricas:** en ellas se hace referencia únicamente a la enfermedad o trastorno, sin exigir nada más.
- b) **Fórmulas psicológicas:** hacen referencia a la privación de la capacidad de comprensión o de actuación del sujeto, sin exigir ningún tipo de origen o causa determinada. Se centran en los efectos, sin referirse a las causas que los provocan.
- c) **Fórmulas psiquiátrico-psicológicas, biopsicológicas o mixtas:** esta clase de fórmulas mencionan unas determinadas anomalías, enfermedades o trastornos que deben producir unos determinados efectos en la capacidad de comprensión o de actuación del sujeto. Requieren tanto unas determinadas causas como unos determinados efectos.

Estas fórmulas son las más frecuentes en el Derecho comparado.

A las **fórmulas biológicas** se les critica que no basta con padecer un trastorno mental para ser inimputable, sino que el trastorno mental debe guardar relación con el delito que se comete y, además, impedir que el sujeto adopte una resolución de voluntad conforme con el ordenamiento jurídico.

A las **fórmulas psicológicas** se les critica la inseguridad jurídica que crearía la mera alusión a los efectos de pérdida de la capacidad de comprender o de actuar conforme a esa comprensión.

Una **fórmula mixta, psiquiátrico-psicológica**, al concretar los efectos y las causas, da mayor seguridad jurídica, siendo al mismo tiempo respetuosa con el principio de culpabilidad.

## **2. La regulación de la imputabilidad en los códigos penales españoles**

En el Código penal de 1848 quedaba exento de responsabilidad penal el loco o el demente.

El Código penal de 1870 pasó a referirse al imbécil y al loco, a no ser que éste haya obrado en intervalo de razón.

El Código penal de 1932 también utilizaba una fórmula psiquiátrica o biológica ya que quedaban exentos de responsabilidad criminal el enajenado y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio.

Sólo el Código penal de 1928 y que el actual optaban por una fórmula mixta, psiquiátrico-psicológica o biopsicológica.

Nuestra doctrina se muestra conforme con la utilización de una fórmula mixta en la regulación de la inimputabilidad.

## **3. Anomalía o alteración psíquica**

Esta causa de exención se encuentra regulada en el art. 20.1º CP.

El vigente Código penal elimina la diferencia entre la enajenación mental y el trastorno mental transitorio.

Sin embargo, la diferencia entre los trastornos permanentes duraderos y los transitorios siguen existiendo efectos de la regulación de las *acciones liberae in causa* (acciones libres en la causa).

### **3.1 Presupuestos psiquiátricos: anomalía o alteración psíquica**

En este concepto estarán comprendidas todas las enfermedades y trastornos que incluye la clasificación de la Organización Mundial de la Salud o de la Asociación Psiquiátrica Americana.

#### **3.1.1 Enfermedades y trastornos comprendidos en la anomalía o alteración psíquica**

##### **A) Trastornos psicóticos:**

Estos trastornos se caracterizan por la alteración de la percepción o de la interpretación de la realidad. Se pueden diferenciar:

- *Esquizofrenia*: el TS considera que hay que aplicar la eximente completa cuando el sujeto actúa bajo los efectos del brote psicótico
- *Trastorno de ideas delirantes persistentes (paranoia)*
- *Trastorno esquizoafectivo*

##### **B) Trastornos neuróticos:**

Se trata de trastornos que reflejan conflictos internos de la personalidad. Podemos diferenciar:

- *Trastorno de ansiedad fóbica*
- *Trastorno de pánico (crisis de ansiedad)*
- *Trastorno obsesivo-compulsivo*

##### **C) Trastornos del ánimo (trastornos del humor o afectivos):**

Son trastornos caracterizados por cambios en el humor o en la afectividad hacia la depresión o a la euforia. Por *depresión* entendemos un estado de ánimo triste, con humor bajo, disminución de la energía y de la actividad. La exaltación del ánimo con humor elevado, aumento de la energía y de la actividad se llama *hipomanía* o *manía*. Pueden presentar síntomas psicóticos.

**D) Trastornos de personalidad y el comportamiento:**

Caracterizados por alteraciones persistentes del comportamiento que afectan al estilo de vida y a las relaciones interpersonales. Se pueden diferenciar los siguientes:

- *Trastornos de personalidad*: en estos casos, el TS suele apreciar una eximente incompleta o una atenuante por analogía. Dentro de los trastornos de personalidad se suele diferenciar entre:
  - *Trastorno de social de la personalidad (psicopatía)*
  - *Trastorno borderline o límite de la personalidad*
- *Trastorno de los hábitos y del control de impulsos*: se diferencian los siguientes trastornos:
  - *Trastorno de impulsos*
  - *Juego patológico (ludopatía)*
  - *Conducta incendiaria patológica (piromanía)*
  - *Cleptomanía*

**E) Demencia:**

Se producen alteraciones en las funciones intelectuales basales, desintegrándose las conductas sociales y afectando finalmente a toda la vida del sujeto. Son ejemplos la *enfermedad de Alzheimer* o la *demencia vascular*.

**F) Epilepsia:**

Se caracteriza por accesos convulsivos del sujeto con pérdida de conciencia o por manifestaciones parciales de estos accesos. A efectos jurídicos debemos tener en cuenta que el TS la aprecia como eximente completa si el delito se comete durante el ataque epiléptico o inmediatamente antes o después del mismo.

**G) Retrasos mentales (oligofrenia):**

Supuestos en que la capacidad intelectual del sujeto es inferior al promedio, con limitaciones de su actividad adaptativa social.

**H) Trastornos mentales transitorios:**

Según la definición que suele utilizar el TS, se trata de perturbaciones mentales pasajeras, de aparición brusca, debidas normalmente a causas inmediatas y exógenas.

Se suele diferenciar entre cuatro subcategorías:

- *Trastornos transitorios de carácter patológico*:
  - Psicosis puerperal
  - Trastorno psicótico agudo
- *Trastornos secundarios a otras enfermedades médicas*: se trata de trastornos que pueden producirse como consecuencia de otra enfermedad.
- *Estados emotivos o pasionales*: nos encontramos aquí ante los ataques de ira, de celos, las reacciones de odio, etc.
- Supuestos que no excluyen la acción

3.2 Presupuesto psicológico

Para la apreciación de la eximente completa debe darse una privación de la capacidad de comprender lo ilícito del comportamiento o de la capacidad de actuar conforme a dicha comprensión. Se exige una anulación de las facultades del sujeto.



La privación de la capacidad debe darse en el momento del hecho, salvo en los supuestos de las acciones libres en la causa.

### 3.3 Consecuencias de su apreciación: la posibilidad de aplicar medidas de seguridad

La consecuencia más importante de la apreciación de la eximente completa de anomalía o alteración psíquica es la posibilidad de aplicar al sujeto, si se dan los demás requisitos, medidas de seguridad.

## **4. Estados de intoxicación plena**

Según dispone el art. 20.2º CP, determinados estados de intoxicación plena producen la exención de la responsabilidad criminal, siempre que impidan al sujeto comprender la ilicitud de su hecho o actuar conforme esa comprensión.

### 4.1 Presupuestos psiquiátricos

El precepto hace referencia a un estado de intoxicación plena, derivado del consumo de determinadas sustancias.

#### 4.1.1 Concepto de intoxicación

Se considera como tal, el estado consecutivo a la administración de una sustancia psicoactiva, que produce alteraciones del nivel de la conciencia, de la cognición, de la percepción, del estado afectivo, del comportamiento o de otras respuestas y funciones psicofisiológicas. Las alteraciones están directamente relacionadas con los efectos farmacológicos agudos de la sustancia.

#### 4.1.2 Concepto de plenitud

Hace referencia a lo que se conoce como intoxicaciones agudas, que son consecuencia de un consumo puntual de una sustancia.

#### 4.1.3 Sustancias

El artículo menciona el alcohol, las drogas tóxicas, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas.

El consumo de sustancias puede ser tanto legal como ilegal y debe entenderse en sentido amplio, incluyendo, por tanto, la administración por cualquier vía.

Actualmente resulta irrelevante el carácter voluntario, imprudente o fortuito del consumo.

### 4.2 Presupuesto psicológico

La intoxicación plena debe impedir al sujeto comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme esa comprensión. La jurisprudencia se refiere a una absoluta carencia o a una anulación completa de las facultades intelectivas y volitivas.

### 4.3 Intoxicación plena y anomalías o alteraciones psíquicas

Si concurren las dos situaciones, se plantea la cuestión de si aplicar la eximente del número 1º o la del 2º del art. 20 CP. Según el Manual, se debe aplicar la eximente que más se adecue al estado mental del sujeto, por lo que se optará normalmente por la anomalía o alteración psíquica, que permitiría adoptar medidas más adecuadas.

### 4.4 Consecuencias de su apreciación: la posibilidad de aplicar medidas de seguridad

La consecuencia más importante de la apreciación de la eximente completa de intoxicación plena es la posibilidad de aplicar al sujeto, si se dan los demás requisitos, medidas de seguridad.

## **5. Síndrome de abstinencia**

Se encuentra regulado en el art. 20.2º CP. Se requiere un síndrome de abstinencia por la dependencia de determinadas sustancias (presupuesto psiquiátrico) que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (presupuesto psicológico).

### **5.1 Presupuesto psiquiátrico: el síndrome de abstinencia**

Hace referencia al grupo de síntomas, variables en clasificación y gravedad, que se producen con el abandono completo o parcial de una sustancia psicoactiva tras un consumo persistente de la misma.

Las sustancias a que debe existir dependencia son las ya mencionadas, siempre que produzcan un síndrome de abstinencia.

### **5.2 Presupuesto psicológico**

En este caso se ve afectada generalmente la capacidad de actuar conforme a la comprensión de lo ilícito, dado que el sujeto puede tener conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento.

### **5.3 Posibilidades de apreciación**

El TS concede la posibilidad de apreciar la eximente completa, pese a que no la ha aplicado en ninguna ocasión.

### **5.4 Consecuencias de su apreciación: la posibilidad de aplicar medidas de seguridad**

La consecuencia más importante de la apreciación de la eximente completa de anomalía o alteración psíquica es la posibilidad de aplicar al sujeto, si se dan los demás requisitos, medidas de seguridad.

## **6. Alteraciones en la percepción**

Esta eximente está regulada el art. 20.3º CP. Está basada en una fórmula mixta.

### **6.1 Presupuesto biológico**

Es necesario que el sujeto sufra alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia.

### **6.2 Presupuesto psicológico**

Como consecuencia de las alteraciones, el sujeto debe sufrir una grave alteración de la conciencia de la realidad

### **6.3 Aplicación**

La mayoría de la doctrina considera superfluo esta eximente que, además, apenas ha tenido aplicación en los Tribunales.

### **6.4 Consecuencias de su apreciación: la posibilidad de aplicar medidas de seguridad**

La consecuencia más importante de la apreciación de la eximente completa de alteraciones en la percepción es la posibilidad de aplicar al sujeto, si se dan los demás requisitos, medidas de seguridad.

## **7. Menor de edad y minoría de 14 años**

El vigente CP no contiene una eximente de minoría de edad. Conforme al artículo 19 CP, los menores de 18 años no serán responsables conforme al Código penal. Esto no significa que no pueda serlo conforme a otra normativa, por lo que la decisión queda en manos de la ley que regula la responsabilidad penal del menor, la *Ley Orgánica 5/2000*.

En función de lo que disponen los artículos 1 y 3 de la misma, dicha ley se aplica a los mayores de 14 años, de modo que ésta es la edad que marca la posible imputabilidad en nuestro ordenamiento. El menor de 14 años se considera inimputable.

### **8. La *actio libera in causa* (acción libre en la causa)**

Según el art. 20.1º CP, el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiera sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

En la misma línea, el art. 20.2º CP admite la exención por la comisión de la infracción en un estado de intoxicación plena, siempre que no hubiese sido buscado con el propósito de cometerla.

El sujeto que comete el delito es inimputable en el momento de realización del mismo, pero se había provocado el estado de imputabilidad para llevar a cabo el delito o, al menos, como había previsto o había podido prever, cuando era imputable, que realizaría la acción u omisión típica y antijurídica que llevó a cabo.

Estamos ante una excepción al principio de coincidencia o simultaneidad pues, en principio, los elementos del delito deben darse en el mismo momento temporal.

Los supuestos de *actio libera in causa* que regula nuestro Código en los arts. 20.1º y 20.2º son:

- 1º **Provocación voluntaria del trastorno:** consideramos que nuestro Código sólo comprende en su regulación los supuestos en que el sujeto quería provocarse el trastorno. Si la provocación del trastorno se produce de forma imprudente no nos encontraremos ante un supuesto de *actio libera in causa*, por lo que podrá aplicarse la eximente.
- 2º **Propósito de cometer el delito:** la provocación voluntaria del defecto se hace para cometer el delito, teniendo en cuenta que la voluntad de cometer el delito debe entenderse aquí como sinónimo de cualquier clase de dolo, esto es, el sujeto se provoca el estado con el fin directo de cometer el delito.
- 3º Todos los casos de *actio libera in causa* dolosa suponen que no puede aplicarse la eximente, ni como completa como incompleta.
- 4º **Habiendo previsto o debido prever su comisión:** el sujeto provoca voluntariamente su inimputabilidad, pero prevé que puede cometer un delito en dicho estado o hubiese debido prever que podría cometerlo. Respecto al delito que cometerá posteriormente existe sólo imprudencia. En estos casos también se excluye la aplicación de la eximente

### **III. La imputabilidad disminuida o semiimputabilidad**

Nos encontramos ante un caso de semiimputabilidad o de una imputabilidad disminuida cuando un sujeto que hubiese podido comprender la antijuridicidad de su conducta o actuar conforme a esa comprensión, pero comprender lo ilícito del hecho o actuar conforme esa comprensión puede ser más o menos fácil o difícil.

La menor gravedad de la culpabilidad que existe en estos casos puede tenerse en cuenta de varias formas en nuestro Código penal:

- Aplicando una eximente incompleta
- Aplicando circunstancias atenuantes específicas: en este caso la del art. 21.2º CP

Nuestra doctrina señala, además, un tercer nivel de graduación: la aplicación de una atenuante analógica, conforme al artículo 21.7º CP.

## **1. Causas de inimputabilidad incompletas**

La aplicación de una causa de inimputabilidad como eximente incompleta se encuentra regulada en el art. 21.1º CP.

La semiimputabilidad o la imputabilidad disminuida afecta a la magnitud de la culpabilidad. Por tanto, la aplicación de una eximente incompleta requiere la concurrencia de los elementos esenciales, pudiendo faltar uno o varios de los inesenciales.

### **1.1 Eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica.**

Los elementos esenciales son la presencia de una anomalía o una alteración psíquica que afecte a la posibilidad del sujeto de comprender lo ilícito de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión. En los trastornos mentales transitorios se exige también que el mismo no haya sido provocado voluntariamente por el sujeto.

La jurisprudencia exige que haya una disminución considerable de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de actuar conforme a dicha comprensión.

### **1.2 Eximente incompleta de intoxicación**

Como elementos esenciales deben considerarse la presencia de una intoxicación por las sustancias ya vistas, que repercuta en el sujeto, afectando a la posibilidad de comprender el carácter ilícito del comportamiento o de actuar conforme a ese conocimiento.

Jurisprudencia y doctrina exigen una disminución considerable de cualquiera de las dos capacidades. En los casos en que la afección es menor se acude a una atenuante por analogía.

### **1.3 Eximente incompleta de síndrome de abstinencia**

Elementos esenciales será la presencia de un síndrome de abstinencia que repercuta en la posibilidad de sujeto de conocer lo ilícito o actuar de acuerdo con este conocimiento.

Doctrina y jurisprudencia exigen que haya una afección significativa, una considerable disminución de las capacidades del sujeto.

El TS nunca la ha apreciado como eximente completa.

### **1.4 Eximente incompleta de alteraciones en la percepción**

Como elementos esenciales debemos comprender las alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que hayan producido una alteración de la conciencia de la realidad. Dicha alteración no necesita ser grave, sino que debe dificultar de forma sustancial el conocimiento de la antijuridicidad o la actuación según ese conocimiento.

## **2. Grave adicción a sustancias psicoactivas**

Estamos ante una circunstancia que afecta a la valoración de la culpabilidad por medio de la imputabilidad. No basta con que el autor del delito sea adicto a sustancias psicoactivas, sino que su grave adicción debe ser, además, la causa del delito, de forma que debe existir una relación entre la adicción y la comisión del delito.

Por adicción se debe entender un conjunto de fenómenos comportamentales, cognitivos y fisiológicos que se desarrollan tras el consumo de una sustancia.

Se exige la presencia de tres o más síntomas durante un mes o su persistencia repetida y reiteradas veces en un periodo de 12 meses.

Las sustancias que producen la dependencia deben ser el alcohol, las drogas tóxicas, los estupefacientes, los psicotrópicos u otras de efectos análogos.

El Código exige que la adicción sea grave, por lo que habrá que exigir la presencia de un gran número de síntomas o una importante repercusión en la vida del sujeto.

Se trata de una atenuante con un contenido diferente a la eximente de desintoxicación o a la de síndrome de abstinencia.

Se podrá aplicar un atenuante por analogía en el caso que la adicción no sea grave.

### **3. Atenuantes por analogía que suponen una menor gravedad de la culpabilidad relacionadas con la imputabilidad del sujeto**

El artículo 21.7º CP permite la aplicación de atenuantes por analogía a las recogidas en los seis primeros números del artículo 21 CP.

Podremos acudir a las mismas en los siguientes supuestos:

#### **3.1 Atenuantes por analogía a las causas de inimputabilidad incompletas**

Existe la posibilidad de aplicar atenuantes que supongan una menor gravedad de la culpabilidad por analogía con las causas de inimputabilidad incompletas que recoge el artículo 21.1º CP.

La doctrina lo considera un tercer nivel de graduación de la imputabilidad. Esta circunstancia análoga se aplicaría en los supuestos en que se sufre una alteración o anomalía psíquica, una intoxicación o síndrome de abstinencia o unas alteraciones en la percepción que influyen, aunque de forma no significativa, en la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su conducta o de actuar conforme dicha comprensión.

#### **3.2 Atenuantes por analogía a la atenuante de grave adicción a sustancias psicoactivas**

Existirá la posibilidad de acudir a esta atenuante cuando nos encontremos ante supuestos de dependencia que no alcancen el nivel de gravedad exigido, sino que se mantenga en niveles moderados o leves.

# LECCIÓN 22: EL DELITO COMO CONDUCTA REPROCHABLE, II: LA EXCLUSIÓN DE LA REPROCHABILIDAD, 1

## **I. El elemento intelectual de reprochabilidad: el conocimiento o la cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento) de la antijuridicidad**

Para poder reprocharle a alguien su conducta antijurídica es necesario que el sujeto conociese o pudiese conocer, en el momento en que actuaba, la ilicitud de su conducta. Si una persona realiza una conducta sin saber ni poder saber que la misma era antijurídica, no podemos reprocharle esta conducta, no podemos decir que actúa de forma culpable.

### **1. Contenido del conocimiento de la antijuridicidad**

#### *1.1 Objeto de conocimiento*

El sujeto debe conocer la ilicitud de su comportamiento, es decir, la contrariedad del mismo con el ordenamiento jurídico. La conciencia de lo injusto material será, por tanto, suficiente. No consideramos necesaria la conciencia de la ilicitud penal, bastando con que el sujeto conozca el carácter jurídico de la norma que lesiona.

Un criterio fiable para determinar cuándo un sujeto tiene conciencia de la contrariedad a derecho de su conducta consiste en exigir que el autor conozca que su comportamiento puede dar lugar a la utilización de la fuerza coactiva del Estado.

Basta con la conciencia de lesionar una norma jurídica formalmente válida, pese a que el autor no la considere vinculante en conciencia. El autor por convicción no se encuentra en un error de prohibición.

#### *1.2 Forma y grado de conocimiento*

No tiene que darse el conocimiento concreto del precepto lesionado. Es más, ni siquiera es preciso un conocimiento jurídico exacto. Será suficiente con una “*valoración paralela en la esfera del profano*”.

El conocimiento tiene que ser actual. Puede tratarse de un conocimiento irreflexivo o acompañante, lo que significa que la conciencia actual de la antijuridicidad no implica que el conocimiento de la antijuridicidad sea el concreto contenido de conciencia del momento del hecho.

No es necesario un conocimiento seguro de la antijuridicidad de la conducta. Es suficiente con que el sujeto considere probable que su conducta sea antijurídica.

#### *1.3 La divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad*

Debemos tener en cuenta la denominada **divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad**, que significa que no basta con cualquier representación de la antijuridicidad de una conducta para afirmar que existe conciencia de lo ilícito. La conciencia de la antijuridicidad debe referirse a lo ilícito concreto de la conducta típica, de forma que la conciencia de la antijuridicidad de una conducta no puede deducirse de la conciencia de la antijuridicidad de otra conducta.

## **2. Cognoscibilidad de la antijuridicidad: el error de prohibición invencible**

El sujeto no conoce la antijuridicidad de su conducta, pero hubiese podido conocerla, se encuentra en un error de prohibición vencible. La cuestión fundamental es establecer cuando se puede conocer la antijuridicidad.

### 2.1 Las dudas sobre la antijuridicidad de la conducta

Se trata de los supuestos en que el sujeto considera posible que su comportamiento sea antijurídico, pero sin descartar que pueda ser lícito.

### 2.2 Los motivos o razones para dudar de la licitud de la conducta

Se refiere a los casos en que se infringen normas básicas de la ética social, aquellos en que se causa daño a terceros y a las actividades que se llevan a cabo en ámbitos que el sujeto sabe o puede saber fácilmente que están jurídicamente regulados.

### 2.3 Presupuestos de la vencibilidad del error de prohibición

La evitabilidad de un error de prohibición depende de que se den los tres presupuestos siguientes:

- El autor ha debido tener un motivo para reflexionar o para informarse sobre la antijuridicidad de su conducta. Bastaría las dudas sobre la ilicitud del comportamiento o la existencia de razones para dudar del carácter lícito de la conducta
- Existiendo motivo, el autor no debe haber realizado ningún esfuerzo para cerciorarse de la situación, o sus esfuerzos han debido ser tan insuficientes que sigue mereciendo castigo.
- Pese a existir motivo y haberse preocupado en una mínima medida por el conocimiento del derecho, el error sólo será evitable si la realización de esfuerzos suficientes, de los esfuerzos que el Derecho considera exigible realizar, le hubiese llevado al conocimiento de lo ilícito

## **II. El error sobre la antijuridicidad de la conducta y sus clases**

Estaremos ante un error sobre la antijuridicidad de la conducta siempre que el sujeto desconozca que su conducta es antijurídica. El error es tanto la falsa representación sobre la antijuridicidad de la conducta como la ignorancia de la antijuridicidad sin más.

Pese a que se hable frecuentemente de error de prohibición, la denominación correcta es **error sobre la antijuridicidad de la conducta**, pues el error puede darse no sólo los delitos de acción sino también en los delitos de omisión.

### **1. Clases de error de prohibición**

Definido el **error de prohibición** como la ausencia de conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir, como desconocimiento del carácter ilícito de su conducta, se puede realizar diversas clasificaciones de los supuestos en que puede aparecer:

#### 1.1 Error de prohibición directo e indirecto

**Error de prohibición directo:** son los casos en que el desconocimiento de la ilicitud por parte del sujeto tiene que ver inmediatamente con la norma infringida. Se distinguen dos grupos de casos:

- El sujeto desconoce la existencia de la prohibición o del mandato
- El sujeto interpreta erróneamente el alcance con los límites de la norma

**Error de prohibición indirecto:** en estos supuestos el desconocimiento de la ilicitud de la conducta se produce por medio de la creencia del sujeto en la concurrencia de una causa de justificación. Se distinguen tres grupos de casos:

- La suposición de una causa de justificación inexistente en el ordenamiento en cuestión

- La interpretación errónea del alcance por los límites de una causa de justificación existente
- La suposición errónea de la concurrencia de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación

### 1.2 Error invencible o invencible

Según que el sujeto que ha incurrido en el mismo pudiese superarlo o no, hablamos de error de prohibición **vencible** o **invencible**.

El **error de prohibición vencible** será cuando el sujeto hubiese podido salir del mismo, es decir, cuando hubiese podido conocer la antijuridicidad de su conducta.

El **error de prohibición es invencible** cuando el sujeto no hubiese podido salir del error, cuando no hubiese podido conocer la antijuridicidad de su conducta.

## **III. El tratamiento legislativo del error sobre la antijuridicidad de la conducta**

### **1. Teorías sobre el tratamiento del error de prohibición**

#### 1.1 Error iuris nocet

La teoría del *error iuris nocet* (**el error de derecho perjudica**) responde al planteamiento tradicional en esta cuestión.

Su punto de partida es la distinción entre error de hecho y error de derecho. El error de hecho es relevante, esto es, si es invencible excluye la responsabilidad criminal, mientras que si es vencible excluye el dolo y podrá dar lugar, en su caso, a una responsabilidad por imprudencia. El error de derecho es irrelevante; su concurrencia no afecta a la responsabilidad penal.

En la teoría del *error iuris nocet*, cuando el error de derecho recaía sobre preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico, sí era relevante y producía efectos en derecho penal.

El TS mantuvo esta teoría hasta los años 70, en que adoptó la **teoría del dolo**.

#### 1.2 La teoría del dolo

A principios del siglo XX se comenzó a sostener la necesidad de un elemento normativo en la culpabilidad, elemento que, como conciencia de la antijuridicidad, estaba estrechamente vinculado a dolo e imprudencia.

De esta manera comienza a defenderse mayoritariamente que para actuar dolosamente es necesario obrar con conciencia de la antijuridicidad de la conducta (**dolo malo**).

Si el sujeto no tiene conciencia de la antijuridicidad de la conducta, no podrá actuar dolosamente.

El punto de partida de la teoría del dolo es que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo. El error sobre la antijuridicidad de la conducta ya podrá ser relevante, pues excluirá el dolo. Si el error es invencible, no sólo se excluirá el dolo, sino también la posibilidad de castigo por imprudencia, de modo que en este caso no habrá ni culpabilidad ni pena. Si el error es vencible, excluirá el dolo, pero podrá darse responsabilidad por imprudencia, si corresponde.

El principal problema de la teoría del dolo es que da lugar a lagunas de punibilidad en los ordenamientos en los que rige el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes.



La entrada en vigor del Código penal de 1995 y, con él, del principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes, desaconsejaría la aplicación de la teoría del dolo.

### 1.3 La llamada teoría de la culpabilidad

Si bien existieron planteamientos que separaban el dolo y la conciencia de la antijuridicidad, serán los planteamientos del finalismo los que incidirán decisivamente en este punto.

Los aspectos esenciales de la teoría de la culpabilidad son dos:

- Por un lado, insiste en que hay que abandonar la vieja distinción error de hecho/error de derecho, sustituyendo la por la de error sobre un elemento del tipo (error de tipo)/error de prohibición (error sobre la antijuridicidad de la conducta)
- Por otro lado, la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la culpabilidad. El conocimiento o la cognoscibilidad de la antijuridicidad de la conducta es un elemento de la culpabilidad tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes.

Es importante tener en cuenta que las clasificaciones error de hecho/error de derecho y error de tipo/error de prohibición no coinciden. Podría pensarse que el error de tipo es siempre un error de hecho y el error sobre la antijuridicidad de la conducta un error de derecho. Sin embargo, no sería cierto: junto a los elementos descriptivos del tipo tenemos los elementos normativos; un error sobre un elemento normativo del tipo será un error de derecho y, sin embargo, un error de tipo. El desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta será un error de derecho, pero puede provenir de un error sobre elementos fácticos como descriptivos.

WELZEL pone de manifiesto que lo relevante no es el carácter del objeto al que se refiere o sobre el que recae el error, sino la consecuencia que el mismo tiene: así, el error de tipo excluye la representación de la conducta que el sujeto está realizando, excluye la conciencia y voluntad de realizar la conducta tipificada por el legislador, el dolo, de modo que el sujeto podrá realizar, como máximo, un delito imprudente. El error sobre la antijuridicidad de la conducta no impide al sujeto conocer la conducta que realiza sino que provoca el desconocimiento de la calificación jurídica de la misma, de ahí que no excluya el dolo sino la conciencia de la antijuridicidad; el sujeto conoce perfectamente la conducta que está realizando, pero se equivoca sobre la consideración jurídica de la misma.

En los casos de error vencible el sujeto no conocía, en el momento del hecho, la antijuridicidad de su conducta, pero podría haberla conocido; en los casos de error invencible el sujeto ni conocía la antijuridicidad de su conducta ni hubiese podido llegar a conocerla. El error invencible, por tanto, excluye la culpabilidad y la pena; el error vencible podrá o deberá dar lugar a una atenuación de la pena en cuanto suponga una menor reprochabilidad. El error invencible excluye la culpabilidad penal, mientras que el error vencible la atenúa.

El Código penal español ha optado por una atenuación obligatoria, siendo esta su principal característica.

La teoría de la culpabilidad sufrió diversas críticas, destacando las que tenían que ver con el distinto tratamiento que recibían en la misma el error vencible de tipo (responsabilidad por imprudencia, en su caso) y el error vencible de prohibición (atenuación de la pena, en su caso).

Para evitar estas críticas surgió la **teoría de la culpabilidad restringida**, que si bien comparte los fundamentos de la teoría pura, resuelve de modo distinto los supuestos de error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación.

La teoría de la culpabilidad restringida se denomina así porque realiza una restricción sobre los casos que, según la teoría pura o estricta de la culpabilidad, serían casos de error de prohibición: los errores sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación son o deben ser tratados como un error de tipo y, por tanto, lugar a una responsabilidad por imprudencia.

## **2. El ordenamiento penal español**

Según dispone el artículo 14.3 del CP:

*“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.*

En este precepto se encuentra regulado el problema del error sobre la antijuridicidad de la conducta en nuestro Código penal.

La mayoría de la doctrina considera que el Código sigue la teoría pura de la culpabilidad, de manera que los errores sobre los presupuestos de una causa de justificación se tratan como errores de prohibición, atenuando la pena del delito en cuestión en uno o dos grados. No faltan autores que defienden la teoría de la culpabilidad restringida.

El TS defiende claramente la teoría de la culpabilidad.

## **IV. Los delitos imprudentes y el error sobre la antijuridicidad de la conducta**

Para que un delito imprudente sea culpable será necesario que el autor tuviese o hubiese podido tener, en el momento del hecho, conciencia de la antijuridicidad de su conducta.

Para que podamos hablar de conocimiento o cognoscibilidad de la antijuridicidad en un delito imprudente será siempre necesario que el sujeto conociese o hubiese podido conocer el cuidado objetivamente debido. Lo realmente relevante es que sepa que su concreta conducta está infringiendo la prohibición de actuar descuidadamente y que además no le ampara en ello una causa de justificación.

Un error sobre la infracción del cuidado objetivamente debido dará lugar, por tanto, a un error de prohibición.

La diferencia entre imprudencia consciente e inconsciente va referida a la realización de los elementos del tipo, sin mezclarla con la cuestión del conocimiento del cuidado objetivamente debido.

Habrà **imprudencia consciente** cuando el sujeto haya previsto la posibilidad de realización de los elementos del tipo pero confíe en que no se produzcan los mismos, con independencia de que además, el sujeto conozca o no el cuidado objetivamente debido.

La **imprudencia inconsciente** se dará siempre que el sujeto no haya previsto, aunque haya podido prever, la realización del tipo, supuestos en que, el sujeto no habrá conocido (aunque hubiese podido conocer) que su conducta infringe el cuidado objetivamente debido.

## **2. Imprudencia y error de prohibición**

En los delitos imprudentes podrán darse **errores de prohibición directos e indirectos**.

### **2.1 Error de prohibición directo**

Aquí podemos plantearnos diversos presupuestos:

- El error sobre el cuidado objetivamente debido, que supondrá un error sobre el alcance o los límites de la norma.
- El error sobre la propia existencia de la norma

### **2.2 Error de prohibición indirecto**

Pueden darse las tres clases de error que expusimos con carácter general:

- El error sobre la propia existencia de una causa de justificación
- Error sobre los límites de una causa de justificación existente: en estos supuestos se interpreta incorrectamente el alcance de una causa de justificación, de forma que se incluyen en la misma, casos no comprendidos en ella.
- Error sobre los presupuestos que sirven de base a una causa de justificación: el sujeto desconoce que no concurren los presupuestos de la causa de justificación, que él cree que se dan, realizando un delito imprudente al supuesto amparo de una causa de justificación.

## LECCIÓN 23: EL DELITO COMO CONDUCTA REPROCHABLE, III: LA EXCLUSIÓN DE LA REPROCHABILIDAD, Y 2

### **I. El “*elemento volitivo*” de la reprochabilidad: la exigibilidad de obediencia al Derecho**

El conocimiento del injusto todavía no es suficiente para reprocharle al autor concreto su acción delictiva. Antes es necesario tener en cuenta las circunstancias que rodeaban su actuación. Nos tenemos que referir a las **causas de exculpación**, a los presupuestos de no exigibilidad de obediencia a la norma.

#### **1. Aparición del pensamiento de la no exigibilidad**

La introducción de las circunstancias en que se realiza la acción dentro de los elementos de la culpabilidad, es decir, su consideración como un elemento más de los que necesitamos para afirmar la responsabilidad de una conducta, abrió la puerta a la introducción de consideraciones de inexigibilidad en la culpabilidad.

Según el planteamiento de FREUDENTHAL, si uno se toma en serio que la culpabilidad es reprochabilidad, en todos los casos en que no se pueda hacer un reproche al autor deberemos considerar que no existe culpabilidad. De esta forma, considera que ya en los delitos dolosos de acción debe producirse la impunidad cuando no se esperase una actuación distinta a la realizada, cuando el autor “*no podía hacer otra cosa*”.

#### **2. La polémica sobre la no exigibilidad en la Alemania de los años 30: el estado de necesidad exculpante, ¿ejemplo o excepción?**

La intención de FREUDENTHAL fue criticada, diciéndose que estaba convirtiendo en regla lo que no era más que una excepción.

Se produce una fuerte polémica entre los autores que creen que la reprochabilidad debe determinarse atendiendo a las razones del sujeto para no omitir la conducta antijurídica y los que consideran que basta con tener conciencia de la antijuridicidad del comportamiento.

Finalmente se impondrá la postura que en los delitos dolosos de acción sólo puede aplicarse la exculpación en los casos en que así lo ha decidido el legislador, mientras que en los delitos imprudentes y los delitos omisivos puede aplicarse en supuestos no previstos expresamente.

#### **3. La desvinculación de la no exigibilidad del concepto material y del principio de culpabilidad en los años 50**

Tras la Segunda Guerra Mundial se rechaza la no exigibilidad como causa supralegal de exculpación para los delitos dolosos de acción. En los años 50 aparecerán dos planteamientos:

##### **3.1 Armin KAUFMANN y el concepto material de culpabilidad**

Los trabajos de Armin KAUFMANN supone la desvinculación definitiva de la exigibilidad del concepto material de culpabilidad: la no exigibilidad no tiene nada que ver con el principio de culpabilidad. Éste sólo exige que el sujeto pueda motivarse por la

norma jurídica. Para ello es necesario que el sujeto pudiese conocer el carácter antijurídico de su conducta y que pudiese actuar conforme a la norma.

En los casos de estado de necesidad se puede actuar de otro modo. Si se puede actuar de otro modo, existe culpabilidad, por tanto el hecho es reprochable.

KAUFMANN señala que en el estado de necesidad tenemos un menor desvalor del hecho, un menor contenido de lo injusto de la conducta y una menor capacidad de actuación conforme la norma.

### 3.2 HENKEL y el problema metodológico: la exigibilidad como principio regulativo

El planteamiento de HENKEL tiene carácter metodológico. Llega a la conclusión de que no estamos ante un principio normativo, apto para la resolución de casos concretos por su propio contenido, sino ante un principio regulativo, sin contenido decisorio concreto.

## **4. Situación actual**

Se descarta en los delitos dolosos de acción la existencia de una causa general supralegal de exculpación, es decir, la aplicación de la inexigibilidad fuera de los supuestos que regula un determinado Código.

Por otro lado, suele hacerse referencia a una aplicación más amplia en los delitos imprudentes y los delitos de omisión, pero tampoco existe una clara posición dominante.

## **5. Toma de postura**

El Manual parte de un concepto de culpabilidad en el que la exigibilidad es considerada elemento central en la determinación de la reprochabilidad, lo que le lleva a defender la posibilidad de aplicar una causa general supralegal de no exigibilidad en todos los delitos

Veamos los supuestos que en Alemania llevan estudiar la posibilidad de acudir a una causa supralegal:

- 1º *Comunidades de peligro*: supuestos en que a varias personas o a un grupo de ellas les amenaza ya un peligro, de forma que se sacrifica a una o varias en cuanto es el único medio de salvar a los demás.
- 2º *Elección del mal menor*: el sacrificio de inocentes es el único medio para salvar a un mayor número de personas o a personas con mayores posibilidades supervivencia
- 3º *Delitos de omisión*: que las cláusulas que se refieren a la ausencia de riesgo propio o de terceros en los delitos de omisión aludan a consideraciones de inexigibilidad como cuestión de culpabilidad es sumamente discutible.
- 4º *Delitos imprudentes*: en España vuelve a ser innecesario la distinta aplicación en los delitos imprudentes, pues nuestro Código no contienen limitación de bienes jurídicos susceptibles de dar lugar a estado de necesidad exculpante.

## **II. Inexigibilidad y estado de necesidad. El Código penal español**

En lo que se refiere al estado de necesidad exculpante, se suele considerar amplio por quienes lo conciben como causa de exculpación, por lo que proponen interpretaciones restrictivas.

Quienes lo consideran como causa de justificación, lo consideran demasiado amplio para situarlo dentro de la culpabilidad.

La vinculación de los intereses a un sujeto y la legitimidad que otorgamos a ello, explica perfectamente los supuestos de estado de necesidad propio, de parientes y allegados. Habría varios problemas:

- 1º **Que ocurre cuando no son intereses personalísimos:** el mayor problema para considerar el artículo 20.5º CP como una causa de exculpación cuando los intereses son iguales, es que no contiene limitación de bienes jurídicos. Según el Manual, existe otra forma de abordar el problema. El artículo 20.5º CP responde a otra forma de regular dicha relación entre individualidades: el pluralismo y la extremada variedad de concepciones lleva a que la situación relevante no se tipifique por medio de bienes jurídicos, sino por medio de un elemento estructural distinto: **la igualdad de intereses en juego**. Así, cuando existe un conflicto irresoluble de otra forma, cada uno puede actuar a favor de los intereses que le sean más cercanos, con independencia de cuales sean. Basta con que sea un conflicto irresoluble de otro modo y con males iguales.
- 2º **¿Cuándo el sujeto no tiene vinculación con los bienes jurídicos en juego?** Aquí no puede aludirse a una legítima preferencia de los intereses propios, Pero la idea del individuo sigue teniendo capacidad de legitimación. Así, el sujeto obra lícitamente si deja que las cosas sigan su curso, pero no le podemos reprochar nada si decide intervenir, pues se trata de un sujeto con sentimientos y capacidades limitadas.
- 3º **Auxilio necesario:** la falta de limitación de sujetos que puedan verse afectados por el estado de necesidad se ha visto como un inconveniente para la exculpación. Los autores no están de acuerdo, ya que habrá que analizar caso por caso y eso posibilitará la decisión. Cualquiera puede intervenir, pero las razones que aporte para su intervención serán las que valorativamente decidan la relevancia de su conducta.
- 4º **Cómo explicar los presupuestos de error sobre los elementos de una causa de exculpación** es el punto más problemático en el Código penal español, pues no existe regulación de estos presupuestos. Si en el miedo insuperable el problema se supera fácilmente, en el estado de necesidad exculpante no es así. La *analogia iuris* quizá pueda ayudarnos, ya que el fundamento de varias eximentes es la no exigibilidad, que hace que la conducta no sea reprochable, por lo que podemos preguntarnos si la conducta realizada en error sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante es reprochable o no.
- Cuando el error es invencible, la conducta nos merece la misma valoración que cuando se dan los presupuestos, razón por la que deberemos eximir de pena.
- Cuando el error es vencible, la responsabilidad varía, pues se produce la lesión de un bien jurídico que se podía haber evitado. Cuanto más fácilmente vencible sea el error, mayor responsabilidad de la conducta antijurídica, y a la inversa. A efectos de pena, lo decisivo será la concreta clase de infracción cometida y no el error. Si la concurrencia de una causa de exculpación no afecta a la clase de infracción que se comete, no parece que el error pueda hacerlo, de forma que, aunque la infracción fuese dolosa hubiese que acudir a la pena del delito imprudente. El marco penal del que se partirá será el del correspondiente delito doloso o imprudente, debiéndose imponer la pena inferior en un grado de forma obligatoria y siendo facultativa su imposición inferior en dos grados.

### III. El miedo insuperable

Esta eximente se encuentra regulada en el apartado 6º del artículo 20 CP.

#### 1. El problema de su naturaleza jurídica

Se considera que es una causa de exculpación basada el **principio de inexigibilidad de obediencia a la norma**, pero existen otras fundamentaciones.

### 1.1 Causas de inimputabilidad

El TS y algunos autores han sostenido que se trata de una causa de inimputabilidad. La perturbación repercutiría en la capacidad del sujeto de comprender lo ilícito de su conducta o en la capacidad de actuar conforme a dicha comprensión.

### 1.2 Causa de justificación

De acuerdo con su criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, GIMBERNAT considera que estamos ante una causa de justificación.

### 1.3 Causa de inculpabilidad o exculpación

Como decimos, corresponde a la postura doctrinalmente mayoritaria. Se queda exento de responsabilidad criminal porque, dadas las circunstancias, resulta razonable la actuación que el sujeto realiza. Por mucho que sea antijurídica, en las circunstancias en las que se dio no podemos reprocharle que la llevase a cabo.

## **2. Elementos de la eximente de miedo insuperable**

En el Código penal vigente, la eximente sólo exige que el autor obre impulsado por miedo insuperable. Los elementos de la eximente son tres.

### 2.1 Miedo

Si el miedo se tiene en cuenta como eximente es por su carácter valioso como reacción en un contexto. La conducta que se realiza impulsada por el miedo es una respuesta a un contexto coactivo y esto es lo que nos permite no desaprobala penalmente.

Para determinar cuando el miedo es relevante debemos ocuparnos del elemento que debe originarlo, el **mal amenazante**, dado que ni cualquier clase de miedo es suficiente para apreciar la eximente ni es simplemente la concurrencia del miedo, sin más, lo que produce la exención.

Es preciso señalar que se trata del miedo que se producirá como reacción a la amenaza de un mal, un **mal externo**, que no puede vincularse a trastornos del sujeto.

#### 2.1.1 Características del mal amenazante

- a) **Mal jurídicamente desaprobado:** se requiere de forma constante por el TS. Si el mal no amenaza un interés protegido por el Derecho no podrá acudir a la eximente.
- b) **Mal real:** para los Tribunales el mal tiene que ser real, mientras que la doctrina admite los supuestos de mal imaginario. El carácter imaginario del mal es irrelevante. Lo importante es la existencia de miedo, con el límite de que el miedo provenga de una amenaza externa.  
No es necesario que el mal proceda de la actuación de una persona, sino que puede proceder de causas naturales.
- c) **Actuación inminente:** no debe confundirse este requisito, que sea necesario actuar para evitar la producción del mal amenazante, con la inminencia de producción del mal. Lo importante es que la actuación a la que impulsa el miedo insuperable no pueda dilatarse en el tiempo, aunque la producción del mal vaya a producirse con posterioridad.

### 2.2 Insuperable

Se trata de un requisito muy importante, pues establece el marco en el que se podrá producir la exención. A tenor de este requisito, queda claro que no cualquier miedo exime.

Así, se señala que debe tratarse de un miedo tal que no que se pueda exigir un comportamiento conforme a la norma.

### 2.2.1 La insuperabilidad del miedo según el Tribunal Supremo

El TS ha exigido en algunas ocasiones una parálisis en el sujeto, es decir, ha considerado que si se produce una reacción por parte del sujeto, es que el miedo no era insuperable.

### 2.2.2 Criterio subjetivo

Lo relevante serán las características individuales del sujeto. Deberían tenerse en cuenta únicamente la concreta situación social del afectado, en definitiva, su edad, sexo, personalidad, formación, etc.

### 2.2.3 Criterio objetivo

En muchas ocasiones se hace referencia a que debe tenerse en cuenta como actuaría un hombre medio. La jurisprudencia alude frecuentemente a la necesidad de que el miedo no sea controlable o dominable por el común de las personas, como pautas generales de los hombres.

### 2.2.4 Criterio mixto

Se utiliza el criterio del hombre medio pero en las circunstancias concurrentes en cada caso. Se trata del criterio mayoritariamente defendido en la doctrina, que el Manual también considera correcto.

La perspectiva que debe conducir a la absolucón debe tener una cierta proporción entre el mal amenazante y la actuación. Nos referimos a la actuación y no a las consecuencias de la misma.

### 2.3 Obrar impulsado por el miedo insuperable

Para satisfacer este requisito, la jurisprudencia exige que el miedo sea la única causa del hecho.

El Manual rechaza esta comprensión del requisito. Basta con que se obre impulsado por el miedo insuperable, de forma que el miedo insuperable deberá ser el motivo preponderante de la actuación, pero no tiene por qué ser motivo exclusivo.

## **3. Miedo insuperable y legítima defensa**

El miedo insuperable suele alegarse junto con la legítima defensa para cubrir posibles excesos en las actuaciones defensivas. Así, al estar el exceso en la legítima defensa amparado por el miedo insuperable, podría conseguirse que el sujeto quede exento de pena, en lugar que se le aplique únicamente la eximente incompleta de legítima defensa.

## **IV. El encubrimiento de parientes**

Es una eximente que no está regulada en la Parte General, sino en la Parte Especial, en el artículo 454 CP, ya que el encubrimiento no es considerado una forma de participación, sino que dará lugar a un delito contra la Administración de Justicia o a un delito contra el patrimonio.

Según el artículo 454 CP, están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto 1º del art. 451.

El 1º del art. 451 CP castiga a quien, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, auxilia a los autores o a los cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.



## **1. Naturaleza jurídica**

La discusión se centra en su consideración, bien como una excusa absolutoria bien con una causa de exculpación.

### **1.1 Excusa absolutoria**

Tradicionalmente se ha considerado a estar eximente una excusa absolutoria. El legislador renunciaría a castigar estas conductas para no interferir en las relaciones familiares.

### **1.2 Causa de exculpación**

Constituye la calificación dominante en la doctrina más reciente.

## **2. Ámbito de aplicación**

### **2.1 Modalidades de encubrimiento**

A tenor de lo que dispone el Código penal, la eximente se puede aplicar en los casos de favorecimiento real y de favorecimiento personal.

A) **Favorecimiento real:** viene contemplado en el artículo 451.2º CP y se refiere a las personas que, con conocimiento de la comisión del delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, intervienen con posterioridad a su ejecución ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.

Lo importante en este caso es el fin, la dirección de las conductas a impedir el descubrimiento del delito. Esto es lo que permite considerar no reprochable el comportamiento del pariente, sin que sea necesaria la existencia de afecto. El valor que se concede al parentesco legitima suficientemente la realización de la conducta.

B) **Favorecimiento personal:** este supuesto está regulado en el artículo 451.3º CP y se refiere a quien, concurriendo las circunstancias ya descritas, interviene con posterioridad a la ejecución ayudando a los presuntos responsables del delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca y captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias establecidas. Dichas circunstancias son que se trate de un delito enumerado en el mismo artículo o que la persona que favorece al delincuente haya obrado con abuso de funciones públicas.

### **2.2 Elementos**

#### **2.2.1 Relación personal**

En estos casos deben darse los vínculos que señala el Código penal, por lo que la conducta deberá realizarse a favor de un ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o por adopción, los afines en los mismos grados, cónyuges y personas a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad.

El TS ha declarado reiteradamente que la circunstancia no puede aplicarse fuera del círculo de sujetos enumerado por el Código penal. Así, quedan fuera de la eximente amigos, tíos, sobrinos, novios, etc.

#### **2.2.2 Móvil o motivo de actuación**

El móvil de ayudar al pariente debe ser el motivo principal de actuación, pese a que, una vez más, no deba ser exclusivo.

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que si el encubrimiento recae sobre varios sujetos, debe rechazarse la exención cuando la actuación esté presidida por el deseo de ayudar a todos los miembros del grupo, por encima de la vinculación familiar con uno de ellos.

# LECCIÓN 24: EL DELITO COMO CONDUCTA REPROCHABLE, Y IV: LA GRADUACIÓN DE LA CULPABILIDAD

## **I. La culpabilidad como magnitud graduable**

La culpabilidad es un concepto variable. Así, la culpabilidad como categoría del delito no se agota en constatar la existencia de reprochabilidad de una conducta, sino que la misma puede ser mayor o menor en función de distintos factores.

En la culpabilidad también vamos a encontrar eximentes incompletas y atenuantes específicas. También existen circunstancias agravantes que pone de manifiesto una mayor reprochabilidad individual de la conducta antijurídica.

## **II. Circunstancias que disminuyen la reprochabilidad**

### **1. Causas de exculpación como eximentes incompletas**

La aplicación de una causa de exculpación como eximente incompleta se encuentra regulada en el art. 21.1º CP.

Para aplicar una eximente incompleta en los supuestos de una causa de exculpación es necesario que concurren los elementos esenciales, pudiendo faltar uno o varios de los elementos o requisitos inesenciales.

#### **1.1 Eximente incompleta de estado de necesidad**

Los requisitos esenciales son la concurrencia del estado de necesidad y que el sujeto actúe para evitar el mal amenazante.

#### **1.2 Eximente incompleta de miedo insuperable**

Como elementos esenciales deberán concurrir la amenaza de un mal y la actuación impulsada, de forma preponderante, por el miedo a dicha amenaza, de forma que podrá faltar la insuperabilidad del miedo.

#### **1.3 Eximente incompleta de encubrimiento de parientes**

Según DIAZ RIPOLLES, los elementos esenciales serían la conducta de encubrimiento de un pariente y, desde una perspectiva subjetiva, que se actuase impulsado de forma principal por el motivo de ayudar al pariente. Podrían estar ausentes, como elementos inesenciales, la presencia de una de las concretas relaciones de parentesco a las que alude el art. 454 CP y la exigencia legal de que no se trate de la modalidad de encubrimiento el art. 451.1º CP.

Según el Manual, si se produce un encubrimiento de los regulados en el art. 451.1º, no podrá aplicarse la eximente incompleta, pues se trata de un requisito esencial. Ello no impide que pudiese aplicarse una atenuante por analogía.

Esta eximente no está contemplada en el art. 20 CP, de forma que no le alcanzan las previsiones del art. 21.1º. Así, la eximente incompleta tiene que situarse en el art.21.7º, es decir, en las atenuantes por analogía.

## **2. Atenuantes específicas**

Junto a la disminución de la reprochabilidad que provoca la presencia de los elementos esenciales de las causas de exculpación, nos encontramos también con graduaciones de la culpabilidad, debidas a determinados datos que el legislador quiere especificar, concediéndoles entidad propia. Dan lugar a una menor gravedad de la culpabilidad, a que el delito sea menos reprochable.

### **2.1 Arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante**

Esta atenuante está regulada en el art. 21.3º CP.

#### **2.1.1 Fundamento**

Para la doctrina mayoritaria, nos encontraríamos ante un atenuante que afectaría a la imputabilidad del sujeto. Las facultades del sujeto se verían alteradas pero sin llegar a tener la intensidad necesaria para considerarse anomalías o alteraciones psíquicas.

El problema de esta concepción es que apenas deja espacio a la propia atenuante.

Otro sector defiende que se trata de una circunstancia atenuante que se basa en criterios de exigibilidad. De acuerdo con este planteamiento, lo relevante se encuentra en la valoración de la conducta producida como consecuencia de determinados estímulos. El carácter comprensible de la reacción sería precisamente lo que permitiría considerar menos reprochable la conducta. Se requiere que haya una conexión entre los estímulos y la reacción, y, por otro lado, que las causas o estímulos que provocan la situación psicológica no sean contrarios a la ley o a la ética social vigente.

#### **2.1.2 Elementos**

##### **A) Situación psicológica:**

- **Arrebato:** se comprende como tal una afección emocional que perturba notablemente las facultades volitivas de control del comportamiento.
- **Obcecación:** ante una afección emocional que perturba notablemente las facultades cognitivas y el planeamiento del comportamiento.
- **Estado pasional de entidad semejante:** en estos casos puede tratarse de cualquier afección emocional, siempre que sea equivalente al arrebato o a la obcecación.

##### **B) Causas o estímulos suficientemente poderosos para dar lugar al estado emocional**

El legislador se refiere a que han debido existir causas o estímulos de suficiente intensidad para provocar el arrebato u obcecación en el que ha actuado el sujeto. Se trataría, por tanto, de la existencia de un estímulo poderoso que da lugar al arrebato u obcecación, el cual impulsa al sujeto a actuar.

### **2.2 Parentesco o análoga relación de afectividad**

El art. 23 CP recoge una circunstancia que puede actuar tanto con efecto agravante como atenuante: es la circunstancia de **parentesco** o análoga relación de afectividad.

### **2.3 Atenuantes por analogía que suponen menos gravedad de la culpabilidad**

El art. 21.7º CP permite la aplicación de una atenuante por analogía con las atenuantes recogidas en los seis primeros números el art. 21 CP.

Podremos aplicar esta atenuante por analogía a las causas de exculpación, como eximentes incompletas, siempre que falte alguno de los elementos esenciales de las mismas.

Podrá aplicarse un atenuante por analogía con el arrebato u obcecación y con el parentesco.

Debemos tener en cuenta que, por regla general, la atenuación en estos casos será menor que cuando se aplica el art. 21.1º CP.

### **III. Circunstancias que incrementan la reprochabilidad**

La culpabilidad concurrente en la comisión de un delito puede verse incrementada. El desvalor del hecho es mayor por la concurrencia de una determinada motivación que nos deja contemplarlo de forma más censurable.

#### **1. Precio, recompensa o promesa**

Constituye una agravante genérica el art. 22.3º CP. Además, también se utiliza en el art. 139 CP como una de las circunstancias calificativas del asesinato.

##### 1.1 Fundamento

Esta circunstancia incrementa la responsabilidad de la conducta. La motivación, el lucro, es lo que hace que resulte más reprochable.

##### 1.2 Elementos

###### **A) El lucro:**

Debe ser motivo determinante de la actuación. Ha de plasmarse en un precio, recompensa o promesa.

###### **B) Elementos motivadores:**

- **Precio:** una cantidad de dinero o un bien con valor pecuniario determinado.
- **Recompensa:** hace referencia a las contraprestaciones económicas no pecuniarias pero equivalentes a las mismas, es decir, un beneficio o remuneración económicamente valorable.
- **Promesa:** se hace referencia aquí a la promesa de un precio o de una recompensa económica, es decir, a la manifestación hecha a un tercero en orden a una futura retribución.

No es necesario que el precio o la recompensa se obtengan realmente. Es necesario que haya existido un ofrecimiento.

##### 1.3 Ámbito de aplicación

La agravante se aprecia solo en el **autor** del delito. La circunstancia no puede aplicarse a la persona que paga o que promete algo, pues, por un lado, no actuará con ánimo de lucro, sino que lo hará por otros motivos. Por otro lado, la persona que paga, el inductor, no ejecuta el hecho.

La circunstancia genérica de precio, recompensa o promesa no puede aplicarse en los casos en que el legislador la haya tenido en cuenta al describir o sancionar la infracción, ni cuando sea de tal manera inherente al delito que sin su concurrencia no podría cometerse.

#### **2. Motivos discriminatorios**

Esta agravante está contemplada en el art. 22.4º CP, que establece que es circunstancia agravante cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión, etnia, raza o nación a la que pertenezca, sexo, orientación sexual, razones de género, enfermedad o discapacidad.

### 2.1 Fundamento

Es una agravante que supone una mayor gravedad de la culpabilidad debido a los motivos que impulsan a la comisión del hecho.

### 2.2 Elementos

El móvil discriminatorio debe ser motivo determinante de la actuación, dado que es precisamente su existencia lo que incrementa la reprochabilidad de la conducta. La agravante es compatible con la existencia de otros móviles, pero debe ser el motivo que guie la acción, siendo inaplicable en otro caso.

Las circunstancias personales o sociales causantes de la discriminación son muy diversas, incluyendo la ideología, religión y creencias, referencias al sexo y a la orientación sexual y la que se basa en la carencia de determinadas capacidades o cualidades.

Se puede aplicar la circunstancia aunque la víctima no posea, como tal, la cualidad en la que está pensando el sujeto activo, dado que lo censurable es la motivación.

### 2.3 Ámbito de aplicación

Es importante que tengamos en cuenta que puede aplicarse en cualquier clase de delitos.

### 2.4 Incompatibilidades

Esta agravante no podrá darse en los delitos en que sea inherente, como por ejemplo, en el genocidio.

## **3. Ensañamiento**

La circunstancia agravante de ensañamiento tiene un **fundamento mixto**, al suponer una mayor gravedad de lo injusto pero también una mayor gravedad de la culpabilidad.

## **4. La reincidencia**

Está contemplada en el art. 22.8º CP. Se considera reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido ejecutoriamente condenado por un delito comprendido en el mismo Título y que sea de la misma naturaleza.

### 4.1 Concepto

Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito cuando ya se había cometido otro con anterioridad. Resulta necesario que la persona hubiese sido ya condenada en sentencia firme por un delito anterior cuando realiza la nueva conducta delictiva.

### 4.2 Clases

Existen diferentes clasificaciones según el criterio que les sirva de base.

#### 4.2.1 Por la naturaleza de los delitos que se cometen hablamos de:

- A) **Reincidencia genérica**: se comete un delito de distinta naturaleza al que se había cometido anteriormente.
- B) **Reincidencia específica**: el delito que se comete es semejante o análogo al que produjo la condena anterior del sujeto.

#### 4.2.2 Según si el sujeto ha cumplido la pena a la que fue condenado se distingue entre:

- A) **Reincidencia propia**: no sólo se ha sido condenado, sino que sea cumplido la condena antes de cometer el nuevo delito.
- B) **Reincidencia impropia**: el sujeto ha sido condenado, pero no ha cumplido la pena anterior cuando comete el nuevo delito.

#### 4.3 La situación en el vigente Código penal

El sistema que establece nuestro Código penal se caracteriza por ser un **sistema de reincidencia específica e impropia**.

##### 4.3.1 Reincidencia específica

Esta característica la cumple nuestro sistema a través de la combinación de un criterio formal y uno material.

##### **A) Criterio formal:**

Exige el Código que el nuevo delito esté comprendido en el mismo Título en el que se encuentra el delito por el que se fue condenado.

Debemos tener en cuenta que debe tratarse de un delito grave o menos grave. También debe tratarse de delitos comprendidos en el Código penal, ya que no será posible apreciar reincidencia entre dos delitos contenidos en una ley penal especial, salvo que la misma regule la reincidencia.

##### **B) Criterio material:**

Es necesario que los delitos sean de la misma naturaleza. Bastará que exista una estrecha relación entre ellos en función del desvalor del resultado y del desvalor de acción. A efectos del desvalor de resultado, bastará con que lesionen o pongan en peligro el mismo bien jurídico. Respecto al desvalor de la acción, su diversidad llevará a que no pueda apreciarse reincidencia entre la comisión dolosa e imprudente de un delito. Si los medios de comisión son muy distintos, tampoco podremos apreciar reincidencia.

##### 4.3.2 Reincidencia impropia

El Código penal exige haber sido ejecutoriamente condenado, pero nada más. Al ser así, lo que el Código exige es que la sentencia sea firme, pero no que se haya cumplido la condena.

La condena ejecutoria debe estar presente en el momento de delinquir, es decir, en el momento en que se comete el nuevo delito.

#### 4.4 La reincidencia cualificada a multirreincidencia

Según dispone el art. 66.1.5ª CP, cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable, al delinquir, hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título, siempre que sean de la misma naturaleza, se podrá aplicar la pena superior en grado por la ley para el delito de que se trate.

Se exige que el condenado lo hubiese sido previamente por, al menos, tres delitos. El manual cree que es necesario que existan, al menos, tres sentencias condenatorias previas.

#### 4.5 Fundamentos de la reincidencia

Entre las fundamentaciones que se le otorgan podemos destacar las siguientes:

1. **Necesidad de pena:** se alude a necesidades tanto preventivo-generales como preventivo-especiales. Desde una perspectiva preventivo-especial, la comisión del nuevo delito pondría de manifiesto la insuficiencia de la pena anteriormente impuesta; desde el punto de vista preventivo-general, la comisión de delitos pondría de manifiesto la insuficiencia de la pena con la que éstos están castigados.
2. **Mayor peligrosidad del delincuente:** el sujeto que delinque después de haber sido condenado pone de manifiesto una mayor peligrosidad.
3. **Mayor gravedad de lo ilícito:** la reincidencia supondría un mayor contenido de lo injusto, dado que al desvalor del segundo delito se añadiría la infracción de una segunda norma

4. **Mayor gravedad de la culpabilidad:** desde diferentes perspectivas se alude a la mayor culpabilidad que caracterizaría a la agravante de reincidencia.

4.6 El problema de su constitucionalidad

El TC reconoció la constitucionalidad de esta agravante en 1991. Según esta sentencia, no se vulnera el principio de igualdad, en cuanto no se valora la conducta que dio lugar a la primera condena, sino que se castiga por una nueva conducta teniendo en cuenta que el sujeto ya había sido condenado.

4.7 Reflexión final: su aconsejable conversión en agravante facultativa

Según el Manual, parece lógico pensar que la comisión de un nuevo delito una vez que ya se ha cometido un delito similar anteriormente modifica la valoración del nuevo hecho cometido. Sin embargo, no pueden aceptarse automatismos. La comisión de un nuevo delito de similar naturaleza puede dar lugar a una mayor culpabilidad, pero tampoco es una consecuencia necesaria. De esta forma, debería convertirse en una agravante de apreciación facultativa.

# LECCIÓN 25: LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

## **I. La categoría de la punibilidad: el delito como conducta punible**

La punibilidad es el último elemento del delito y se considera un elemento esencial del concepto del delito.

La realización del **principio de subsidiariedad** exige tener en cuenta consideraciones sobre la necesidad de pena y su medida. Incluso antes de la necesidad de pena, debemos preguntarnos por la necesidad de exigir responsabilidad, verdadera razón de la existencia de esta categoría.

### **1. Fundamento**

En la punibilidad tenemos en cuenta la necesidad de exigir responsabilidad por la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable. Aquí encuentran su sitio propio otras consideraciones propias de la comprensión del *ius puniendi*: la utilidad y necesidad de la exigencia de responsabilidad.

### **2. Criterios decisorios**

Para determinar la utilidad, la conveniencia de la exigencia de responsabilidad, la conveniencia de considerar existente un delito, una infracción penal, consideramos que podemos referirnos a consideraciones de tres tipos.

#### **2.1 Eficacia**

Es la correspondencia entre la intervención penal y los objetivos que la misma pretende.

#### **2.2 Efectividad**

Se analiza si la exigencia de responsabilidad fomenta el cumplimiento de la ley o su aplicación coactiva.

#### **2.3 Eficiencia**

Supone ponderar los objetivos que se alcanzan con la intervención penal con los que se dejan al margen, de forma que primen los primeros.

## **II. Elementos de la punibilidad**

Se han realizado propuestas clasificatorias atendiendo a criterios de eficiencia que tendían a la realización del principio de subsidiariedad. Según el Manual, hay que estructurar la punibilidad a semejanza de las categorías de lo injusto y de la culpabilidad.

Podríamos distinguir dos grandes grupos de elementos, que, a su vez, se dividirían en otras categorías.

### **1. Elementos de fundamentación, excluyentes y graduadores**

Esta clasificación atendería a la función de los elementos de la punibilidad.

Tendríamos los elementos que fundamentan la punibilidad, los que la excluyen y los que sirven para graduarla.



La fundamentación de la punibilidad se presupone una vez realizada la conducta típica, antijurídica y culpable. También se podrá deducir el contenido de los elementos fundamentales a partir de los elementos excluyentes. Por último, habría que establecer su medida, al no ser fija e invariable.

## **2. Elementos genéricos y específicos**

La clasificación tiene como punto de partida la posibilidad de aplicar los elementos a todos los delitos (**elementos genéricos**) o solo a un delito o grupo de delitos (**elementos específicos**).

## **3. Delimitación de los elementos de la punibilidad**

### **3.1 Elementos de procedibilidad**

Se trata de elementos que se refieren a la necesidad de verificar la existencia de responsabilidad y responderían a reflexiones de carácter procesal y no material. Se refieren a supuestos en que se renuncia a investigar la propia existencia de responsabilidad.

### **3.2 Elementos de penalidad**

Se hace referencia aquí a elementos que se refieren a la necesidad de imponer la pena o de ejecutarla.

## **III. Condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias**

### **1. Características comunes**

Se trata de condiciones de gran relevancia, pero que no afectan al contenido de desvalor material del hecho. Ello tiene las siguientes consecuencias:

1. No es necesario que estén abarcadas por el dolo del sujeto.
2. El error sobre su concurrencia es irrelevante
3. Por mucho que pueda producirse una exención de pena, el hecho es antijurídico
4. La participación en ellas es irrelevante. Sin embargo, hay que tener en cuenta que puede haber condiciones personales (**excusas absolutorias**) y condiciones no personales (**de carácter objetivo**).

Las personales sólo se apreciarán en los delincuentes en quienes concurren, mientras que las subjetivas tienen validez general y son presupuesto de la existencia del delito para todos los intervinientes.

### **2. Condiciones objetivas de punibilidad**

Se hace referencia a unas circunstancias cuya concurrencia da lugar a la existencia del delito. Son circunstancias que tienen que estar presentes para que el delito pueda considerarse existente.

No deben confundirse las condiciones objetivas de punibilidad con las **condiciones objetivas de procedibilidad**, que son aquellas que condicionan únicamente el inicio del procedimiento. Entre estas últimas se encuentran la denuncia y la querrela, necesarias en los delitos que sólo se persiguen a instancia de parte.

En nuestro país, los delitos se persiguen a instancias del Ministerio Fiscal, por lo que se dice que tienen naturaleza pública. Ahora bien, existe un grupo de delitos, llamados privados, que sólo se persiguen si el ofendido interponer una querrela. Por último, entre

unos y otros están los delitos semiprivados, en los que es suficiente la interposición de denuncia.

### **3. Excusas absolutorias**

Se trata de circunstancias cuya concurrencia excluye la consideración de una conducta como delictiva, es decir, circunstancias que deben estar ausentes para que el delito pueda considerarse existente, como, por ejemplo, el parentesco en los delitos patrimoniales cometidos sin violencia o intimidación.

Otras excusas absolutorias son el desistimiento en la tentativa, la denuncia en los casos de cohecho o la retractación en el caso de falso testimonio.

## **IV. Circunstancias atenuantes**

### **1. Confesión de la infracción**

Está contemplada en el art. 21.4º CP

#### **1.1 Fundamento**

Según el Manual, el fundamento de esta atenuante es que facilita la tarea de la Administración de Justicia ya que supone que se hace más fácil la aplicación coactiva de la ley.

#### **1.2 Requisitos**

Podemos dividir sus requisitos o elementos en dos grandes bloques: la confesión de la infracción a las autoridades y que la misma tenga lugar antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él.

##### **1.2.1 Confesión de la infracción a las autoridades**

Es necesario que estemos ante una confesión veraz, ajustada a la realidad y plena, de forma que el sujeto confiese su participación en el delito.

Dicha confesión debe realizarse ante las autoridades que posean competencia para perseguir delitos, ya sea policiales o judiciales.

Se señala que la confesión debe ir acompañada de la puesta a disposición de la autoridad por parte del sujeto, de manera que, aunque no es necesario que el sujeto se presente ante la autoridad, no se podría aplicar la atenuante si, realizada la confesión, el sujeto huye.

##### **1.2.2 Antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él**

Primero hay que determinar cuando estamos ante un procedimiento judicial dirigido contra una persona. La jurisprudencia considera que es suficiente con la existencia de unas diligencias policiales como primera instancia del procedimiento penal, mientras que la doctrina exige una resolución judicial de iniciación del procedimiento, postura que también recogen los autores del manual. Es necesario, además, que el sujeto no sepa que el procedimiento se dirige contra él. En caso de que el sujeto lo supiese, podría aplicarse una atenuante por analogía.

## **2. Reparación del daño**

Esta atenuante está contemplada en el art. 21.5º CP

### **2.1 Fundamento**

Podemos considerar que la reparación del daño o la disminución de sus efectos, ayuda a la protección penal del bien jurídico, en cuanto supone un comportamiento dirigido a suprimir los efectos de su lesión.

### **2.2 Requisitos**

#### **2.2.1 Reparación del daño ocasionado a la víctima o disminución de sus efectos**

El precepto admite tanto una eliminación del daño (**reparación total**) como una disminución del mismo (**reparación parcial**). Eso sí, la reparación debe ser efectiva. Se admiten tanto una reparación material como una de carácter simbólico y debe realizarla el autor del delito, debiendo ir referida a la víctima, lo que no impide que pueda realizarse en delitos cuyo sujeto pasivo sea la sociedad o el Estado.

#### **2.2.2 En cualquier momento del procedimiento y antes de la celebración del juicio oral**

Por procedimiento debe entenderse el procedimiento judicial en sentido amplio, abarcando cualquier clase de diligencias policiales.

La celebración del acto del juicio oral supone que se inicia el mismo, estando fuera los casos de reparación durante el acto del juicio oral.

## **3. Dilaciones indebidas**

Esta atenuante está contemplada en el art. 21.6º CP

### **3.1 Fundamento**

Se trata de compensar la vulneración de un derecho fundamental, consagrado en el art. 24 CE.

### **3.2 Elementos**

#### **3.2.1 Dilación**

La existencia de una dilación no existe por el mero hecho de que se incumplan los plazos procesales, pues debe tratarse de un plus cualitativamente diferente. La dilación la integra no tanto la lenta tramitación de la causa como la completa inactividad procesal.

#### **3.2.2 Indebida**

No todo período de inactividad procesal es suficiente para aplicar esta atenuante, ya que existen dilaciones debidas. Una dilación será indebida cuando supone el alargamiento del proceso por encima de lo razonable o cuando se produce la paralización del procedimiento por causas atribuibles al órgano judicial o al sistema.

#### **3.2.3 En la tramitación del procedimiento**

La dilación debe producirse durante la tramitación del procedimiento, período temporal que abarca desde que el sujeto adquiere la condición de investigado hasta que se dicte sentencia firme.

#### **3.2.4 Dilación extraordinaria**

Una dilación tendrá carácter extraordinario cuando supere ampliamente los plazos de duración de litigios del mismo tipo.

#### **3.2.5 No atribuible al propio inculpado**

La atenuante no puede aplicarse cuando la dilación es atribuible al propio inculpado, por tanto, ésta debe ser atribuible a la acción u omisión de cualquier parte procesal.

### 3.2.6 Falta de proporción con la complejidad de la causa

No es posible establecer una regla concreta de proporcionalidad. Lo relevante radicará en la existencia de tiempos muertos en los que no haya habido actividad y que carezcan de justificación procesal.

## **4. Atenuantes por analogía**

El art. 21.7º CP permite la aplicación por analogía de las atenuantes recogidas en los seis primeros números del art. 21 CP.

## **V. Las inviolabilidades**

### **1. Delimitación conceptual: inviolabilidad, inmunidad y fuero especial**

#### 1.1 Inviolabilidad

La **inviolabilidad** es la exención de responsabilidad para ciertas personas, ya sea con carácter general o por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Es una institución de Derecho penal material, que responde a consideraciones de eficiencia.

#### 1.2 Inmunidad

La **inmunidad** supone la existencia de una serie de requisitos relacionados con la persecución de una persona. Estamos ante obstáculos procesales para la persecución del delito. Implica la imposibilidad de detención, de imputación o de procesamiento de las personas que gozan de la misma. Se trata de privilegios de tipo procesal.

#### 1.3 Fuero especial

Los **fueros especiales** suponen un privilegio procesal en la persecución del delito, pues se tiene derecho a ser juzgado por un Tribunal superior, en lugar del que sería el juez ordinario en otro caso.

En los tres casos estamos ante excepciones al principio de igualdad ante la ley. Es importante tener en cuenta que no se trata de privilegios de carácter personal, sino que su existencia se legitima por los intereses asociados a los cargos o instituciones a los que se conceden.

## **2. Inviolabilidades**

### 2.1 Inviolabilidad del Rey

El art. 56.3 CE recoge que la persona del Rey es inviolable y que no está sujeta a responsabilidad. Sus actos deben estar refrendados.

#### 2.1.1 Fundamento

Las razones que justifican el mantenimiento de este privilegio son de eficiencia, el interés en el ejercicio de la Jefatura del Estado sin dependencia de la lucha política.

#### 2.1.2 Localización sistemática

Se trata de una exigente que debe situarse en la punibilidad.

#### 2.1.3 Ámbito de aplicación

Debemos distinguir dos grupos o clases de actos:

#### **A) Actos en el ejercicio de sus funciones**

Son los actos del Rey que deben ser refrendados, ya que son los que se realizan en el ejercicio de sus funciones. La responsabilidad corresponde a las personas que refrendan estos actos, de forma que no existe duda de que el Rey no sería penalmente responsable.

## **B) Actos particulares**

Algunos autores consideran que la inviolabilidad también se extendería a éstos, mientras que otros autores consideran que sería posible exigir responsabilidad penal en estos supuestos a través del procedimiento de inhabilitación. La postura del Manual considera que sólo una abdicación permitiría la posibilidad de eliminar la inmunidad real.

### 2.2 Inviolabilidad de diputados y senadores estatales

#### 2.2.1 Regulación

El art. 71.1 CE establece que los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

#### 2.2.2 Fundamento

Esta eximente se basa razones de eficiencia. El interés en garantizar una formación libre de la voluntad política prima sobre el interés en la persecución de un posible delito.

#### 2.2.3 Contenido

La inviolabilidad abarca únicamente las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. El ámbito funcional de la inviolabilidad se limita al desempeño de las funciones parlamentarias.

#### 2.2.4 Inmunidad de los parlamentarios

Durante el período de su mandato, los Diputados y Senadores gozarán de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito.

#### **A) Fundamento**

Nos encontramos de nuevo ante razones de eficiencia. En este caso existe una vinculación con el funcionamiento normal de la Cámara, que excluye la necesidad de verificar la responsabilidad.

#### **B) Contenido**

Existen una serie de condiciones, entre las que destaca que la inmunidad sólo será durante el período de su mandato, que se inicia con la obtención de la condición de parlamentario y finaliza con la disolución de las Cámaras.

De todas formas, pueden ser detenidos en caso de flagrante delito, única posibilidad de detención que existe.

#### 2.2.5 Fuero especial

En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Se refiere a todos los actos realizados durante el tiempo en que se ha gozado de la condición de parlamentario, aunque el procesamiento tenga lugar una vez que ya se ha perdido la calidad de parlamentario.

### 2.3 Otros supuestos

También los parlamentarios autonómicos gozan de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su cargo, disfrutan además de inmunidad y gozan también de un fuero procesal especial.

Lo mismo puede decirse del Defensor del Pueblo, los miembros del Tribunal Constitucional y los parlamentarios europeos.

El Presidente del Gobierno carece de inviolabilidad, tiene un régimen de inmunidad limitado y disfruta igualmente de un fuero especial.

## LECCIÓN 26: UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

### **I. Consideraciones generales**

Una o varias conductas realizadas por un sujeto puede constituir una o varias acciones desde el punto de vista de los tipos penales. En caso de que existan varios preceptos, hay que decidir si todos ellos son aplicables al hecho o, por el contrario, se debe elegir solo uno para el castigo de la conducta o conductas realizadas.

Ambas cuestiones pertenecen a la teoría del hecho punible. Son cuestiones de interpretación de las correspondientes figuras delictivas.

Una acción está formada varios movimientos corporales. Según la concepción finalista, forman una unidad natural de acción todos los movimientos corporales dirigidos a la consecución de un mismo fin. Dicho concepto es interpretable, pues la delimitación de la acción dependerá de si nos fijamos en el fin último o en fines intermedios, y también de cómo se interprete la conexión espacial y temporal.

A este concepto aún hay que superponer otro criterio, el de la **unidad típica de acción**. Los tipos penales pueden señalar un segmento o varios como la acción típica, o bien unir como acción típica lo que serían varias unidades de acción en sentido natural.

### **II. Supuestos de unidad delictiva**

#### **1. Unidad típica en sentido estricto**

##### *1.1 Una sola acción natural, varios actos y una unidad típica reacción*

Para saber qué segmento o segmentos de una unidad natural de acción suponen una única realización del tipo, hay que atender en primer lugar a la redacción típica.

Existen tipos cuya redacción permite integrar en el mismo, como una sola realización, la ejecución de varios actos. Estos tipos pueden referirse a los siguientes supuestos:

- La repetición de actos homogéneos se integran en una unidad natural de acción
- La realización de actos heterogéneos se integran en una unidad natural de acción. A estos tipos les llamamos **delitos compuestos**
- Un subtipo de los delitos compuestos son aquellos casos en que cada uno de los actos que lo componen resultaría ya susceptible de integrar un tipo diferente por separado. Esta categoría recibe el nombre de **delito complejo**
- En ocasiones, el tipo prevé la posibilidad de diferentes formas de comisión, de manera que, si realiza una de ellas o varias, se comete en todo caso una sola unidad típica. A estos tipos se les denomina **tipos mixtos alternativos**.
- En el **delito permanente**, las distintas acciones u omisiones realizadas para mantener esa situación antijurídica se entienden comprendidas en una sola unidad típica de acción.

##### *1.2 Varias acciones naturales pero una unidad típica*

Es posible que el tipo construya como unidad típica lo que en realidad son varias unidades de acción en sentido natural. Es lo que sucede en el **delito habitual**.

#### **2. Unidad típica en sentido amplio**

La realización de varios actos pertenecientes a una unidad natural de acción se ejecutan en determinadas condiciones te permiten entender que sólo se ha realizado un único

delito. Esta conclusión debe deducirse de una interpretación del tipo conforme con su finalidad y con las valoraciones sociales. En tales casos nos encontramos con lo que la doctrina denomina una **unidad crítica de acción en sentido amplio**. Para apreciar esa unidad crítica se suelen exigir los siguientes requisitos elementos:

- 1) La contextualidad o estrecha conexión espacial o temporal entre las diversas acciones típicas.
- 2) La elevación simplemente cuantitativa en la lesión al bien jurídico, o intensificación del injusto típico, por lo que en caso de bienes jurídicos eminentemente personales, se exige también unidad de sujeto pasivo.
- 3) Existencia de una *culpabilidad unitaria* o *idéntica situación de motivación* o *unidad de fin* desde la perspectiva subjetiva.

Algunos autores incluyen en estos supuestos los casos de progresión delictiva, es decir, los supuestos en que el sujeto, en su realización del delito, va pasando por fases anteriores a la consumación ya punibles.

Otros autores entienden que se trata de un supuesto de concurso de leyes. Los límites que separan el concurso de leyes de la unidad típica no son siempre claros.

### **3. El delito continuado y el delito masa**

Se trata en ambos casos de una unidad delictiva creada a partir de varias unidades típicas de acción. Varias conductas, cada una de las cuales ya de por sí representa una realización de un tipo o de tipo semejantes, son unidas por el legislador, que pasa a considerarlas a todas juntas un único **delito continuado** o un **delito masa**.

El delito continuado y su variante del delito masa se encuentran regulados en el art. 74 CP.

Los requisitos para la aplicación del delito continuado y del delito masa son los siguientes:

- **Realización de una pluralidad de acciones o comisiones:**  
No se determina el número concreto de éstas. Tampoco se exige una conexión espacial o temporal estrecha entre ellas
- **Infracción del mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza:**  
Las distintas acciones u omisiones realizan el mismo tipo penal, un tipo básico y otros agravados o incluso tipos diferentes pero que protegen el mismo bien jurídico.
- **Ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión:**  
Se comprende por tanto dos modalidades, una responde a la idea de un fin único y la otra se refiere al supuesto en que cada vez que surge idéntica oportunidad, el sujeto vuelve a realizar el mismo o similar tipo penal.
- **Peculiaridades en relación con el sujeto pasivo:**  
Para la existencia de delito continuado es irrelevante que los tipos realizados afecten a uno o varios sujetos pasivos, excepto si se trata de delitos contra el honor o la libertad e indemnidad sexual, en los que se exige unidad de sujeto pasivo.  
En los casos de infracciones contra el patrimonio en que se hubiere perjudicado a una generalidad de personas, nos encontramos con la variante del **delito masa**. Dicho delito se distingue únicamente por la posibilidad prevista de elevar considerablemente la pena para los supuestos delitos de notoria gravedad.
- **Exclusión de los bienes jurídicos eminentemente personales, salvo el honor y la libertad e indemnidad sexuales:**

Quedan excluidas del delito continuado las infracciones contra bienes jurídicos personales, salvo el honor y la libertad e indemnidad sexuales. Para decidir en qué infracciones cabe apreciar delito continuado, el Código Penal indica que se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido. En todo caso es necesario que se haya afectado con las diferentes acciones u omisiones a un mismo sujeto pasivo.

- **No es necesario que la aplicación del delito continuado beneficie al reo, sino que, por el contrario, la regulación actual prevé la posibilidad de que esta aplicación perjudique al reo:**

El CP distingue según la cuantía de lo apropiado para calificar el hecho como delito leve (debajo de 400 €) o como delito menos grave (si supera 400 €). En esta situación, puede suceder que lo que debiese enjuiciarse como un concurso real de delitos leves, se convierta, al apreciarse un delito continuado, en un delito menos grave contra la propiedad, si al sumarse las cuantías de cada uno de los actos, el total supera los 400 €.

### **III. Supuestos de pluralidad delictiva**

Son supuestos en que una o varias acciones, que no se corresponden con el segmento o segmentos recortados por los tipos, realizan varios delitos.

#### **1. Concurso real de delitos**

En el concurso real de delitos, regulado en el art. 73 CP a efectos de determinación de la pena, nos encontramos con varias acciones u omisiones y varios delitos: el sujeto ha realizado una pluralidad de acciones u omisiones, cada una de las cuales realiza un delito.

Para apreciar el concurso real de delitos se exige que los hechos se enjuicien en el mismo proceso o que, por su conexión o momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso y que sobre ninguno de ellos haya recaído ya sentencia condenatoria.

Se distingue en:

- **Concurso real homogéneo**, cuando el sujeto realizar varias acciones y todas ellas infringen el mismo precepto penal
- **Concurso real heterogéneo**, cuando cada una de las acciones realiza un tipo diferente

#### **2. Concurso ideal delitos**

Está regulado en el art. 77 CP. Estamos ante un concurso ideal de delitos cuando una sola acción u omisión constituye dos o más delitos. Es decir, la acción natural o el segmento de la misma recortado por el tipo es subsumible simultáneamente en dos o más preceptos, realiza a la vez dos o más tipos diferentes.

La diferencia entre el concurso ideal de delitos y el concurso de leyes radica en que en el primer caso es necesario aplicar todos los tipos penales en juego.

El concurso ideal de delitos podemos distinguir entre:

- **Concurso ideal homogéneo**, cuando una sola acción realiza simultáneamente varios delitos idénticos
- **Concurso ideal heterogéneo**, cuando en la misma acción se realizan dos tipos diferentes



### **3. Concurso medial**

El art. 77 CP regula el concurso medial. Concorre cuando el sujeto comete varios delitos y uno de ellos es **medio necesario para cometer el otro**. Un segmento de la unidad natural de acción ha sido recortado por un tipo penal como la acción típica y es, a su vez, el medio necesario para realizar otro tipo penal que recoge otro segmento distinto de esa acción natural como acción típica. Ambos delitos mantienen, por tanto, una relación de medio a fin.

Resulta esencial para la aplicación de esta figura la determinación de cuando uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro.

Una parte de la doctrina y la jurisprudencia exige que esa relación de necesidad se interprete en sentido real, concreto y restrictivo, no bastando con que un delito sea medio para cometer otro, sino que el primer delito tiene que ser objetivamente indispensable para cometer el segundo en la ocasión concreta.

## **IV. El concurso de leyes penales. Concepto y principios de resolución**

El **concurso de leyes** se da cuando una acción u omisión es subsumible en varias figuras delictivas, igual que en el concurso ideal de delitos, pero con la diferencia que en el concurso de leyes basta con aplicar uno solo de los preceptos, porque el mismo ya comprende todo el desvalor del hecho y si castigáramos aplicando todos los tipos penales en los que la conducta aparece como subsumible, incurriríamos en *bis in idem*.

El vigente Código Penal regula el concurso de leyes en el art. 8, que recoge los criterios para elegir el precepto aplicable cuando sucedan estas situaciones:

1. **Especialidad:** el precepto especial se aplicará con preferencia al general. Este principio se aplica cuando un precepto contiene todos los elementos de otro y además alguno adicional. Es la relación que existe entre los tipos privilegiados o agravados y el tipo básico.
2. **Subsidiaridad:** el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. El propio Código nos indica que un precepto sólo va a ser aplicable si no encontramos otro en el que encaje el hecho y que tipifique una conducta más grave. A estos casos se les conoce como *subsidiariedad expresa*. Otras veces no está previsto expresamente, pero se entiende que el precepto está en una relación de *subsidiariedad tácita* respecto de otras figuras más graves.
3. **Consunción:** el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Esta regla es de especial aplicación a los delitos complejos. Supuestos interesantes del principio de consunción son los siguientes:
  - A. En los supuestos de progresión delictiva, las fases posteriores consumen a las fases anteriores del *iter criminis*.
  - B. Los hechos acompañantes menos graves consustanciales a la comisión del delito principal quedan consumidos por éste.
  - C. Determinados hechos posteriores se consideran impunes por quedar también consumidos en el delito principal, ya que se ven como una consecuencia lógica de su ejecución.
4. **Alternatividad:** en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con una pena menor. Este principio tiene su fundamento en que, en ocasiones, el legislador ha contemplado el delito desde diferentes puntos de vista, creando por ello diversos preceptos diferentes, que

contienen un núcleo común, pero algunos elementos distintos. La existencia de un concurso de leyes de estas características puede deberse a motivos diferentes:

- Las diferencias entre los preceptos responden a un mismo motivo, con lo que aplicando uno solo, se comprende todo el desvalor del hecho.
- Las diferencias entre los dos preceptos que tienen una zona común responden a valoraciones distintas del ordenamiento, pero el hecho de que la zona común tenga el núcleo más importante el desvalor del hecho hace que no se pueda aplicar ambos tipos sin incurrir en *bis in idem*.
- La situación es fruto simplemente de una mala técnica del legislador, que no ha advertido el solapamiento entre dos preceptos. En este caso, el Código Penal aplica el precepto que tenga señalada una pena más grave.

# TERCERA PARTE: LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

## LECCIÓN 27: EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

### **I. El sistema de penas en la legislación española**

#### **1. Principios rectores del sistema de penas en la Constitución de 1978**

La Constitución determina los principios rectores en el marco del Estado social y democrático de Derecho.

En materia de sistema de penas, cabe destacar dos artículos de la Constitución:

- Art.15 CE, que consagra el derecho de todos a la vida, a la integridad física y moral.
- Art. 25.2 CE, que establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.

Las principales implicaciones que los preceptos enunciados tienen de cara a la configuración del sistema de penas son las siguientes:

- 1º Se prohíbe la pena de muerte para tiempos de paz
- 2º Se prohíben las penas inhumanas o degradantes. Se entiende como pena inhumana aquella que provoca graves padecimientos físicos. La pena degradante es la que causa envejecimiento o grave humillación en el penado.
- 3º Deslegitimación de las penas privativas de libertad de larga duración o de duración perpetua.
- 4º Se prohíbe que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad consistan en trabajos forzados.
- 5º Se establecen ciertos límites a la privación o limitación de derechos fundamentales durante la ejecución de la pena de prisión. Así, sólo se podrán privar o limitar los derechos fundamentales expresamente señalados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

#### **2. Sistema de penas en el Código Penal español**

##### 2.1 Consideraciones preliminares

Las distintas clases de penas que se pueden imponer a las personas físicas se recogen en el Título III del Libro I del vigente Código Penal. En este Código se introdujo el sistema de días de multa o los trabajos en beneficio de la comunidad, la flexibilización de las reglas de la individualización de la pena y se concedió mayor peso a la prevención especial a la hora de determinar la pena.

Desde la entrada en vigor hasta la actualidad, se ha producido un endurecimiento general de las penas y de las condiciones de su cumplimiento. Cabe mencionar la posibilidad de cumplimiento efectivo de la totalidad de la pena de prisión y la utilización, en mayor medida, de la pena de prisión.

La reforma de LO 1/2015 introdujo la *prisión permanente revisable* para aquellos delitos de extrema gravedad en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido.

## 2.2 Clases de penas

Las distintas penas que se pueden imponer con arreglo al vigente Código penal se pueden clasificar en atención a distintos criterios.

### 2.2.1 Por razón del bien jurídico o derecho afectado por la pena

Este criterio aparece recogido en el art. 32 CP. Se puede diferenciar entre penas privativas de libertad, penas privativas de otros derechos y multa. Esta clasificación no incluye la pena de muerte puesto que la Constitución sólo contempla la posibilidad de su aplicación por parte de las leyes penales militares en tiempos de guerra.

#### **A) La pena de muerte**

- a) **Naturaleza:** Consiste en la privación de la vida
- b) **Regulación:** La Constitución prohíbe la pena de muerte para tiempos de paz. El Código penal militar la mantuvo hasta que quedó abolida en 1995. Hoy día, para aplicar la pena de muerte, habría que modificar por ley orgánica.

#### **B) Penas privativas de libertad**

- a) **Naturaleza:** Afectan de forma directa a la libertad ambulatoria del penado, que será obligado a permanecer en un lugar durante un periodo de tiempo determinado o indeterminado. Dicho lugar consistirá en un centro penitenciario o en cualquier otro espacio cerrado en el que pueda residir una persona y que será establecido por la autoridad judicial competente.
- b) **Exigencia constitucional:** El art. 25.2 CE exige que las penas privativas de libertad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social.
- c) **Regulación:** El art. 35 CP establece que son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Por su parte, el art. 34.1 CP dispone que no se reputarán penas la detención y la prisión preventiva. Ambas suponen la retención obligatoria del sujeto, por lo que afectan a la libertad ambulatoria del mismo modo que las penas privativas de libertad. Sin embargo, su naturaleza es distinta, pues se trata de medidas cautelares de naturaleza penal que se acuerdan para proceder a la investigación del delito, garantizar el desarrollo del proceso y asegurar la presencia del sujeto ante el juez.

#### **C) Penas privativas de otros derechos**

- a) **Naturaleza:** Afectan a cualquier derecho del ciudadano que no sea el de la vida, la libertad ambulatoria o el patrimonio.
- b) **Regulación:** El art. 39 CP establece las penas privativas de otros derechos que pueden imponerse en nuestro sistema legal. Pueden diferenciarse seis grupos:
  - 1º Inhabilitaciones, que privan al penado de la titularidad de un cargo o del derecho a ser elegido para el mismo, de un honor o empleo, del ejercicio de oficio, industria, actividad laboral o empresarial determinada, y de los derechos de la patria potestad.
  - 2º La privación de la patria potestad
  - 3º Las suspensiones de empleo o cargo público, que afectan al ejercicio que se derive del empleo o cargo público pero no privan al penado de su titularidad
  - 4º Las aplicaciones de otros derechos específicos, que privan al penado del ejercicio del derecho a conducir vehículos a motor, del derecho a la tenencia y porte de armas y del derecho a comunicarse con determinadas personas
  - 5º Las restricciones de la libertad ambulatoria, que privan al penado del derecho a residir o a acudir a determinados lugares, así como de aproximarse a determinadas personas.
  - 6º Los trabajos en beneficio de la comunidad

El art. 34.1 CP establece que no se reportaran penas las medidas cautelares de naturaleza penal

**D) Penas patrimoniales: la multa penal**

- a) **Naturaleza:** Afecta al patrimonio del penado y tiene una naturaleza pecuniaria, pues consiste en el pago de una determinada cantidad de dinero.
- b) **Regulación:** De acuerdo con los arts. 50, 51 y 52 CP, existen dos clases de pena de multa:
  - 1º La que se establece conforme al sistema de días multa, que se impone con carácter general
  - 2º La multa proporcional, que se impone sólo en los casos en los que el Código expresamente lo determine, en proporción al daño causado.

El art. 34.1 CP niega la naturaleza de pena a todas las medidas cautelares de naturaleza penal. Dentro de las mismas se incluyen las fianzas y los embargos, que se consideran medidas cautelares.

Por otro lado, también se desprende de los apartados 2 y 3 del art. 34 CP que no tienen consideración de pena las multas que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

2.2.2 Por razón de su gravedad

**A) Significado del criterio clasificador**

En atención a su naturaleza y la relación, las penas se clasifican graves, menos graves y leves, lo que se corresponde con la clasificación establecida para las infracciones penales del art. 13 CP, que distingue entre delitos graves, delitos menos graves y delitos leves. El apartado 4 de este precepto establece que, cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre la categoría de grave y menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve o menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

**B) Regulación**

- **Penas graves:** reguladas en el apartado 2 art. 33 CP y son las siguientes:
  - a) La prisión permanente revisable
  - b) La prisión superior a cinco años
  - c) La inhabilitación absoluta
  - d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años
  - e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años
  - f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor por tiempo superior a ocho años
  - g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años
  - h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años
  - i) La prohibición de comunicarse y/o aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años
  - j) La privación de la patria potestad
- **Penas menos graves:** reguladas en el apartado 3 art. 33 CP y son las siguientes:
  - a) La prisión de tres meses hasta cinco años
  - b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años
  - c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años

- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor de un año y un día a ocho años
  - e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años
  - f) La inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de un año y un día a cinco años
  - g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años
  - h) La prohibición de comunicarse y/o aproximarse a la víctima o a aquellos familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo de seis meses a cinco años
  - i) La multa de más de tres meses
  - j) La multa proporcional
  - k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 días a un año
- **Penas leves:** reguladas en el apartado 4 art. 33 CP y son las siguientes:
- a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año
  - b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año
  - c) La inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año
  - d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses
  - e) La prohibición de comunicarse y/o aproximarse a la víctima o a aquellos familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes al menos de seis meses
  - f) La multa de hasta tres meses
  - g) La localización permanente de un día a tres meses
  - h) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días

El apartado 5 del art. 33 CP determina que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve.

### C) Trascendencia de la clasificación

La clasificación entre penas graves, menos graves y leves que recoge el artículo 33 CP tiene una trascendencia relativa.

#### 2.2.3 Por razón de su autonomía o posición funcional

##### A) Significado del criterio clasificador

Por razón de su autonomía o posición funcional, se distingue entre penas principales y accesorias:

- Las **penas principales** no dependen de otras para ser impuestas, sino que se prevén expresamente como las consecuencias de la infracción penal.
- Las **penas accesorias** se vinculan obligatoria o potestativamente, según los casos, a ciertas penas principales o a determinados delitos.

##### B) Regulación

En términos generales, se puede decir que, salvo en los casos expresamente previstos, la duración de la pena accesoria es igual a la de la pena principal. Por otro lado, las penas accesorias no constituyen un mero efecto automático de la imposición de la pena principal, sino que requieren siempre condena expresa por parte de los tribunales. En caso contrario, no podrán imponerse aunque, de acuerdo con la ley, resulte de

aplicación obligatoria. Las reglas de la imposición de las penas accesorias permiten diferenciar entre tres posibilidades:

**a) *Penas accesorias vinculadas a la pena de prisión***

En función de la duración de la prisión se pueden distinguir dos hipótesis:

- 1º Cuando la pena de prisión impuesta sea igual o superior a 10 años, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la condena. El juez podrá imponer además la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubiesen tenido relación directa con el delito cometido.
- 2º Cuando la pena de prisión impuesta sea inferior a 10 años, los jueces podrán imponer las siguientes:
  - Suspensión de empleo o cargo público
  - Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena
  - Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, etc., si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido.

**b) *Penas accesorias vinculables a determinadas infracciones penales***

El art. 57 CP permite diferenciar entre dos hipótesis:

- 1º El apartado 1 establece que los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias prohibiciones contempladas en el art. 48 CP (prohibición de residir o acudir a determinados lugares, de aproximarse o de comunicarse con determinadas personas). Si la pena principal impuesta fuera de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de alguna de las referidas prohibiciones, la duración de las mismas podrá superar a la pena de prisión entre uno y 10 años, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave.
- 2º El apartado 3 establece que también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48 CP por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de delitos leves.

**c) *Penas accesorias necesariamente vinculadas a determinadas infracciones penales cuando existe una determinada relación entre el sujeto activo y pasivo***

El art. 57.2 CP establece que en los supuestos de los delitos mencionados, cuando se cometan contra las personas que establece el art. 173.2 CP, se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 CP por un tiempo que no excederá de 10 años, si el delito fuese grave, o de cinco, si fuese menos grave.

2.2.4 Por razón de su pluralidad o singularidad

En función de su pluralidad o singularidad, se puede diferenciar entre penas únicas, acumulativas y alternativas:

- La **pena única** es aquella que aparece prevista como la sola consecuencia de la infracción penal
- Las **penas acumulativas** se producen cuando la infracción penal tiene previstas dos o más penas de naturaleza diversa que se aplican conjuntamente
- Las **penas alternativas** son aquellas previstas como consecuencia de la infracción penal que son de naturaleza diversa y de aplicación mutuamente excluyente, quedando al arbitrio del juez la imposición de una u de otra

En algunos casos, el legislador combina la acumulación y la alternatividad.

### 2.2.5 Penas originarias y penas sustitutivas

Las **penas originarias** son las específicamente previstas por la ley para el delito en cuestión, ya sean únicas, acumulativas o alternativas. Las **penas sustitutivas** no aparecen previstas por la ley como penas de la infracción penal, pero el juez o tribunal puede imponer las mismas siempre que se den los requisitos legales establecidos.

El vigente Código Penal sólo prevé dos supuestos de sustitución en sentido estricto, en los que la sustitución resulta además, como regla general, obligatoria.



# LECCIÓN 28: LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, (I): TIPOLOGÍA Y CÓMPUTO

## **I. Las penas privativas de libertad**

### **1. Breve referencia a su evolución histórica**

La privación de libertad como pena autónoma, consistente en la mera restricción de la libertad ambulatoria del penado, no aparece hasta el siglo XVIII.

Anteriormente, la retención del penado tenía un cariz meramente instrumental, se imponía para satisfacer otros fines, como asegurar la presencia del acusado en el proceso que siguieran contra él o para aplicar otras penas.

Con la llegada del siglo XVIII, la dignidad del hombre pasó a ser un valor fundamental. La libertad se concibió como un derecho esencial de la persona. En ese contexto, la privación de libertad se perfiló como el castigo por antonomasia de los sistemas políticos liberales del siglo XIX.

### **2. Las penas privativas de libertad en el Código Penal español**

Desde 1822, la mayoría de las penas previstas por los códigos penales españoles son privativas de libertad.

En virtud de su duración y las condiciones de cumplimiento, se diferenciaban distintas clases de penas privativas de libertad que suponía el encierro institucionalizado del individuo.

El Código Penal de 1995 simplificó el sistema punitivo, pues contemplaba una sola clase de pena de prisión, que puede considerarse grave o menos grave, en función de su duración. Tras la reforma introducida por LO 1/2015, se introduce la **pena de prisión permanente revisable**, que tiene la consideración de pena grave. El sistema vigente incorpora otras dos clases de penas a la categoría de penas privativas de libertad, como son la **localización permanente** y la **responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa**.

#### 2.1 La prisión permanente revisable

##### 2.1.1 Consideraciones previas

La **prisión permanente revisable** ha sido introducida por la reforma de la LO 1/2015. El legislador justifica esta decisión en base a tres razones:

- La prisión permanente revisable constituye una pena presente en los ordenamientos de otros países de nuestro entorno europeo.
- Se considera que este tipo de respuesta punitiva es necesaria como consecuencia de delitos de extrema gravedad.
- El hecho de que esta pena está sujeta a un régimen de revisión, permite su remisión, lo que hace que la misma no resulte contraria al art. 25.2 CE

##### 2.1.2 Contenido, extensión y cómputo

La prisión permanente revisable consiste en la obligación del penado de permanecer retenido en un centro penitenciario durante un tiempo y de manera continuada. De acuerdo con el art. 33.2 CP, la prisión permanente revisable tiene la consideración de pena grave.

Con respecto al cómputo de la prisión permanente revisable, son aplicables las mismas reglas previstas para el cómputo de la pena de prisión.

En lo que se refiere a su extensión, la prisión permanente revisable es una pena de duración indeterminada, que puede prolongarse tanto como la vida del penado.

### 2.1.3 Ámbito de aplicación

La prisión permanente revisable está prevista como pena principal de los siguientes delitos:

- Delito de asesinato, siempre que se den alguna de las siguientes circunstancias:
  - 1º Que la víctima sea menor de 16 años de edad o se trate de una persona especialmente vulnerable
  - 2º Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima
  - 3º Que el delito si hubiera cometido por quien perteneciera a un grupo u organización criminal

Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá la pena de prisión permanente revisable.

- Homicidio del Rey, de la Reina o del Príncipe o Princesa de Asturias
- Homicidio del Jefe de un Estado extranjero
- Genocidio
- Delitos de lesa humanidad

## 2.2 La prisión

### 2.2.1 Contenido y extensión

El contenido de la pena de prisión es el mismo que el de la pena de prisión permanente revisable. Con respecto a su extensión, el Código establece, con carácter general, un límite mínimo y un límite máximo de duración:

- Como regla general, el **límite mínimo es de tres meses**. Si procediese imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta deberá sustituirse por la pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. No obstante, se contempla la posibilidad de que se imponga una pena de prisión inferior a tres meses cuando excepcionalmente así lo dispongan otros preceptos del Código.
- Como regla general, el **límite máximo es de 20 años**, según el art. 36.2 CP, el cual prevé que otros preceptos del Código excepcionalmente establezcan penas de prisión de duración superior. El límite máximo se puede rebasar de las siguientes maneras:
  - 1º Hay delitos cuya regulación prevé específicamente penas de hasta 25 años de prisión
  - 2º La aplicación de las reglas del concurso de delitos puede resultar en el cumplimiento de penas de prisión de 25, 30 y hasta 40 años de duración.
  - 3º En supuestos de pluralidad delictiva en los que no quepa aplicar las reglas de acumulación de penas que suponen la imposición de un límite máximo de cumplimiento efectivo, la pena de prisión no queda sujeta a términos absolutos en cuanto a su duración
  - 4º La concurrencia de más de dos circunstancias agravantes sin que concurra circunstancia atenuante alguna, puede dar lugar a la aplicación de la pena superior en grado a la prevista por la ley, en su mitad inferior.

### 2.2.2 Cómputo

Con respecto al inicio del cómputo, el art. 38 CP distingue entre dos posibilidades:

- Cuando el reo esté preso, la duración de la pena empezará a computarse desde el día en que la sentencia devenga firme.
- Cuando el reo no estuviese preso, la duración de la pena empezará a contar desde que ingrese en el establecimiento adecuado para el cumplimiento de la pena de prisión.

### 2.2.3 El problema de la pena de prisión

#### **A) La crisis de la pena de prisión**

La prisión se ha revelado más ineficaz de lo esperado para satisfacer muchos de los cometidos que le fueron asignados. Las disfunciones son varias:

- La prisión no es infalible desde el punto de vista preventivo general negativo teniendo en cuenta las dimensiones absolutas de la población que habita nuestros centros penitenciarios.
- Desde el punto de vista preventivo especial negativo, la cuestión resulta más compleja de valorar. Esos efectos preventivos especiales no se prolongan más allá de la duración efectiva de la pena, teniendo en cuenta que un porcentaje de los penados vuelve a delinquir después de haber sido liberado.
- La experiencia ha demostrado que la prisión no consigue reeducar o resocializar al penado en la mayoría de los casos, más bien al contrario.
- La aspiración reeducadora de la prisión debe estar sometida a límites en el Estado social y democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución. La resocialización es un objetivo deseable, pero no puede convertirse en una imposición absoluta.

#### **B) El problema de las penas de prisión de larga y corta duración**

Es preciso evitar las penas de prisión excesivamente largas, pues los efectos perniciosos del encierro se tornan irreversibles cuando éste se prolonga. La regulación exige una permanencia mínima en prisión, que resulta excesivamente prolongada y que dificulta la reinserción y reeducación del penado.

Se hace también necesario prescindir de las penas de prisión excesivamente cortas, entendiendo aquellas que son inferiores a seis meses, ya que resultan demasiado breves para llevar a cabo con éxito un programa de reeducación o reinserción. Además, son lo suficientemente largas como para que se produzca la estigmatización.

### 2.3 La localización permanente

La LO 15/2003 introdujo la pena de localización permanente como pena privativa de libertad de carácter leve.

La LO 5/2010 introdujo importantes modificaciones en la regulación de esta pena, que pasó a estar prevista no sólo como pena leve alternativa o acumulativa, sino también como pena única y menos grave.

La LO 1/2015 cambió de nuevo esta pena, volviéndola a prever como pena leve ligada a muy pocos delitos leves y nunca como pena única, sino alternativa a otras, como la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad.

#### 2.3.1 Contenido y régimen de cumplimiento

La localización permanente obliga al penado a permanecer retenido en un lugar determinado durante un periodo de tiempo. Estamos, por tanto, ante una pena privativa de libertad que afecta a la libertad ambulatoria.

El lugar donde el penado ha de ser retenido puede variar, pudiéndose establecer tres hipótesis:

- El **propio domicilio del penado**. Esta es la primera opción a la que se refiere el artículo 37.1 CP. Por domicilio se entenderá cualquier lugar en el que pueda permanecer el penado de modo estable.
- En **otro lugar determinado fijado por el juez** en sentencia o posteriormente en auto motivado. Se prevé para los casos en los que el penado no pueda cumplir condena en su propio domicilio por carecer de éste, o bien porque en el mismo resida la víctima

y la relación entre ésta y el penado exija el cumplimiento de la pena en un lugar distinto.

- En el **centro penitenciario** más próximo al domicilio del penado. El juez, cuando se den los requisitos mencionados, está facultado pero no obligado a imponer este régimen de incumplimiento.

Con respecto a su régimen de cumplimiento, la localización permanente habrá que cumplirse, en principio, de forma continuada, pero caben dos excepciones:

- Que la localización permanente se cumpla en un centro penitenciario
- Que el juez acuerde el cumplimiento durante los sábados y domingos o de forma no continuada.

Si el condenado incumpliese la pena de localización permanente, el juez podrá acusarlo de un delito de quebrantamiento de condena. Para garantizar el cumplimiento efectivo, se permite que el juez o tribunal utilice los medios electrónicos que hagan posible comprobar la localización del reo.

### 2.3.2 Extensión y cómputo

El límite mínimo de duración se establece en un día y el límite máximo es de seis meses.

Dicho límite de seis meses se puede rebasar cuando el penado incumpla la pena originaria de multa impuesta por la comisión de un delito leve, por lo que quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria que podrá cumplirse mediante un día de localización permanente por cada dos cuotas de multa insatisfechas. El periodo de localización permanente resultante que superarse los seis meses de duración podría cumplirse.

Para el cómputo de la localización permanente rige lo dispuesto en el art. 38 CP. Si el reo estuviese preso por otra causa en el momento en que la sentencia condenatoria a localización permanente deviene firme, deberá cumplir la misma una vez liquidada la pena de prisión.

### 2.3.3 Problemas que plantea

Se duda del potencial preventivo de la localización permanente, tanto en el ámbito de la prevención general como en el de la prevención especial negativa.

Lo cierto es que la localización permanente no se orienta directamente a la consecución de la reeducación o reinserción del penado.

### 2.4 La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa constituye una pena privativa de libertad.

# LECCIÓN 29: PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, Y (II): EJECUCIÓN

## **I. La ejecución de las penas privativas de libertad**

### **1. Naturaleza de la ejecución de la pena privativa de libertad**

La ejecución o efectiva aplicación de la pena privativa de libertad hace referencia a las condiciones de su cumplimiento.

El Derecho penitenciario surge como el conjunto de normas que regulan el funcionamiento interno de las prisiones, así como las actividades y condiciones de vida de los reclusos.

### **2. Evolución penitenciaria**

#### 2.1 Los orígenes del sistema penitenciario

El origen de los actuales sistemas penitenciarios se encuentra en la época en la que la pena privativa de libertad tenía todavía un cariz instrumental y se utilizaba para explotar a los penados como mano de obra.

El tránsito a la Edad Contemporánea trajo consigo un replanteamiento profundo de la pena de prisión, que afectó a su régimen de ejecución.

Las aportaciones de HOWARD y BENTHAM, a finales del siglo XVIII, produjeron un cambio radical en las cárceles en Europa.

Surgieron sistemas penitenciarios que constituyen los antecesores más directos de los actuales.

#### 2.2 Los sistemas penitenciarios

##### 2.2.1 Sistema pensilvánico o filadélfico

Se inspiraba en un planteamiento moralizante, que perseguía que el recluso se transformase a través del arrepentimiento, el silencio, la meditación y el aislamiento absoluto. Los penados permanecían constantemente solos en sus celdas, sin poder establecer ningún tipo de contacto con el exterior ni con el resto de sus compañeros.

El sistema presentaba graves inconvenientes, como por ejemplo, los graves efectos que provocaba en la salud física y mental de los penados. Por otro lado, hacía muy difícil la reintegración a la vida en sociedad.

##### 2.2.2 Sistema auburniano o de Auburn

En este sistema, el aislamiento del recluso era solo nocturno, pues durante el día se imponían el trabajo en común y actividades educativas básicas. Regía la regla del silencio absoluto, la prohibición de todo contacto con el exterior y una disciplina muy estricta, que implicaba la aplicación de castigos corporales.

El sistema auburniano resultaba más rentable que su antecesor y mitigaba los efectos que éste causaba sobre la salud de los reclusos.

##### 2.2.3 Sistemas progresivos y sistemas de individualización científica

El sistema progresivo supone un salto cualitativo en la evolución penitenciaria y es asumido por la actual legislación penitenciaria española.

Concibe el tiempo de encierro como un proceso de preparación del penado para su vuelta a la vida libre en sociedad. Incorpora una verdadera finalidad rehabilitadora.

Existen variantes de este sistema, pero todas tienen elementos comunes:

- El tiempo de privación de libertad se divide en periodos, que van desde el inicial, que es el más duro o restrictivo de los derechos del penado, hasta el final, en el que el mismo puede terminar de cumplir su condena en libertad.
- El paso de un período a otro se decide en función del tiempo transcurrido, de la evolución del penado y de su comportamiento.
- En los diferentes períodos, se realizan actividades orientadas a la reinserción social.

La rigidez inicial fue superada por el sistema de individualización científica, considerado por la opinión mayoritaria como una variante del sistema progresivo. Las particularidades de este sistema son las siguientes:

- Permite que el recluso pueda ser inicialmente clasificado en cualquiera de los períodos de cumplimiento.
- Hace posible que el penado no tenga que pasar por todos los períodos hasta llegar al último.
- Prevé un tratamiento y un régimen individualizado de cumplimiento para cada recurso.

### **3. El derecho penitenciario español**

El Derecho penitenciario se define como el conjunto de normas que regulan la ejecución o régimen de cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad.

Constituye una parte del *ius puniendi* estatal y está llamado a cumplir determinadas funciones y a respetar determinados límites y garantías de acuerdo con la Constitución.

#### **3.1 El régimen de ejecución de las penas de prisión en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario**

##### **3.1.1 Consideraciones previas**

#### **A) Normativa vigente y sistema penitenciario**

Los aspectos esenciales de la ejecución de la pena de prisión se recogen en la LOGP, que es desarrollada por el RD 190/1996. Ambas normas se inspiran en los sistemas progresivos y también en su variante denominada sistema de individualización científica.

Con la introducción de la pena de prisión permanente revisable, se pueden hacer las siguientes puntualizaciones:

- El contenido de la prisión permanente revisable es el mismo que el de la pena de prisión.
- La reforma penal de 2015 redefine la naturaleza de la libertad condicional, que pasa a ser una forma de suspensión de la pena de prisión permanente revisable y de la pena de prisión.

#### **B) Régimen sentencia y tratamiento**

La normativa vigente en materia de ejecución de la pena de prisión impone al penado un régimen de cumplimiento de su condena. Este régimen determina la distribución de su tiempo en su día a día, así como el conjunto de actividades que tendrá que realizar. En paralelo a este régimen, cada penado será destinatario de un tratamiento, que se define como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de su reeducación y reinserción social. Tanto la pena de prisión como el tratamiento deben orientarse a la consecución de los mismos fines de reinserción y rehabilitación.

### 3.1.2 Establecimientos penitenciarios

Es preciso tener en cuenta la causa que motiva el ingreso de una persona en centro penitenciario pues, dependiendo de la misma, el establecimiento penitenciario de destino será distinto.

Se pueden diferenciar cuatro posibilidades:

- 1º Sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente que condene el sujeto a la pena de prisión
- 2º Sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente por la que se imponga al sujeto una medida de seguridad privativa de libertad
- 3º Auto dictado por el juez o tribunal competente que acuerda la prisión preventiva del sujeto
- 4º Orden de detención que puede dictar la policía, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial.

El establecimiento penitenciario en el que el sujeto será privado de libertad puede ser alguno de los tres siguientes:

- **Establecimientos penitenciarios para presos preventivos.** En ellos ingresan los presos preventivos y las personas privadas de libertad en virtud de orden de detención. También podrán cumplirse en este tipo de establecimientos las penas y medidas de seguridad privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses
- **Establecimientos de cumplimiento.** En ellos ingresan las personas condenadas en sentencia firme a una pena de prisión superior a seis meses. Se diferencian los cerrados, los ordinarios y los abiertos. En cada uno de ellos se aplica un régimen de cumplimiento de la pena de idéntico nombre.
- **Establecimientos especiales.** Entre los mismos se diferencian los centros hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación o inserción social. En ellos prevalece el carácter asistencial o rehabilitador del internamiento.

### 3.1.3 Aspectos esenciales de la ejecución de la pena de prisión

#### **A) Grados de clasificación y regímenes del cumplimiento**

Una vez que el condenado a prisión ingresa en el establecimiento de cumplimiento, debe ser clasificado dentro de alguno de los grados que la normativa vigente diferencia como etapas de cumplimiento de la pena de prisión.

Se diferencian tres grados de cumplimiento más una cuarta etapa denominada **libertad condicional**, durante la que el penado puede cumplir su condena en libertad.

Los tres primeros grados o etapas de cumplimiento de la prisión son las siguientes:

- 1º **Primer grado:** en el que se clasifica a los penados considerados de peligrosidad extrema o inadaptados al régimen ordinario. En este primer grado rige el régimen cerrado, caracterizado por un intenso control y vigilancia de los penados.
- 2º **Segundo grado:** en el que se clasifica a los penados en quienes concurren circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia. Suele ser el grado de clasificación del inicio del cumplimiento de la pena de prisión y el que se asigna a los penados pendientes de clasificar.
- 3º **Tercer grado:** en el que se clasifica a las penados que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. En este tercer grado rige el régimen abierto.

#### **B) El principio de flexibilidad**

El sistema penitenciario español rige el principio de flexibilidad. Esta flexibilidad se advierte en las siguientes posibilidades que ofrece la normativa vigente:

1º **Flexibilidad en cuanto a la clasificación inicial en grado.** Permite que el penado, en atención a sus características, pueda ser clasificado inicialmente en cualquiera de los tres grados analizados. Lo que no permite la ley, con carácter general, es que el sujeto acceda a la libertad condicional desde el inicio del cumplimiento de la pena de prisión.

La clasificación en el tercer grado exige haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. El Código Penal establece una limitación para la clasificación inicial en tercer grado a través de los denominados *periodos de seguridad*. En este sentido, se hacen las siguientes precisiones:

- Cuando la duración de la pena impuesta sea superior a cinco años, el juez **podrá** ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la condena.
- Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y consecuencia de la comisión de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo, etc., la clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario **no podrá** efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma.

El acceso al tercer grado de los condenados a prisión permanente revisable no podrá efectuarse:

- a) Hasta el cumplimiento de 20 años de prisión efectiva, en el caso de delitos de terrorismo.
- b) Hasta el cumplimiento de 15 años de prisión efectiva en el resto de casos.

Los condenados por delitos de terrorismo no podrán disfrutar de permisos de salida hasta que no hayan cumplido un mínimo de 12 años de prisión. Los condenados en el resto de delitos deberán cumplir un mínimo de ocho años de prisión

2º **Flexibilidad para determinar la progresión o regresión a través de los diferentes grados.**

3º **Flexibilidad para determinar el régimen penitenciario y el tratamiento del penado**

#### 3.1.4 Beneficios penitenciarios

Se definen como aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o la del tiempo efectivo de internamiento. Estos beneficios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno.

Existen dos clases de beneficios penitenciarios:

- 1º El adelantamiento de la concesión de la libertad condicional
- 2º El indulto particular. La concesión del indulto supone una reducción de la condena impuesta en sentencia firme. El indultado pierde su condición de condenado, pues el indulto extingue la responsabilidad penal.

#### 3.1.5 Licenciamiento definitivo y asistencia postpenitenciaria

El licenciamiento definitivo se produce una vez el penado ha cumplido su pena o cuando, de algún otro modo, ha extinguido su responsabilidad penal.

#### 3.2 Ejecución de la pena de localización permanente

Esta cuestión carece de desarrollo de comentario

#### 3.3 El Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP)

La LOGP introdujo la figura del JVP, otorgándole importantes competencias en el control de la ejecución de penas y medidas de seguridad privativas de libertad.



Las competencias que la LOGP atribuye al JVP con carácter general son las de hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos preferentes a las modificaciones que pueda experimentar, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones.

Las competencias específicas asignadas al JVP son la resolución de propuestas y revocaciones de libertad condicional, la aprobación de beneficios penitenciarios, la resolución de recursos preferentes a la clasificación inicial y a provisiones en grado, y el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias.

# LECCIÓN 30: LAS PENAS PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS

## **I. Consideraciones previas**

Este tipo de penas inciden sobre derechos del penado distintos del de la vida, la libertad ambulatoria o el patrimonio, que constituye el objeto de la pena de multa.

Gran parte de las penas privativas de otros derechos se imponen porque existe una vinculación entre las mismas y el delito que castigan, de modo que su función y su legitimidad resultan claras, ya que la pena priva al penado de un derecho que le ha permitido o facilitado la comisión del delito, por lo que se concibe como una consecuencia legítima y adecuada a la infracción. La pena cumple básicamente una función preventivo-especial negativa.

## **II. Clasificación**

Las penas privativas de otros derechos que aparecen recogidas en el art. 39 CP se pueden clasificar teniendo en cuenta el derecho o derechos sobre los que inciden y el modo en que se produce esa afectación.

### **1. La inhabilitación absoluta**

#### *1.1 Naturaleza y contenido*

La inhabilitación absoluta se prevé como pena principal en la regulación de algunos tipos delictivos, en cuyo caso suele aparecer como acumulativa a otras penas. También se prevé como pena accesoria. Tiene siempre, con independencia de su duración, la consideración de **pena grave**.

Según el art. 41 CP, afecta a todos los honores, empleos o cargos públicos que tenga el penado, incluidos los electivos, así como a su derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Por honores se entienden las distinciones o títulos honoríficos. El cargo público se obtiene por nombramiento y se produce una asignación de responsabilidad pública dentro de la estructura del Estado. La persona que ostenta un empleo público trabaja para la Administración pública y su ingreso puede tener lugar a través de oposición.

La privación del derecho de sufragio pasivo afecta al derecho del penado a ser elegido para cargos públicos electivos.

#### *1.2 Efectos y función*

La inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, lo cual significa que no se recuperan una vez cumplida la condena. La pérdida es definitiva. También produce la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, empleos o cargos públicos y la incapacidad para ser elegido para cargo público durante el tiempo que dure la condena.

Cuando la inhabilitación absoluta priva al penado del cargo o empleo público que le permitió o le facilitó la comisión del delito, su función y legitimidad resultan claras. Cuando esta relación no existe, la legitimidad es dudosa. La ausencia de este vínculo puede tener lugar por las siguientes circunstancias:

- 1º La pena afecta al resto de empleos, cargos u honores públicos que tenga el penado, siendo posible que no guarden relación con el delito cometido.
- 2º La pena priva en todo caso del derecho al sufragio pasivo, el cual puede no tener ninguna conexión con el delito cometido.
- 3º La relación entre esta pena y el delito cometido puede ser inexistente cuando aquella se aplica como accesoria de la de prisión de más de 10 años de duración.

### 1.3 Extensión

El art. 40.1 CP establece que la pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a 20 años, salvo excepciones. Las excepciones previstas son:

- 1º Algunos tipos delictivos prevén como pena principal la inhabilitación absoluta con una extensión temporal que excede el límite máximo del art. 40.1 CP.
- 2º Las reglas generales de determinación de la pena permiten imponer la pena superior en grado a la que establezca la ley para el delito en cuestión, en su mitad inferior. La regla 4ª del art. 66.1 CP prevé esta posibilidad cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurre ninguna atenuante.
- 3º La pena de prisión igual o superior a 10 años lleva consigo como accesoria la de inhabilitación absoluta, que tendrá la misma duración. Esto significa que todas las condenas de prisión superiores a 20 años llevan aparejada, como accesoria, la pena de inhabilitación absoluta de la misma duración.

## **2. Inhabilitaciones especiales**

### 2.1 Aspectos comunes

De entre los aspectos comunes de las inhabilitaciones especiales, hay que señalar que la mayoría de las mismas tienen una duración de tres meses a 20 años, salvo excepciones. Cuando la inhabilitación especial se prevé como principal con una duración máxima de 20 años, este límite se puede rebasar hasta alcanzar los 30 años, si hubiese que aplicar la pena superior en grado como consecuencia de las reglas de determinación de la pena.

Cuando la inhabilitación especial se prevé como pena accesoria de la de prisión, su extensión es de tres meses a 10 años, salvo que se trate de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento que, como accesoria, puede tener una duración de tres meses a 10 años o superior a 10 años.

### 2.2 Inhabilitación especial para empleo o cargo público

#### 2.2.1 Naturaleza y contenido

Se prevé como pena principal en la regulación de algunos delitos y puede ser accesoria de la pena de prisión inferior a 10 años. Afecta al concreto empleo o cargo público del penado sobre el que recayere.

#### 2.2.2 Efectos y funciones

La inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo público sobre el que recayere. Esto significa que el empleo o cargo público se pierde para siempre, de manera que el penado sólo lo podrá recuperar si accede de nuevo al mismo como si nunca lo hubiese ostentado. La inhabilitación especial no incide sobre el resto de cargos, empleos u honores públicos que el penado tuviera distintos del señalado o señalados en el fallo condenatorio.

La ley exige expresamente que la sentencia condenatoria especifique los empleos, cargos y honores públicos sobre los que recae la inhabilitación.

La pena también produce la incapacidad para obtener el concreto honor, empleo o cargo público sobre el que recaiga u otros análogos durante el tiempo de la condena.

### 2.3 Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo

Esta pena priva al penado del derecho a ser elegido para cargos públicos electivos, cualesquiera que estos sean, mientras dure la condena y sin necesidad de que los mismos deban ser especificados en el fallo condenatorio. No afecta a los cargos que el penado ostentase, ni a su derecho de sufragio activo.

Se prevé como pena principal, acumulativa a otras penas, de algunos delitos contra la Administración pública.

Esta pena puede imponerse como accesoria de la pena de prisión inferior a 10 años, en atención a la gravedad del delito y sin necesidad de que tenga relación con el mismo.

También se impone como accesoria de la prisión igual o superior a 10 años de forma obligatoria.

### 2.4 Inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio

#### 2.4.1 Naturaleza y contenido

Se prevé como pena principal en la regulación de numerosos delitos, bien como única o acumulativa. También puede imponerse como accesoria de la pena de prisión inferior a 10 años. Afecta a cualquier profesión, oficio, industria o comercio, es decir, a cualquier actividad profesional, con independencia de que la misma requiera para su ejercicio de algún título, permiso o licencia.

#### 2.4.2 Efectos y función

Priva al penado de la facultad de ejercer la actividad profesional a la que afecte durante el tiempo que dure la condena. El penado puede volver a desempeñar la actividad profesional una vez cumpla su condena.

En caso de que se trate de una actividad que requiera para su ejercicio la posesión de un permiso o licencia, o la pertenencia a un colegio profesional, habrá que estar a la normativa de la actividad en cuestión.

La privación de la facultad de ejercer la profesión afecta a la misma en toda su dimensión, es decir, en todas sus facetas y no sólo a parte de ellas.

La ley exige de manera explícita que el fallo condenatorio concrete, expresa y motivadamente, la actividad profesional afectada por la pena. Esta motivación de la sentencia implica que debe existir siempre una relación entre la actividad laboral y el delito cometido. Se entiende que existe esta relación cuando el delito se comete con ocasión de la actividad profesional o como consecuencia de un ejercicio incorrecto de la misma.

### 2.5 Inhabilitación especial del derecho de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento

#### 2.5.1 Naturaleza y contenido

Aparece prevista como pena principal en la regulación de algunos delitos, pero nunca como pena única, sino como acumulativa, obligatoria o facultativa. Puede imponerse como pena accesoria a la de prisión de duración igual, superior o inferior a 10 años. Afecta a la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Será preciso atenerse a lo establecido en el Código Civil para determinar el contenido de estas instituciones.

#### 2.5.2 Efectos y función

La pena priva al penado de los derechos inherentes a la patria potestad y supone la extinción de la tutela, curatela, guarda o acogimiento, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena.

En lo que respecta a la patria potestad, produce la privación de los derechos inherentes a la misma, los cuales se recuperan cuando se cumpla la condena. La pena no incide sobre

los deberes propios de esta institución. Por lo que se refiere a la tutela, curatela y acogimiento, la pena produce su desaparición definitiva.

Tanto la privación de derechos inherentes a la patria potestad como la extinción de la tutela, guarda o acogimiento, se pueden acordar respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. Debe existir una vinculación entre la inhabilitación y el delito cometido.

### 2.6 Inhabilitación especial del derecho a la tenencia de animales

Se prevé como pena principal única y acumulativa a otras penas del delito de maltrato injustificado de animales. También se prevé como pena principal, acumulativa a otras penas y de aplicación discrecional por parte del juez o tribunal, del delito de abandono de animales.

Esta pena priva al sujeto, durante el tiempo que dure la condena, del derecho a la tenencia de animales. Por tenencia habrá que entender posesión, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil.

### 2.7 Inhabilitación especial para otras actividades determinadas en el Código

El art. 39 b) CP menciona las penas que afectan a otras actividades determinadas en el Código Penal. Se trata de inhabilitaciones cuya regulación se ubica en la Parte especial del mismo, en el ámbito de algunos tipos delictivos que las prevén siempre como penas principales, acumulativas y de imposición obligatoria.

El contenido y los efectos de estas penas de inhabilitación no se definen ni en las reglas generales ni en la regulación de los tipos penales que las prevén como penas principales.

Un sector de la doctrina propone equiparar su contenido y efectos a los de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio.

### 2.8 Inhabilitación especial para cualquier otro derecho

Tanto el art. 39 b) CP como el art. 45 CP se refieren expresamente a las inhabilitaciones especiales de cualquier otro derecho. Se trata de una cláusula residual que alude a un grupo de penas privativas de derechos no reconducibles a ninguna de las inhabilitaciones especiales establecidas. Esta clase de pena aparece en ocasiones como principal y alternativa en la regulación de ciertos tipos delictivos y se puede imponer como accesoria de la de prisión.

Las previsiones del Código Penal respecto de ésta, se consideran contrarias al mandato de taxatividad derivado del principio de legalidad penal.

Se entiende que los efectos de estas penas son análogos a los de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio.

## **3. Privación de la patria potestad**

### 3.1 Naturaleza

Se trata de una **pena grave**, prevista como pena principal, acumulativa y facultativa de todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos contra menores o incapaces. Se puede imponer a las personas que sobre los mismos ostenten la patria potestad y hayan intervenido en los hechos. También aparece como pena accesoria de la prisión, cuando los derechos inherentes a la patria potestad hubiesen tenido relación directa con el delito cometido, lo que deberá determinarse expresamente en la sentencia.

### 3.2 Contenido, efectos y función

Esta pena afecta a la patria potestad y comporta la **pérdida definitiva de la titularidad** de la misma, lo cual constituye en efecto de la inhabilitación especial para el ejercicio de

la patria potestad. La privación de la patria potestad se puede imponer sobre todos o alguno de los hijos respecto de los que el penado ostente este derecho.

La privación de este derecho no afecta a los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado, los cuales subsisten. Esto significa que el penado debe seguir cumpliendo los deberes que tenga respecto del hijo o hijos afectados por la pena.

### 3.3 Extensión

La aplicación de la patria potestad es definitiva y sus efectos son perpetuos o, al menos, indeterminados en el tiempo. El Código Penal no prevé que el penado pueda recuperar la patria potestad de la que ha sido privado.

No obstante, el art. 170 CC establece que el juez o tribunal podrá, en beneficio del interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó dicha privación.

## **4. La suspensión de empleo o cargo público**

### 4.1 Naturaleza, contenido, efectos y función

Aparece prevista como pena principal única o acumulativa en la regulación de algunos tipos delictivos. Permite imponerla como accesoria de la pena de prisión de hasta 10 años. Puede afectar a cualquier empleo o cargo público que ostente el penado.

La suspensión de empleo o cargo público priva al penado de su ejercicio durante el tiempo que dure la condena. Se trata de un impedimento temporal del ejercicio de todos los derechos y funciones propias del cargo o empleo público al que afecte, pero no de la titularidad del mismo, que se conserva en todo caso, por lo que el penado podrá recuperar su empleo o cargo al finalizar la condena.

Es preciso que se especifique el concreto cargo o empleo público al que afecta la suspensión. Cuando la suspensión del empleo o cargo público se impone como pena accesoria, no es preciso que entre el mismo y el delito exista conexión. Dicho vínculo sí debe estar presente cuando la suspensión se prevé como pena principal.

### 4.2 Extensión

Como regla general, la suspensión tiene una duración de tres meses a seis años, salvo excepciones. Cuando se prevé como principal, su duración puede alcanzar los ocho años, si hubiese que aplicar la pena superior en grado como consecuencia de las reglas de determinación de la pena. Cuando la suspensión se prevé como pena accesoria de la de prisión, su extensión es de tres meses a 10 años.

## **5. Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores**

### 5.1 Naturaleza, contenido, efectos y función

Se prevé como pena principal en la regulación de algunos tipos delictivos, si bien normalmente aparece como acumulativa, obligatoria o facultativa. Esta pena afecta al derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, sin que afecte al derecho a conducir otros medios de locomoción.

La pena inhabilita al penado para el ejercicio del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante el tiempo fijado en la sentencia. Se trata de una prohibición de carácter temporal, que no implica la pérdida de la licencia o permiso que habilita para la conducción, salvo que la pena dure más de dos años. Si la pena tiene una duración inferior, el penado podrá volver a conducir una vez cumplida la condena. Si no tuviese permiso de conducir cuando se le impuso la pena, ésta le impedirá obtener el mismo mientras dure la condena.

Existe siempre una conexión entre el derecho afectado por la pena y el delito cometido.

### 5.2 Extensión

La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores tendrá una duración de tres meses a 10 años, salvo excepciones. Su duración puede alcanzar los 15 años, si hubiese que aplicar la pena superior en grado como consecuencia de las reglas de determinación de la pena.

## **6. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas**

### 6.1 Naturaleza, contenido, efectos y función

Se prevé como pena principal en la regulación de algunos tipos delictivos, normalmente como acumulativa, obligatoria o facultativa, y afecta al derecho a la tenencia o porte de armas. El **porte** alude al derecho a llevar un arma y poder utilizarla. La **tenencia** constituye un concepto más amplio, que abarca el porte e incluye la posesión de armas con distintas finalidades.

La pena inhabilita al penado para el ejercicio del derecho al deporte o tenencia de armas durante el tiempo fijado la sentencia. Se trata de una prohibición de carácter temporal, que no implica la pérdida de la licencia o permiso que habilita para dicha tenencia o porte, salvo que la pena dure más de dos años.

Existe siempre una conexión entre el derecho afectado por la pena y el delito cometido.

### 6.2 Extensión

La privación del derecho a la tenencia y porte de armas tendrá una duración de tres meses a 10 años, salvo excepciones. Su duración puede alcanzar los 20 años si hubiese que aplicar la pena superior en grado como consecuencia de las reglas de determinación de la pena.

El art. 570.1 CP permite imponer la privación de la tenencia y porte de armas como pena principal acumulativa a la de prisión con una duración que supere en tres años a las de ésta.

## **7. Las denominadas penas de alejamiento**

### 7.1 Naturaleza

El art. 39 CP recoge una serie de restricciones que afectan a la libertad ambulatoria del penado y a su derecho a comunicarse con otras personas. El Código Penal prevé estas privaciones como penas accesorias vinculadas a determinados delitos.

### 7.2 Contenido, efectos y función

En función del derecho afectado por las mismas, podemos diferenciar las siguientes clases de penas de alejamiento:

- 1º La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en el que haya cometido el delito, o aquél en el que resida la víctima o su familia. Afecta a ciertos aspectos de la libertad ambulatoria, como son los derechos fundamentales de residencia y circulación. Es necesario que la sentencia determine el concreto lugar en el que el penado no puede residir o al que no puede acudir.
- 2º La prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. Afecta al derecho fundamental de circulación, dado que se prohíbe la aproximación física. Si el penado

tuviera hijos en común con la persona respecto de la que se impone la prohibición, queda en suspenso el régimen de visitas, comunicación y estancia.

- 3º La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático, contacto escrito, verbal o visual. Afecta al derecho fundamental de libertad de comunicación, pero no al derecho de circulación.

A los efectos de garantizar el cumplimiento de estas penas, el juez o tribunal podrá acordar que el control de las mismas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

La imposición de estas penas es casi siempre facultativa y depende de la gravedad de los hechos y del peligro que el delincuente represente.

### 7.3 Extensión

Como regla general, la prohibición del derecho a residir o a acudir a determinados lugares, tendrá una duración de hasta 10 años, mientras que las otras dos penas de alejamiento tendrán una duración de un mes a 10 años, salvo excepciones. El límite máximo puede alcanzar los 20 años si hubiese que aplicar la pena superior en grado como consecuencia de las reglas de determinación de la pena.

## **8. La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social**

Esta pena está prevista, como principal y acumulativa, para algunos delitos relativos al mercado y a los consumidores, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y contra la Administración Pública. Debe existir una relación entre el delito cometido y el derecho o derechos afectados por la pena.

Esta pena no se incluye ni en la clasificación del art. 33 CP, ni en el catálogo del art. 39 CP, ni en el art. 40 y ss. CP.

Se entiende que, en virtud de esta pérdida de derechos, el penado no podrá obtener subvenciones o ayudas públicas ni gozar de beneficios o incentivos fiscales de la Seguridad Social durante el tiempo que dure la condena.

## **9. Los trabajos en beneficio de comunidad**

### 9.1 Naturaleza

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad se prevé como pena privativa de derechos.

Se trata de la única pena cuya imposición requiere el consentimiento del penado y ello porque su cumplimiento implica la realización de tareas de utilidad pública no retribuidas.

La necesidad del consentimiento del penado para la imposición de esta pena hace que la misma siempre se regule como pena alternativa en los casos en los que es pena principal, y se prevea como pena sustitutiva de la pena de prisión inferior a tres meses, y como posible forma de cumplimiento de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

### 9.2 Contenido

Según el art. 49 CP, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad implica la cooperación no retribuida del penado en determinadas actividades de utilidad pública que podrán consistir en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia



a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación sexual y otros similares.

### 9.3 Extensión

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año, salvo excepciones.

### 9.4 Ejecución

Las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se establecen en el art. 49 CP. Cabe destacar las siguientes:

- La actividad pública, que no atentará contra la dignidad del penado, deberá ser facilitada por la Administración.
- La actividad gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.
- La jornada de actividad diaria no podrá exceder de las ocho horas.

# LECCIÓN 31: LA PENA DE MULTA

## **I. Concepto y funciones de la pena de multa**

La pena de multa se define como una sanción pecuniaria que afecta al patrimonio del penado, pues le obliga a pagar una determinada cantidad de dinero.

La pena de multa ha estado presente en todos los sistemas punitivos a lo largo de la historia. La crisis de la pena de prisión tuvo como consecuencia que la pena de multa se perfilase como alternativa frente a las penas privativas de libertad para los delitos menos graves y leves.

La multa no está exenta de inconvenientes que hacen que el sistema penal no pueda fundamentarse sobre la misma. La pena de multa presenta ventajas e inconvenientes.

Entre las **ventajas**, se destacan las siguientes:

- 1º A diferencia de la prisión, la multa no tiene efectos desocializantes, pues no aparta al penado de su entorno familiar, laboral o social, y no lo estigmatiza.
- 2º No provoca tantos costes para el Estado. Al contrario, genera ingresos que se pueden utilizar para satisfacer las necesidades de la víctima.
- 3º Constituye una pena graduable y, por tanto, adaptable a la gravedad del delito, lo cual satisface las exigencias de racionalidad y proporcionalidad.
- 4º Puede satisfacer las exigencias preventivo-generales y preventivo-especiales, dado que afecta a un bien de importancia, el patrimonio.

La pena de multa también presenta **inconvenientes**:

- 1º Puede resultar contraria al principio de igualdad, pues afecta a un bien jurídico, el patrimonio, que no todos los ciudadanos poseen en la misma medida. El sistema actual trata de solventarlo haciendo que la cuantía de la multa se establezca en función de la situación económica del reo.
- 2º La imposibilidad de pagar la multa en caso de insolvencia del reo trae como consecuencia, penas privativas de libertad. Ello constituye otra vulneración del principio de igualdad, dado que los individuos con menos recursos económicos serán castigados con penas más graves que los individuos solventes.
- 3º La pena de multa puede hacer quebrar el principio de personalidad de las penas de dos maneras distintas:
  - Puede afectar a terceras personas, ya que la situación económica de los familiares del penado puede verse afectada
  - Dada la naturaleza patrimonial de la multa, nada impide que sea sufragada por personas distintas del penado
- 4º La opinión mayoritaria considera que la multa no tiene tanto peso preventivo como la prisión.

## **II. La multa en el Código Penal**

El Código Penal regula la pena de multa en los arts. 50 a 53 CP. Se diferencian dos clases de multa:

- La que se establece con base en el sistema de días multa
- La multa proporcional

## **1. El sistema de días multa**

El sistema de días multa está establecido en el art. 50.2 CP, que dispone que se impone con carácter general, salvo que la ley disponga otra cosa. Aparece prevista como pena principal, única, acumulativa o alternativa en la regulación de algunos tipos delictivos y como pena sustitutiva de la pena de prisión inferior a tres meses.

### **1.1 Parámetros para determinar la pena de multa en sistema de días multa**

La determinación de la multa conforme a este sistema exige la fijación de parámetros, teniendo en cuenta tanto la gravedad de los hechos y el grado de culpabilidad del responsable como su capacidad económica.

Los parámetros sobre los que se asienta la multa son:

- a) La extensión temporal, que puede ser de días, meses o años. Los jueces o tribunales determinarán motivadamente la extensión temporal de la multa dentro de los límites establecidos para cada delito. La gravedad de los hechos y la culpabilidad del infractor incidirán en este aspecto de la determinación de la multa. El art. 50.3 CP establece que la extensión temporal mínima de la multa será de 10 días y la máxima de dos años. Estos límites se pueden superar tanto por exceso como por defecto.
- b) La cuantía de la cuota diaria se fija en euros por los jueces o tribunales, que deberán tener en cuenta exclusivamente la situación económica del reo. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 €.

Una vez se ha fijado tanto la extensión temporal o la cuantía de la cuota diaria, se podrá determinar el importe total de la cuenta.

Teniendo en cuenta los límites temporales y del importe diario, la pena de multa puede ser como mínimo de 20 € o como máximo de 1.080.000 €. La cuantía del mínimo lo es en términos absolutos y la del máximo lo puede ser para casos de criminalidad organizada en el ámbito socioeconómico.

### **1.2 Ejecución o forma de pago**

Como regla general, el montante de la multa se ha de pagar de una sola vez, cuando sea firme la sentencia.

El art. 50.6 CP establece que, siempre que sea por causa justificada, el tribunal puede aplazar el pago dentro de un periodo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia.

Cuando se acuerda el aplazamiento y el pago en plazos, el incumplimiento de dos de los mismos determinará el vencimiento de los restantes, lo cual significa que el penado tendrá que pagar de una vez lo que le quede por cumplir de la multa.

De la misma manera, en los casos en que se haya acordado el aplazamiento del pago y su fraccionamiento, la ley vigente permite que después de la sentencia, el juez o tribunal modifique tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago, si variase la situación económica del penado.

## **2. La multa proporcional**

La multa proporcional se configura como la excepción al sistema de días multa y se debe aplicar cuando así lo establezca expresamente la regulación de los tipos de la Parte Especial. Aparece como pena principal única, acumulativa o alternativa de algunos delitos.

Esta clase de multa se establece en función del **valor del daño causado por el delito**, del de su **objeto** o del **beneficio reportado** por el mismo.

### 2.1 Determinación de la multa proporcional

Los tipos delictivos que prevén la multa proporcional como pena principal originaria la establecen conforme un límite mínimo y un límite máximo.

El **límite mínimo** coincide con alguno de los tres valores antes mencionados, Es decir, el del daño causado por el delito, el de sujeto o el del beneficio reportado por el mismo.

El **límite máximo** se calcula multiplicando el valor del límite mínimo por un determinado número, que varía según los casos.

El marco penológico resultante se determina, por tanto, en función de la gravedad del delito cometido. En conclusión, el montante de multa proporcional también se ajusta a la situación económica del penado, si bien en menor medida que la multa por cuotas.

### 2.2 Ejecución o forma de pago

El pago del montante de la multa proporcional será, como regla general, de una sola vez, cuando la sentencia condenatoria alcance firmeza. No obstante, si después de dictar la sentencia la situación económica del penado empeorase, el juez o tribunal podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen.

## **III. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa**

### 1. Naturaleza y fundamento

El incumplimiento de la pena de multa conduce a la responsabilidad personal subsidiaria del penado. Esta responsabilidad se puede cumplir a través de la **pena de prisión** o de la **localización permanente**. De manera potestativa, se puede cumplir mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

Esta responsabilidad subsidiaria encuentra fundamento en el hecho de que la multa es susceptible de incumplimiento por el penado que carezca de medios económicos. Esto debe ser resuelto de alguna manera para evitar que la infracción penal de la que se consideró responsable al penado y por la que se le condenó, quede impune y con ello se produzca, además, la quiebra del principio de inderogabilidad de las penas.

El que un sujeto inicialmente condenado a una multa acabe cumpliendo una pena más grave, como es la privativa de libertad, porque su situación económica le impide cumplir aquella, presenta las siguientes objeciones:

- 1º **La vulneración del principio de igualdad:** el individuo sin recursos económicos acaba cumpliendo una pena más grave que el individuo solvente cuando la gravedad de los hechos cometidos por ambos puede ser la misma.
- 2º **La quiebra del principio de proporcionalidad:** la multa impuesta originariamente se prevé como la pena adecuada a la gravedad de los hechos cometidos por el penado y no así la pena privativa de libertad que finalmente puede acabar cumpliendo.
- 3º Si la finalidad que se perseguía con la pena de multa era evitar el recurso a la pena privativa de libertad de corta duración, la responsabilidad personal subsidiaria constituye un contrasentido.

## **2. Regulación**

### **2.1 Presupuesto de la responsabilidad personal subsidiaria**

El presupuesto de la responsabilidad personal subsidiaria es el impago de la multa. El art. 53.1 CP entiende que tiene lugar cuando el condenado no satisface la multa impuesta. El precepto establece que si el condenado no paga la multa voluntariamente, se procederá por la vía de apremio y, cuando esta segunda vía resulte ineficaz, quedará el condenado sujeto a la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria.

### **2.2 Las formas de conversión de la multa impagada**

Las formas de conversión difieren en función del tipo de multa que se haya incumplido. Caben dos posibilidades, que se corresponden con las dos clases de multa que prevé el sistema vigente.

#### **2.2.1 La conversión de la multa por cuotas**

##### **A) Conversión de la multa por cuotas en prisión o en localización permanente**

Si la multa por cuotas originariamente impuesta lo fue por un delito grave o menos grave, el penado deberá cumplir un día de prisión por cada dos cuotas diarias no satisfechas. En caso de delitos leves, la responsabilidad se cumplirá por días de localización permanente.

##### **B) La conversión de la multa por cuotas en trabajos en beneficio de la comunidad**

El juez o tribunal podrá, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo. Ello significa que, en todo caso, la responsabilidad personal subsidiaria se puede cumplir mediante la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

#### **2.2.2 La conversión de la multa proporcional**

En los supuestos de multa proporcional, los jueces y tribunales establecerán la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder de un año de duración.

En cualquier caso, cuando la multa impagada es proporcional, la responsabilidad personal subsidiaria **únicamente se podrá cumplir con la pena de prisión**. No obstante, el juez o tribunal podrá acordar, previa conformidad del penado, que la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa proporcional se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

#### **2.2.3 Reglas comunes**

Tanto en el caso de impago de la multa por cuotas como en el de la multa proporcional, rigen las siguientes reglas a efectos de determinar la responsabilidad personal subsidiaria:

- 1º El art. 53.3 CP establece que la responsabilidad personal subsidiaria no se impondrá a los condenados a penas privativa de libertad superior a cinco años.
- 2º El art. 53.4 CP establece que el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria extingue la obligación del pago de la multa aunque mejore la situación económica del penado.

# LECCIÓN 32: APLICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

## **I. El proceso de determinación de la pena**

### **1. Concepto y breve referencia a su evolución histórica**

Por determinación de la pena en **sentido estricto** se entiende el proceso por el que se establece en sentencia la pena concreta para el individuo considerado penalmente responsable de una determinada infracción penal. En **sentido amplio**, la determinación de la pena también va referida al desarrollo de su ejecución.

Durante el Antiguo Régimen, la determinación del castigo penal se dejó casi totalmente en manos del arbitrio judicial y de los encargados de su ejecución.

La llegada de la Ilustración trajo consigo una reacción contra la arbitrariedad del Antiguo Régimen, que se tradujo, entre otros factores, en la consagración del principio de legalidad. La ley pasó definir con carácter previo y de manera igualitaria para el conjunto de los ciudadanos, las penas con las que los delitos habían de castigarse.

En el contexto actual, el margen concedido al arbitrio judicial varía de unos países a otros. En la Europa continental, los jueces tienen más limitada su función a la hora de individualizar el castigo. Sin embargo, en los países de tradición anglosajona cuentan con una mayor capacidad de decisión.

## **II. La determinación de la pena en el Código Penal español**

### **1. Esquema del proceso de determinación de la pena**

El sistema de determinación de la pena previsto por el Código Penal español es marcadamente legalista, aunque deja un margen al arbitrio judicial. Este proceso presenta las siguientes fases:

- 1º Identificación del marco penal abstracto, que viene definido por la pena o penas previstas por la ley para la infracción o infracciones cometidas por el sujeto. Dicho marco, determinado por un **límite mínimo** y un **límite máximo**, guarda relación con la gravedad de la infracción y se denomina **marco penal abstracto**.
- 2º Sobre el marco penal abstracto se procede al cálculo del **marco penal concreto**, teniendo en cuenta los siguientes factores:
  - a) Grado de realización del delito, forma de intervención en el mismo por parte del sujeto responsable y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. La incidencia de estos factores afecta a los delitos dolosos graves y menos graves. En la determinación de la pena de los delitos dolosos leves y de los delitos imprudentes sólo está prevista la incidencia de los dos primeros factores.
  - b) Reglas que rigen en caso de pluralidad de infracciones: concurso real, ideal y medial, y continuidad delictiva.
- 3º Una vez que se han aplicado todas las reglas anteriores, el juez tendrá ante sí el **marco penal concreto**, determinado por un límite mínimo y máximo. Llegado ese momento, el juez tendrá que individualizar en la sentencia la pena que le corresponda al sujeto penalmente responsable, imponiéndole la cantidad exacta de la misma, que necesariamente ha de quedar comprendida en dicho marco penal.

A las fases anteriores se añaden otras que forman parte de dicho proceso en un sentido amplio, y que son las siguientes:

- 1º **Fase de determinación de la ejecución penal:** impuesta la pena en la sentencia, se procede a su ejecución y la autoridad judicial o administrativa competente puede tomar decisiones de suma relevancia:
  - a) Dependiendo de la clase y de la cantidad de pena que se haya impuesto en sentencia y de la nacionalidad del penado, el juez puede acordar la suspensión de su ejecución o su sustitución por una pena o consecuencia de distinta naturaleza.
  - b) En caso de que se trate de una pena de prisión, las condiciones de su ejecución pueden variar a lo largo de la condena.
- 2º **Fase de determinación gubernativa:** en ocasiones, el Gobierno puede conceder el indulto total o parcial de la pena impuesta en sentencia.

## **2. Pena inferior y superior en grado y división de la pena en dos mitades**

### **2.1 Consideraciones previas**

El proceso que se inicia con la identificación del marco penal abstracto correspondiente a la infracción penal y termina con la imposición al sujeto penalmente responsable de una pena o penas concretas de duración o cantidad exacta, exige, en numerosos casos, aplicar la pena superior o inferior en uno o varios grados y/o aplicar la pena en su mitad superior o inferior.

### **2.2 Pena inferior y superior en grado**

El modo mediante el cual se ha de calcular la pena superior e inferior en grado aparece descrito en el art. 70.1 CP. Siempre que se haya de aplicar la pena superior o inferior en grado, habrá que hacerlo respecto de un determinado marco penal que vamos a denominar **marco penal base**. Este marco penal tendrá un límite mínimo y un límite máximo. Por su parte, las penas superior e inferior en grado se configuran a su vez como marcos penales con sus respectivos límites mínimos y límites máximos.

Para el cálculo de la pena superior en grado, su límite máximo se obtiene sumándole al límite máximo del marco penal de referencia su mitad. Por su parte, su límite mínimo se tiene sumándole al límite máximo del marco penal de referencia una unidad (1 día).

Las distintas penas previstas tienen una duración máxima. Cuando este límite se sobrepasa como consecuencia de la aplicación de la pena superior en grado, el art. 70.3 CP establece unos topes de diversas magnitud, que constituyen por ley el límite máximo de la pena superior en grado.

Para el cálculo de la pena inferior en grado, su límite máximo se obtiene restándole al límite mínimo del marco penal de referencia una unidad (1 día). Por su parte, su límite mínimo se obtiene restándole su mitad al límite mínimo del marco penal de referencia.

En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley para cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente. Por otro lado, existen reglas especiales para el cálculo de la pena inferior en grado: **la pena inferior en grado a la de prisión permanente revisable es la pena de prisión de 20 a 30 años**.

Para calcular la pena superior o inferior en dos o más grados respecto del marco penal de referencia, se deberá proceder primero a la subida o rebaja en un grado y, partiendo del marco penal que resulte de tal subida o rebaja, repetir sucesivamente la operación las veces que proceda.

### 2.2.1 Cómputo e indivisibilidad de las unidades temporales

Todas las penas se establecen a partir de unidades temporales, que son el **día** o el **día multa**. En el caso de las multas, se considera que los años tienen 360 días y los meses 30 días. Para el resto de penas, se entiende que los años tienen 365 días y los meses 30 días. Las referidas unidades se consideran indivisibles, de manera que, si las reglas de determinación de la pena obligan a imponer la pena superior o inferior en grado y los valores de los límites del marco penal de referencia no son una cantidad par que permita su división sin romper la aludida unidad, la fracción resultante se descontará o se contará como unidad completa, según los casos. Los autores del Manual abogan por aplicar la teoría de descontar siempre la fracción resultante, ya que es más beneficiosa para el reo.

### 2.3 Pena en su mitad inferior y en su mitad superior

El proceso de determinación de la pena obliga, en ocasiones, a aplicar la pena superior o inferior en grado a la de estos marcos. En otros supuestos, dicho proceso exige imponer la pena en su mitad inferior o en su mitad superior. Ello requiere dividir el marco penal de referencia en dos mitades, que tendrán sus respectivos límites mínimos y límites máximos. El ordenamiento jurídico no especifica el modo de realizar este cálculo, pero la doctrina y jurisprudencia lo interpretan del siguiente modo:

- **Para calcular la pena en su mitad inferior:** el límite mínimo de la mitad inferior coincide con el límite mínimo del marco penal de referencia. El límite máximo de la mitad inferior coincide con el punto intermedio del intervalo entre el límite mínimo y el límite máximo de marco penal de referencia.
- **Para calcular la pena en su mitad superior:** el límite mínimo de la mitad superior se tiene añadiendo una unidad (1 día) al punto intermedio de intervalo entre el límite mínimo y el límite máximo del marco penal de referencia. El límite máximo de la mitad superior coincide con el límite máximo del marco penal referencia.

## **3. Análisis de las fases de la determinación de la pena en sentido estricto**

### 3.1 Determinación del marco penal abstracto

Averiguar este marco penal abstracto constituye el punto de partida del proceso de determinación de la pena y es la parte más sencilla del mismo.

En ocasiones, la ley prevé varias penas principales para un mismo delito. En caso de que se trate de penas principales únicas o acumulativas, el juez debe limitarse a tomar como referencia sus correspondientes marcos penales abstractos. Pero cuando las penas principales se prevén como alternativas, el juez debe optar por aplicar una u otra clase de pena.

Por otro lado, a veces los delitos se definen como tipos agravados o privilegiados de un tipo básico, de manera que su marco penal abstracto viene establecido por la ley en referencia al marco penal abstracto del correspondiente tipo básico. En estos casos, para calcular el marco penal abstracto de la figura agravada o atenuada, habrá que rebajar o subir de grado y/o aplicar la pena prevista para el tipo básico en su mitad inferior o superior.

### 3.2 Determinación del marco penal concreto

Identificado el marco penal abstracto del delito en cuestión, se debe proceder al cálculo del marco penal completo, que se compondrá también de un límite mínimo y un límite máximo. A tal efecto, se debe tener en cuenta el grado de ejecución del delito, la forma de intervención del sujeto responsable y, en el caso de delitos dolosos graves y menos graves, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.



### 3.2.1 Determinación de la pena en función del grado de realización del delito y de la forma de intervención del sujeto responsable

#### **A) Determinación del marco penal de los actos preparatorios**

Con respecto a los actos preparatorios, el Código Penal prevé un sistema restringido de punición de los mismos, en virtud del cual, tales actos se castigarán exclusivamente en los casos en que la ley así lo prevea. Será en la Parte Especial en donde se prevea y castigue los actos preparatorios, estableciendo un marco penal que opera como marco penal abstracto y concreto.

#### **B) Determinación del marco penal para el autor de la infracción consumada**

Al que interviene como autor y consume el delito, le corresponde un marco penal que no es otro que el marco penal abstracto que la ley establece para la infracción penal cometida.

Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones que fundamenten la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley.

#### **C) Determinación del marco penal para el autor de la tentativa**

Al autor de una tentativa de delito habrá que imponerle la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado.

Así, la rebaja en un grado es obligatoria y potestativa en dos. Para decidir si rebajan la pena en uno o dos grados, el juez debe tener en cuenta el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado.

#### **D) Determinación del marco penal para el cómplice del delito consumado o intentado**

A los cómplices se les aplicará la pena inferior en grado a la del autor del delito consumado o intentado en el que hayan intervenido. La intervención del cómplice es de menor entidad que la del autor y, en consecuencia, se castiga con una pena de menor gravedad que la prevista para la del autor.

### 3.2.2 Determinación de la pena atendiendo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

#### **A) Consideraciones previas**

El último paso necesario para fijar el marco penal concreto consiste en considerar las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren.

El Código Penal establece en los arts. 66 a 68 un sistema de marcado predominio legalista, que determina el peso de estas circunstancias en la determinación de la pena, dejando muy poco margen al arbitrio judicial. El ámbito de aplicación se delimita sobre la siguiente base:

- 1º La mayoría de las reglas de este sistema rigen en la determinación de la pena de los delitos dolosos graves y menos graves. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio.
- 2º Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que se toman en consideración son las agravantes y atenuantes genéricas de los arts. 21 a 23 CP.
- 3º Las reglas de este sistema no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción.
- 4º Las reglas de este sistema tampoco rigen cuando la regulación de los delitos de la Parte Especial excluyen su aplicación o establecen un régimen específico.

#### **B) Reglas de determinación de la pena en función de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal**

Estas reglas se aplican sobre el marco penal que haya resultado de considerar la forma de realización del delito y la forma de intervención en el mismo del sujeto responsable. Se diferencian cuatro hipótesis:

- 1º **No concurrencia de atenuantes ni agravantes:** en tal caso, los jueces y tribunales aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.
- 2º **Concurrencia de atenuantes y agravantes:** en tal caso, los jueces las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. De persistir un fundamento cualificado de atenuación, aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.
- 3º **Concurrencia de atenuantes y ninguna agravante:** en tal caso, la ley diferencia entre tres posibilidades:
  - *Cuando concurra sólo una atenuante*, los jueces aplicarán la pena en su mitad inferior. Se trata de una rebaja obligatoria.
  - *Cuando concurran dos o más atenuantes, o una o varias muy cualificadas*, los jueces aplicarán la pena inferior en uno o dos grados. La rebaja es obligatoria en un grado y potestativa en dos.
  - *Cuando concurra la eximente incompleta* del art. 21.1 CP, los jueces impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran y las circunstancias personales del autor.
- 4º **Concurrencia de circunstancias agravantes y ningún atenuante:** en tal caso, la ley diferencia entre tres posibilidades:
  - *Cuando solo concurre una o dos circunstancias agravantes*, los jueces aplicaran la pena en su mitad superior. Se trata de una subida obligatoria.
  - *Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes*, los jueces podrán aplicar la pena superior en grado en su mitad inferior. La agravación en este caso es potestativa. No obstante, se deberá aplicar, por lo menos, la pena en su mitad superior.
  - *Cuando concurra la agravante de reincidencia* con la cualificación de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos, los jueces podrán aplicar la pena superior en grado.

#### **4. Reglas de determinación de la pena en los concursos de infracciones penales y en los supuestos de continuidad delictiva**

En los supuestos de concursos de infracciones penales o de continuidad delictiva rigen unas normas específicas en la determinación de la pena. Tales reglas se aplican cualquiera que sea la clase de la infracción penal. Estas normas regulan el procedimiento de la determinación de la pena y constituyen la regulación material de los mismos, que permite diferenciar entre los concursos real, ideal y medial, y el delito continuado.

##### **4.1 La determinación de la pena en el concurso real**

En el **concurso real** nos encontramos con varias acciones u omisiones y varios delitos: el sujeto ha realizado una pluralidad de acciones u omisiones, cada una de las cuales realiza un delito. En tales supuestos, resulta de aplicación la **regla de acumulación** que contiene el art. 73 CP, según la cual, al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones penales para su cumplimiento simultáneo. En caso de que el cumplimiento simultáneo no fuera posible, se seguirá el orden de la respectiva gravedad de las penas para su cumplimiento sucesivo.

Para evitar que esta acumulación suponga la imposición de castigos que no guarden relación con la gravedad que pueda tener cada una de las infracciones por separado, el Código Penal establece los siguientes límites:

- 1º El máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, con un máximo de 20 años, declarando extinguidas las que superen este límite. La extinción hace desaparecer la responsabilidad penal y se equipara al cumplimiento de la condena.
- 2º Excepcionalmente, este límite máximo de 20 años podrá extenderse a 25, 30 o 40 años en los casos que establece el Código Penal.
- 3º Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y uno de ellos esté castigado con la pena de prisión permanente revisable, será ésta la que se le imponga al sujeto. La pluralidad delictiva puede incidir en el período mínimo de internamiento efectivo que el sujeto tiene que cumplir.

Todos estos límites se aplicarán aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos, cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados.

#### 4.2 La determinación de la pena en el concurso ideal y medial

En los casos en que un solo hecho constituya dos más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, hay que estar a lo dispuesto por el art. 77.1 CP.

##### 4.2.1 La determinación de la pena en el concurso ideal

En los casos de **concurso ideal**, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena exceda de este límite, se sancionará las infracciones por separado y se procederá del mismo modo que en el concurso real.

En estos casos hay que aplicar la **regla de la exasperación**, salvo que resulte más beneficioso aplicar la regla de la acumulación.

##### **A) Regla de la exasperación**

Para saber qué pena es la más grave de las previstas para las distintas infracciones, habrá que tomar como referencia el marco penal concreto que surge de la toma en consideración del grado de realización del delito, la forma de intervención del sujeto responsable en el mismo y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y calculando la mitad superior de dicho marco.

Si las penas así valoradas resultan iguales, se podrá optar por cualquiera de ellas. Cuando son de la misma naturaleza y diferente duración, habrá que optar por la que tenga una duración mayor. Cuando las penas sean heterogéneas, habrá que remitirse al catálogo de penas del art. 33 CP por razón de su gravedad y se procurará oír al reo.

##### **B) Regla de acumulación**

Para evitar que por la regla de la exasperación, el concurso ideal se castigue de forma más grave que el real, es preciso comprobar que la aplicación de dicha regla no conduce a la imposición de una pena que exceda de la que hubiese resultado de castigar las infracciones por separado, según la regla de acumulación. Para realizar esta comprobación, habrá que individualizar la pena que corresponda a las dos infracciones por separado, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en el caso concreto. La pena resultante podrá operar como límite punitivo infranqueable.

##### 4.2.2 La determinación de la pena del concurso medial

En los casos de **concurso medial** se impondrá una pena superior a la que habría correspondido por la infracción más grave y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos.

Esta regulación suscita algunos problemas de interpretación.

#### 4.3 Reglas de determinación de la pena en supuestos de continuidad delictiva

El art. 74 CP regula el **delito continuado**. A efectos de determinación de pena, establece dos regímenes distintos:

- 1º Cuando la continuidad delictiva no lo es de infracciones contra el patrimonio, se aplica la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado.
- 2º Si se trata de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones, el juez o tribunal impondrá la pena superior en uno o dos grados en la extensión que estime conveniente si el hecho revistiera notoria gravedad o hubiese perjudicado a una generalidad de personas (**delito masa**)

### **5. El problema del orden en la aplicación de las reglas de determinación de la pena**

Los factores que inciden en la determinación de la pena son:

- La infracción o infracciones penales que se hayan cometido.
- El grado de ejecución, la forma de participación y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.
- Las reglas que rigen en materia de concursos de infracciones y de delito continuado.

El Código Penal no especifica el orden en que deben aplicarse estas reglas. La opción de los autores del Manual es seguir el orden que se explica a continuación.

#### 5.1 El orden de las reglas de la determinación de la pena en los casos de unidad delictiva y concurso real

Se identifica la unidad delictiva con supuestos en los que una sola acción o grupo de acciones es constitutiva de un único delito. El orden es el siguiente:

- 1º Calcular el marco penal abstracto acudiendo a la regulación de la concreta figura delictiva en la Parte Especial
- 2º Calcular el marco penal concreto teniendo en cuenta los siguientes factores en el orden que se describe:
  - a) Grado de ejecución del delito
  - b) Formas de intervención en el delito por parte del sujeto responsable
  - c) Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal
- 3º Proceder a la individualización de la pena, fijando una cantidad exacta de la misma comprendida dentro del marco penal concreto que resulte de aplicar las reglas anteriores.

En caso de concurso real, habrá que seguir el proceso descrito para todas y cada una de las infracciones que se hayan cometido. Individualizadas las penas, se procederá a su acumulación y ejecución teniendo en cuenta las reglas de los arts. 73, 75 y 76 CP.

#### 5.2 El orden de las reglas de determinación de la pena en los casos de concurso ideal y medial

Cuando estemos ante un concurso ideal, es preciso aplicar la regla de acumulación para comprobar que la regla de la exasperación no resulta perjudicial para el reo. La pena individualizada conforme a la acumulación podrá operar como barrera punitiva infranqueable al castigo de esta clase de concursos de infracciones.

En caso de concurso medial, habrá que seguir las reglas del art. 77.3 CP

#### 5.3 El orden de las reglas y determinación de la pena en la continuidad delictiva

Se pueden diferenciar tres posibilidades:

- 1º Que se trate de una infracción patrimonial no masa. El perjuicio total causado va a ser determinante para efectos de determinar la pena que le corresponda.
- 2º Que se trate de una infracción no patrimonial o patrimonial en la que proceda a aplicar la regla del art. 74.1 CP. Habrá que calcular el marco penal concreto de todas las infracciones cometidas y aplicar la pena de la más grave en su mitad superior, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado.
- 3º Que se trate de un delito patrimonial masa. El perjuicio total causado va a ser determinante de la concreta figura delictiva que se estime realizada por el sujeto, a efectos de determinar la pena que le corresponda. Una vez identificada la misma, se procederá como si se tratase de una única infracción, que se elevará después uno o dos grados por efecto del delito masa.

## **6. Determinación judicial de la pena concreta en la sentencia**

### **6.1 Los factores de la individualización judicial de la pena**

Una vez que se ha fijado el marco penal concreto, el juez deberá imponer al sujeto responsable la pena exacta, que debe quedar comprendida dentro de los límites mínimo y máximo del referido marco penal concreto. Esta decisión es conocida como **individualización judicial de la pena**.

El Código Penal no contiene una disposición que establezca los criterios que ha de seguir el juez para la individualización de la pena. No obstante, se suelen tomar como referencia la mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente.

Se puede concluir afirmando que la pena impuesta debe ser proporcional a la gravedad del injusto culpable y, al mismo tiempo, consecuente con su finalidad preventiva, particularmente con la preventivo-especial positiva o resocializadora.

### **6.2 Necesidad de razonar el grado y la extensión concreta de la pena**

Los jueces y tribunales razonarán en sentencia el grado y extensión completa de la pena impuesta. Esto significa que el juez, en sentencia, debe reflejar, razonadamente, de manera comprensible, todo el proceso de determinación de la pena, desde la fijación del marco penal abstracto hasta la individualización de la pena que finalmente haya impuesto al sujeto culpable. En cada fase de la determinación, el juez deberá especificar las razones en que haya basado sus decisiones.

# LECCIÓN 33: SUSTITUTIVOS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

## **I. Los sustitutivos de las penas privativas de libertad en el Código Penal español**

### **1. La crisis de las penas carcelarias y las respuestas a la misma**

La pena de prisión presenta muchos inconvenientes que resultan especialmente graves cuando su duración es excesivamente larga o demasiado corta. La inmensa mayoría de los sistemas penales tratan esta problemática de diversas maneras:

- 1º El vigente Código Penal de 1995 evita las penas de prisión inferiores a seis meses y procura que las derogadas faltas y los delitos menos graves se castiguen con penas no privativas de libertad, tales como los trabajos en beneficio de la comunidad o la multa. Las siguientes leyes orgánicas apostaron por un aumento del rigor punitivo, que pasa por emplear en mayor medida la pena de prisión, reduciendo su límite mínimo a los tres meses de duración y endureciendo las condiciones de su ejecución.
- 2º El Código penal vigente permite evitar la efectiva aplicación de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia a través de la suspensión de su ejecución.
- 3º Antes de la reforma de LO 1/2015, la aplicación de las penas de prisión de hasta dos años de duración se podía evitar también a través de su sustitución por penas distintas, como la multa, la localización permanente o con los trabajos en beneficio de la comunidad. Con la reforma, desaparece el sistema general de sustitución de la pena privativa de libertad, subsiste sólo para estos supuestos específicos:
  - Sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses
  - Sustitución de las penas de prisión impuesta a ciudadanos extranjeros
- 4º A fin de evitar las penas de prisión excesivamente largas, la legislación vigente establece mecanismos para acortar el periodo del cumplimiento de la prisión dentro del centro penitenciario, como el tercer grado o la libertad condicional.

## **II. La suspensión de las penas privativas de libertad en el Código penal español**

### **1. Consideraciones generales y fundamento**

Los sistemas de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad previstos en el vigente Código penal son:

- El establecido para evitar la efectiva ejecución de las penas privativas de libertad impuestas en sentencia
- El previsto para suspender la ejecución de las penas de prisión durante su cumplimiento, a través de la concesión de la libertad condicional.

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad previa al comienzo de dicha ejecución requiere que las referidas penas no superen cierto margen temporal, de manera que la suspensión se reserva para infracciones que no presentan excesiva gravedad en el caso concreto.

La suspensión se perfila como la solución al conflicto que se produce a veces entre los fines y funciones que las penas están llamadas a cumplir.

La libertad condicional constituye un componente esencial del sistema penitenciario progresivo y de individualización científica, que sirve para acortar el tiempo de cumplimiento de la prisión en el medio carcelario y permite que esta pena pueda orientarse hacia la reinserción y reeducación del penado.

## **2. La suspensión de las penas privativas de libertad previa a su ejecución**

### **2.1 Descripción general del modelo**

La suspensión de las penas privativas de libertad se regula como una de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia se deja en suspenso durante un periodo de tiempo en el que el penado debe cumplir una serie de condiciones.

Transcurrido el plazo y cumplidas dichas condiciones, se considera extinguida la responsabilidad penal sin necesidad de que el penado haya cumplido la pena privativa de libertad que se le impuso. A tal efecto, tiene lugar la remisión de la pena, que extingue la responsabilidad penal.

La decisión de suspender la pena debe llevarse a cabo de forma motivada por el juez en sentencia. Dicha decisión es siempre potestativa por parte del juez o tribunal, que pueden o no adoptarla en atención a los siguientes factores:

- a) Que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión de futuros delitos por el penado
- b) Las circunstancias de delito cometido, las personales del reo, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho y sus circunstancias familiares y sociales
- c) Los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueran impuestas

Valoradas estas circunstancias, habrá que comprobar también si se cumplen los requisitos establecidos en la ley como necesarios para acordar la suspensión.

La suspensión no extingue la responsabilidad civil derivada del delito, ni afecta al cumplimiento de las penas accesorias.

### **2.2 El régimen general**

#### **2.2.1 Ámbito de aplicación**

Se puede dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad **no superiores a dos años de duración**. Es posible suspender la ejecución de las penas de prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, una vez impuestas en sentencia. La pena privativa de libertad impuesta o la suma de las impuestas no deben superar los dos años de duración, sin que se pueda incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

Se prevé la posibilidad de suspender una pluralidad de penas privativas de libertad que se hayan podido imponer a un mismo sujeto siempre que la suma de las mismas no supere los dos años.

#### **2.2.2 Requisitos necesarios para dejar en suspenso la ejecución de la pena**

- a) Que el condenado haya delinquido por primera vez. No se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la comisión de delitos futuros.

Las condenas firmes de jueces y tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea tendrán el mismo valor que las impuestas por jueces y tribunales españoles.

- b) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado. También es necesario que se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia. Estos requisitos se entenderán cumplidos cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles y de facilitar el decomiso acordado. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que estime convenientes para asegurar su cumplimiento.
- c) En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

### 2.2.3 Plazos de suspensión y cómputo

El art. 81 CP establece dos plazos de suspensión:

- De dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años
- De tres meses a un año para las penas leves

Dentro de estos marcos temporales, el juez deberá fijar la duración exacta del plazo de suspensión.

El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerde. Si la suspensión se acordó en la sentencia condenatoria, el plazo comenzará a computar desde el momento en que la misma devenga firme. No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en una situación de rebeldía.

### 2.2.4 Condiciones de la suspensión

- a) La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad quedará siempre condicionada a que el penado no sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión fijado por el juez o tribunal. Es preciso que el sujeto sea condenado en sentencia firme. Para que el juez revoque la suspensión, el nuevo delito cometido tiene que desvirtuar la decisión adoptada de suspender la pena.

La naturaleza del nuevo delito debe tenerse en cuenta a efectos de decidir sobre la revocación de la suspensión acordada, ya que la doctrina mayoritaria entiende que la comisión y condena por un delito imprudente o un delito leve no constituye un incumplimiento de la condición de no delinquir que permita revocar la suspensión.

- b) Cuando ellos resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, el juez podrá condicionar la suspensión al acatamiento de prohibiciones y cumplimiento de deberes.

La imposición de los deberes y prohibiciones se prevé como potestativo, excepto cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, donde será obligatorio imponer las prohibiciones y deberes indicados.

- c) El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena el cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes reglas:

1º El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación

2º El pago de una multa

3º La realización de trabajos en beneficio de la comunidad

En caso de que existan determinados vínculos entre el penado y la víctima, el pago de la multa sólo se puede imponer como condición de la suspensión si entre tales sujetos no existen relaciones económicas.

- d) Durante del plazo de suspensión de la pena, el juez o tribunal podrá modificar la decisión que hubiese adoptado y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones o deberes impuestos.



### 2.2.5 Causas de revocación de la suspensión

El juez o tribunal deberá revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena cuando el penado:

- a) Sea condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión
- b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que se hubieren impuesto
- c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que se hubieran impuesto
- d) Cuando el incumplimiento de las prohibiciones no hubiera sido grave ni reiterado, el juez o tribunal podrá, en lugar de revocar la suspensión, imponer al penado nuevas prohibiciones o deberes o modificar las ya impuestas, o prorrogar el plazo de suspensión, sin que pueda exceder la prórroga de la mitad de duración del plazo que se hubiese establecido inicialmente.
- e) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de los bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado, no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, o facilite información inexacta sobre su patrimonio.

### 2.3 Los regímenes especiales de suspensión

#### 2.3.1 Régimen del art. 80.3 CP

Conforme a este precepto, los penados que no sean reos habituales, tengan o no antecedentes penales que impiden que se acuerde la suspensión y resulten condenados a penas de prisión que individualmente no excedan de dos años de duración, pueden, excepcionalmente, beneficiarse de la suspensión. Conforme a este régimen especial, se pueden suspender penas de prisión cuya suma supere los dos años, siempre que cada pena por separado no exceda de este límite.

El juez o tribunal tendrá que valorar las circunstancias personales del penado, la naturaleza del hecho, su conducta y el esfuerzo para reparar el daño causado. Será necesario también que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil y que se haya hecho efectivo el decomiso.

De conocerse la suspensión, se impondrá las siguientes condiciones:

- a) La de no ser condenado por un delito durante el plazo de suspensión
- b) La reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a las capacidades físicas y económicas del penado
- c) El cumplimiento de una de las dos medidas o prestaciones a que se refiere el art. 84 CP (multa o trabajos en beneficio de la comunidad)

#### 2.3.2 Penados aquejados de enfermedad

El Código penal vigente permite diferenciar entre dos posibilidades:

- 1º Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta, sin sujeción a requisito alguno, en el caso de que el penado éste aquejado de una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. La suspensión de la pena privativa de libertad tiene lugar con anterioridad al ejecución de la misma.
- 2º Régimen de suspensión previsto en el art. 60 CP, que establece que, cuando se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena privativa de libertad, el JVP suspenderá su ejecución, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad que no podrá ser más gravosa que la pena sustituida. Una vez restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiese prescrito, sin perjuicio de que el juez o tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración.

### 2.3.3 Penados drogodependientes

El art. 80.5 CP establece un régimen especial para suspender la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta cinco años impuestas a los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Los aspectos fundamentales de este régimen son los siguientes:

- a) **Fundamento:** se trata de evitar la privación de libertad, sobre todo la que se debe cumplir en un centro penitenciario, porque su obligación podría ser contraproducente para sujetos que han superado su adicción.
- b) **Ámbito de aplicación:** penas privativas de libertad de hasta cinco años de duración
- c) **Requisitos para la suspensión:**
  - 1º Que el penado haya cometido el hecho debido a su dependencia de éstas sustancias
  - 2º Se ha de certificar suficientemente, por centro o servicio público o privado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión
  - 3º Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles y que se haya hecho efectivo el decomisoNo se exige como requisito de concesión de la suspensión que el condenado haya delinquirido por primera vez.
- d) **Condiciones a las que se puede someter la suspensión:**
  - 1º La suspensión quedará siempre condicionada a que el sujeto no sea condenado por delitos cometidos durante el plazo de suspensión. El plazo de suspensión será siempre de tres a cinco años. Se trata de un plazo único y sus límites mínimo y máximo no dependen de la magnitud o gravedad de la pena impuesta.
  - 2º En caso de que el condenado estuviese siguiendo un tratamiento de deshabitación también se condicionará la suspensión a que no abandone dicho tratamiento hasta su finalización.

### 2.3.4 Suspensión de la pena cuando medie petición de indulto

Si mediase petición de indulto, se puede proceder a la suspensión de la pena impuesta mientras no se resuelva sobre la concesión del mismo, siempre que se cumpliera alguno de los dos requisitos siguientes:

- a) Que por el cumplimiento de la pena impuesta pueda resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas
- b) Cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria

## **3. La suspensión de la pena de prisión durante su ejecución: la libertad condicional**

### 3.1 Concepto y naturaleza

La concesión de la **libertad condicional** implica para el penado poder cumplir en libertad lo que le quede de condena.

La LO 1/2015 ha modificado sustancialmente el régimen de libertad condicional anterior a su entrada en vigor, estableciendo que la libertad condicional es una forma de suspensión de la pena de prisión y de la prisión permanente revisable, que tiene lugar durante la ejecución de dichas penas. Es decir, el tiempo que pase el penado en libertad condicional no computa a éstos efectos. Si la libertad condicional resulta revocada, el penado ingresará de nuevo en prisión y tendrá que cumplir lo que quedaba de condena en el momento en que dicha libertad fue concedida.

### 3.2 Regulación

#### 3.2.1 Régimen general (art. 90.1 CP)

El JVP acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:

- 1º Encontrarse clasificado en el tercer grado del sistema penitenciario
- 2º Haber extinguido tres cuartas partes de la condena impuesta
- 3º Haber observado buena conducta
- 4º Haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos establecidos
- 5º A los condenados por delitos de terrorismo, se le exige, además, haber satisfecho la responsabilidad civil, que muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y que haya colaborado activamente con las autoridades en la lucha contra este tipo de actividades.

#### 3.2.2 Regímenes especiales

Se pueden diferenciar cuatro:

- 1º Régimen especial del artículo 90.2 CP: previsto para sentenciados que hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación favorable de sus circunstancias personales.
- 2º Régimen especial para sentenciados que hayan acreditado la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación.
- 3º Régimen especial del artículo 90.3 CP: excepcionalmente, el JVP podrá acordar la libertad condicional a los penados no condenados por delitos de terrorismo en que concurra los siguientes requisitos:
  - a) Que se encuentran cumpliendo su primera condena en prisión y que ésta no supere los tres años de duración
  - b) Que hayan extinguido la mitad de su condena
  - c) Que cumplan con los requisitos del régimen general y que hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales.
- 4º Régimen especial para los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años o la cumplan durante la extinción de la condena, o sentenciados con enfermedades muy graves con padecimientos incurables.

#### 3.2.3 Reglas comunes a todos los regímenes

- a) El **plazo de suspensión** de la ejecución del resto de la pena por la concesión de la libertad condicional será de dos a cinco años. No obstante, el plazo de suspensión no puede ser inferior a la duración de la pena pendiente de cumplimiento. El plazo se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. La duración de la libertad condicional se puede extender de dos maneras:
  - Por razón del plazo general establecido, que va de dos a cinco años
  - La suspensión de la ejecución de la pena que implica la concesión de la libertad condicional puede someterse al cumplimiento de los deberes establecidos. El incumplimiento leve de dichos deberes permite al juez prorrogar el plazo de suspensión hasta la mitad de la duración inicial.
- b) **Condiciones de suspensión:**
  - Quedará condicionada siempre a que el penado no sea condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión
  - También podrá condicionarse al cumplimiento de los deberes y prohibiciones establecidos

- c) **Causas de revocación de la suspensión:**
- Que el sujeto haya sido condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión
  - Que el penado incumpla de forma grave y reiterada los deberes o prohibiciones establecidas
  - Que el penado cometa cualquiera de las conductas establecidas en la letra d) del art. 86.1 CP
  - Que se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión
- d) **Consecuencias de la revocación:** la misma dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de condena.
- e) Transcurrido el plazo de suspensión y cumplidas las condiciones a las que la misma se sometió, procederá declarar la remisión de la pena y la extinción de responsabilidad penal.

#### **4. La suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y la concesión de la libertad condicional**

Para determinar la regulación de la libertad condicional de la pena de prisión permanentemente revisable, podemos diferenciar entre dos regímenes.

##### **4.1 Supuestos en los que el penado ha cometido un único delito castigado con pena de prisión permanente revisable**

En estos presupuestos, la concesión de libertad condicional exige:

- 1º Que el penado haya cumplido 25 años de su condena
- 2º Que el penado esté clasificado en el tercer grado
- 3º Que exista sobre el penado un pronóstico favorable de reinserción social

##### **4.2 Supuestos en los que el penado haya sido condenado por dos o más delitos y al menos uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable**

La concesión de la libertad exige, además de que exista sobre el penado un pronóstico favorable de reinserción social, los siguientes requisitos:

- 1º Que en función de la gravedad de las penas impuestas para las distintas infracciones cometidas, se hayan cumplido 25 o 30 años de condena. Si se tratase de delitos de terrorismo, se exige, según la gravedad de las penas previstas para las distintas infracciones cometidas, a ver cumplido 28 o 35 años
- 2º Que el penado esté clasificado en el tercer grado, lo cual no podrá tener lugar hasta que se hayan cumplido 18, 20 o 22 años de prisión, en atención a la gravedad de las penas impuestas. Si se tratase de delitos de terrorismo, se exige haber cumplido 24 o 32 años de condena.

##### **4.3 Reglas comunes a los dos supuestos anteriores**

- a) Salvo por lo que respecta al plazo de suspensión en caso de que se conceda la libertad condicional, que será de cinco a 10 años, son de aplicación el resto de las reglas comunes a todos los regímenes de libertad condicional.
- b) En caso de que la libertad condicional no se concediera, el tribunal deberá valorar de oficio cada dos años desde el cumplimiento efectivo de los 25 años de condena, si se cumple el resto de los requisitos necesarios para conceder la libertad condicional.

### **III. La sustitución de las penas privativas de libertad en el Código penal español**

#### **1. Consideraciones generales**

Tras la reforma de LO 1/2015, el sistema vigente sólo prevé dos presupuestos de sustitución de penas privativas de libertad en sentido estricto:

- A las penas de prisión inferiores a tres meses
- A los extranjeros condenados a penas de prisión en España

#### **2. La sustitución de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros**

##### 2.1 Consideraciones generales

El art. 89 CP prevé un sistema de sustitución de las penas de prisión impuestas a los ciudadanos extranjeros en España por su expulsión del territorio nacional. El juez resolverá en sentencia sobre dicha sustitución, siempre que ello resulte posible.

##### 2.2 Naturaleza de la expulsión

###### 2.2.1 Naturaleza *sui generis* de la expulsión

La expulsión sólo se prevé explícitamente como medida de seguridad dentro del catálogo de medidas de seguridad que recoge el art. 96 CP.

La expulsión puede operar como consecuencia substitutiva de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros o de las medidas de seguridad que se hayan impuesto a los ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España.

La expulsión no requiere que exista peligrosidad por parte del sujeto a quien se le impone, requisito que constituye el fundamento principal de las medidas de seguridad.

###### 2.2.2 Carácter obligatorio de la expulsión y sus excepciones

La sustitución de las penas de prisión impuesta a ciudadanos extranjeros por su expulsión resulta, con carácter general, obligatoria si se cumplen los requisitos que la ley establece.

No obstante, la reforma de la LO 1/2015 introduce modificaciones:

- a) Con carácter general no procede la expulsión cuando, a la vista de las circunstancias de hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada
- b) Por otro lado, si el penado es ciudadano de la Unión Europea sólo procederá la expulsión en dos supuestos:
  - 1º Cuando el penado represente una amenaza para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.
  - 2º Cuando el penado hubiera residido en España durante los 10 años anteriores y se dieran cualquiera de las siguientes circunstancias:
    - Que hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie riesgo grave de reincidencia
    - Que hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de una organización criminal

No obstante, en cualquiera de estos supuestos, cuando la pena o penas de prisión impuestas fueran superiores a cinco años, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena en España en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la

expulsión cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

### 2.2.3 Expulsión como consecuencia acumulativa a la pena de prisión

El sistema permite ejecutar parte o la totalidad de la pena en España si ello es necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida. Ello no significa que se renuncie a la expulsión pues la misma resulta obligatoria una vez cumplida en España la parte de la pena que se determine o cuando el penado acceda al tercer grado o a la libertad condicional.

## 2.3 Ámbito de aplicación

### 2.3.1 Ciudadanos extranjeros

La expulsión se ejecuta en lugar de la pena de prisión impuesta a los ciudadanos extranjeros. Los sujetos destinatarios de esta medida son los ciudadanos extranjeros con independencia de la legalidad o ilegalidad de su situación en España.

Quedan fuera de la aplicación del vigente sistema de sustitución los ciudadanos extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

### 2.3.2 Penas de prisión

La expulsión se impone en sustitución de las penas de prisión y se pueden diferenciar dos posibilidades:

- a) Las penas de prisión de más de un año y no superiores a cinco años impuestas al ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español
- b) Pena o penas de prisión cuya suma supere los cinco años. El juez o tribunal acordará la ejecución de toda o parte de la pena en España, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico. En caso de ejecución parcial, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

## 2.4 Contenido de la expulsión

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a 10 años, contados desde su fecha de expulsión.

La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

## 2.5 Consecuencias del incumplimiento de la prohibición de regreso

Si el extranjero expulsado regresa a España antes de transcurrir el tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que el juez reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico.

En caso de que el penado sea sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

## 2.6 El régimen de internamiento cautelar

Cuando al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos descritos, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros.

### 2.7 Imposibilidad de llevarse a cabo la expulsión acordada

Si acordada la expulsión, ésta no pudiera llevarse a cabo, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.

# LECCIÓN 34: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y REINSERCIÓN SOCIAL

## **I. Consideraciones previas**

### **1. Los orígenes de las medidas de seguridad**

La prevención especial empezó a perfilarse como uno de los fines a los que debía orientarse la pena.

El anteproyecto del Código penal suizo de STOOS de 1893 recogió por primera vez un sistema de medidas de seguridad.

### **2. Principios rectores y garantías que rigen el sistema de medidas de seguridad**

El sistema de medidas de seguridad debe quedar sometido a las garantías y principios rectores del orden político en el Estado Social y democrático de Derecho que consagra la CE. Estas garantías y principios son los siguientes:

- 1º **Solo se pueden imponer medidas de seguridad post-delictuales**, puesto que la peligrosidad del criminal del sujeto ha de exteriorizarse en la comisión de un hecho previsto como delito.
- 2º Las medidas de seguridad quedan sujetas al **principio de legalidad**
- 3º Proporcionalidad y necesidad de las medidas de seguridad: las medidas de seguridad deben ajustarse a **principio de proporcionalidad**. La introducción de la prisión permanente revisable implica la posibilidad de imponer medidas de seguridad de duración indeterminada cuando se ha cometido un hecho delictivo que tenga prevista esa pena.

Dentro de este marco, rige el **principio de necesidad**, en virtud del cual, la medida que se imponga no puede exceder el límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

## **II. Presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social**

Para que se pueda aplicar una medida de seguridad es preciso que se cumplan algunos requisitos.

### **1. Comisión de un hecho previsto como delito**

Las medidas de seguridad son siempre post-delictuales. La realización del hecho debe establecerse en sentencia firme. Para interpretar el término **delito**, es necesario hacer dos precisiones:

- 1º Antes de la reforma LO 1/2015, la opinión doctrinal mayoritaria interpretaba respectivamente la expresión **delito**, abarcando los delitos graves y menos graves. Después de la citada reforma, constituye presupuesto de aplicación de medida de seguridad la comisión de hechos constitutivos de delitos graves, menos graves o leves.
- 2º El término **delito** alude a la infracción penal típica y antijurídica. Para que a un sujeto se le pueda imponer una medida de seguridad ha debido realizar un comportamiento descrito en la ley penal como delito, sin que concurran causas de justificación.



## **2. Probabilidad de comisión de nuevos delitos**

La ley exige que del hecho y de las circunstancias personales del autor pueda deducirse una probabilidad de comisión de nuevos delitos.

La peligrosidad debe ser de naturaleza criminal, es decir, la probabilidad de comisión de futuros delitos por parte del sujeto. No es necesario que la naturaleza del delito futuro coincida con la del delito cometido. Tampoco es preciso que exista riesgo de que el sujeto cometa varios delitos y no sólo uno.

La peligrosidad no se puede presumir en ningún caso, sino que debe establecerse en el proceso.

## **3. Sujetos a quienes se les puede imponer medidas de seguridad**

Los sujetos a quienes se les pueden poner una medida de seguridad deben pertenecer a alguna de las siguientes categorías.

### **3.1 Sujetos inimputables**

Podemos diferenciar los siguientes:

- 1º Sujetos declarados exentos de responsabilidad penal conforme al art. 20.1 CP. Son quienes, al tiempo de cometer la infracción penal y a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueden comprender la ilicitud del hecho u obrar conforme a esa comprensión.
- 2º Sujetos declarados exentos de responsabilidad penal conforme al art. 20.2 CP. Se trata de personas que, al tiempo de cometer la infracción penal, se hallen en estado de intoxicación plena o se encuentren bajo un síndrome de abstinencia.
- 3º Sujetos declarados exentos de responsabilidad conforme al art. 20.3 CP. Son personas que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tienen alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Se entiende que el sujeto inimputable que ha cometido un hecho delictivo muestra con frecuencia una tendencia a repetir ese patrón de conducta.

### **3.2 Sujetos semiimputables**

Se trata de personas a las que se les aplica la eximente incompleta del art. 21.1 CP.

La semiimputabilidad aparece como categoría de estado peligroso. En estos casos, se pueden aplicar conjuntamente penas y medidas de seguridad, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 99 y 104.1 CP, que establecen el llamado **sistema vicarial**. La condición psíquica del sujeto infractor, ya tenga su origen en una anomalía psíquica, en la intoxicación o síndrome de abstinencia, o en una alteración de la percepción, no excluye su imputabilidad ni, por tanto, su culpabilidad.

### **3.3 Sujetos extranjeros no residentes legalmente en España**

Los ciudadanos extranjeros inimputables o semiimputables que no residan legalmente en España, pueden ser expulsados, en algunos casos, en sustitución de la pena impuesta.

La expulsión se puede aplicar también en sustitución de medidas de seguridad impuestas a los ciudadanos extranjeros inimputables o semiimputables que residan ilegalmente en España. Así, el art. 108.1 CP establece que el juez o tribunal acordará en la sentencia la expulsión del territorio nacional en sustitución de las medidas de seguridad que sean aplicables.

### **3.4 Sujetos imputables**

Se trata de individuos condenados por determinados delitos a los que se les puede imponer la medida de seguridad de libertad vigilada, además de la pena les corresponda.

La reforma LO 1/2015 establece la forma de aplicar de forma potestativa la libertad vigilada a los sujetos imputables que pertenezcan a cualquiera de las siguientes categorías:

- Sujetos condenados por la comisión de uno o más delitos del Título I CP, *del homicidio y sus formas*
- Sujetos condenados por la comisión de uno o más delitos del Título III CP, *de las lesiones*, pero siempre que la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP
- Sujetos condenados por la comisión del delito de violencia física o psíquica habitual de artículo 173.2 CP

### **III. Clases de medidas de seguridad**

Las medidas de seguridad que se pueden imponer se diferencian entre medidas privativas y no privativas de libertad.

#### **1. Medidas de seguridad privativas de libertad**

##### 1.1 Naturaleza y finalidad

Priva al sujeto de su libertad ambulatoria, dado que su cumplimiento exige que permanezca en un centro de internamiento adecuado a su peligrosidad, en el que recibe tratamiento. La finalidad de estas medidas es terapéutica y resocializadora, pero también asegurativa e inocuidadora, en tanto que mantienen al sujeto aislado de la sociedad durante su aplicación.

##### 1.2 Sujetos destinatarios y centros de internamiento

Las medidas de seguridad privativas de libertad sólo pueden aplicarse a los sujetos declarados inimputables o semiimputables, si la pena que se les hubiese impuesto también fuera privativa de libertad. La medida privativa de libertad también exige para su imposición que resulte necesaria en atención a la peligrosidad del sujeto. Se entiende que esta necesidad se da cuando la peligrosidad no puede ser conjurada mediante otro tipo de medidas.

El art. 96.2 CP permite diferenciar entre distintos tipos de centros de internamiento, en función de la anomalía o problema que padezca.

##### 1.2.1 Centros de internamiento psiquiátricos

En ellos pueden ser internados los sujetos inimputables por causa de anomalía o alteración psíquica o los sujetos semiimputables por ese mismo motivo.

##### 1.2.2 Centros de internamiento de deshabitación

En los mismos se puede privar de libertad a los sujetos considerados inimputables por las causas previstas en los arts. 20.2 y 102.1 CP, y a que los que resulten semiimputables por los mismos motivos.

##### 1.2.3 Centros de internamiento educativos especiales

En ellos se puede proceder al internamiento de dos categorías de sujetos:

- Sujetos inimputables o semiimputables por razón de anomalía o alteración psíquica
- Sujetos inimputables o semiimputables por padecer una alteración de la percepción que altere gravemente la conciencia de la realidad.

## **2. Medidas de seguridad no privativas de libertad**

### 2.1 Naturaleza y finalidad

Privan al sujeto de derechos distintos de la libertad ambulatoria. Se trata de las siguientes medidas:

- Inhabilitación profesional
- Expulsión del territorio nacional de los extranjeros no residentes legalmente en España
- La libertad vigilada
- La custodia familiar
- La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores
- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas

### 2.2 Sujetos destinatarios

Salvo la expulsión del territorio nacional, que sólo puede imponerse a los ciudadanos extranjeros que no residan legalmente en España, el resto de medidas no privativas de libertad puede aplicarse a los sujetos considerados inimputables o semiimputables.

A los imputables condenados por delitos de homicidio, lesiones o violencia física o psíquica habitual, se les puede aplicar, además de la pena objeto de la condena, la libertad vigilada como medida de seguridad no privativa de libertad. Los condenados a penas de prisión por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y a los condenados a penas privativas de libertad en caso de terrorismo, se les deberá o se les podrá aplicar la medida de seguridad libertad vigilada.

### 2.3 Análisis de las distintas medidas no privativas de libertad

#### 2.3.1 La custodia familiar

El sometido a la custodia familiar quedará sujeto al cuidado y vigilancia de familiar que se designe y que acepte la custodia, quién la ejercerá en relación con el JVP.

#### 2.3.2 La libertad vigilada

El contenido de esta medida aparece escrito en el art. 106 CP. En él se establece lo siguiente:

1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de algunas de las siguientes medidas:
  - a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos
  - b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el juez establezca
  - c) La de comunicar inmediatamente cada cambio de residencia
  - d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida
  - e) La prohibición de aproximarse a la víctima
  - f) La prohibición de comunicarse con la víctima
  - g) La prohibición de acudir a determinados territorios
  - h) La prohibición de residir en determinados lugares
  - i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades
  - j) La obligación de participar en programas formativos
  - k) La obligación de seguir tratamiento médico externo

La libertad vigilada se puede o se debe aplicar a los sujetos imputables condenados a penas de prisión por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, o a penas privativas de libertad impuestas por terrorismo o criminalidad organizada, con posterioridad al cumplimiento de dichas penas y sobre la base de un pronóstico de peligrosidad que se calcula en atención a la gravedad del delito cometido.

## IV. La ejecución de las medidas de seguridad

### **1. Ejecución de las medidas aplicables a los sujetos inimputables**

Una vez se ha constatado que el sujeto ha cometido un hecho descrito como delito, ha sido considerado inimputable y se ha confirmado su peligrosidad criminal, se puede proceder a la imposición de una medida de seguridad.

#### 1.1 Imposición de medida privativa de libertad

##### 1.1.1 Presupuesto de aplicación: proporcionalidad y necesidad

Ello requiere que la pena que se le hubiese podido imponer al sujeto por el delito cometido, de haber sido considerado imputable, fuese privativa de libertad. En tal caso, se le puede imponer una medida de internamiento en función de cual sea la causa de inimputabilidad y si ello se considera, además, necesario como respuesta a la peligrosidad del sujeto.

##### 1.1.2 Duración de la medida

La medida de internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiese sido declarado responsable.

Para determinar el límite máximo de duración de la medida privativa de libertad caben diferentes interpretaciones. Se propone dos alternativas:

- 1º Hay quien considera que la expresión “*tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiese sido declarado responsable*”, se refiere a la pena individualizada que se le habría impuesto al sujeto imputable que hubiese cometido el mismo delito.
- 2º En la jurisprudencia, se ha impuesto como criterio a tener en cuenta el marco penal abstracto previsto para la figura delictiva en cuestión, pero aplicando las normas de determinación de la pena por razón de grado de ejecución alcanzado y la forma de participación, sin considerar las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. La aplicación de tales reglas dará lugar a un marco penológico y el límite máximo de dicho marco penológico será el que se tome como referente para determinar la duración máxima que pueda tener la medida de seguridad privativa de libertad.

Una vez se alcanza ese límite máximo temporal, el sujeto debe quedar en libertad, pues la medida de seguridad ha de considerarse extinguida por mucho que subsista la peligrosidad.

##### 1.1.3 Efectos del internamiento

El sometido a la medida privativa de libertad no podrá abandonar el centro de internamiento sin autorización del juez o tribunal sentenciador.

##### 1.1.4 Normas que rigen la ejecución del internamiento

Durante la ejecución de la medida privativa de libertad impuesta, el juez adoptará alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener la ejecución de la medida, para lo cual se requiere que la peligrosidad del sujeto subsista
- b) Decretar el cese de la medida en cuanto desaparezca la peligrosidad del sujeto
- c) Sustituir la medida impuesta por otra que se estime más adecuada
- d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida, en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado

### 1.1.5 Medidas no privativas de libertad que se pueden imponer además de la medida de internamiento

El juez o tribunal podrá imponer una o varias medidas no privativas de libertad. Para ello, el tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales.

Las medidas no privativas de libertad que se pueden imponer junto con la de internamiento son las siguientes:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:
  - a) La libertad vigilada
  - b) La custodia familiar
2. Por un tiempo de hasta 10 años:
  - a) La libertad vigilada
  - b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas
  - c) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores

### 1.2 Imposición de medida no privativa de libertad

#### 1.2.1 Presupuesto de aplicación

La imposición de una medida no privativa de libertad a un inimputable puede tener lugar en los siguientes casos:

- 1º Cuando dicha medida no privativa de libertad se impone junto a otra privativa de libertad.
- 2º Cuando la pena que se hubiese podido imponer por el hecho cometido, de haber sido considerado imputable, fuese privativa de libertad, pero el internamiento se considerase innecesario como respuesta a su peligrosidad.
- 3º Cuando la pena que se hubiese podido imponer no fuese privativa de libertad. En este caso, la medida no privativa de libertad no debe ser más gravosa que la pena no privativa de libertad que se hubiese podido imponer al sujeto.

#### 1.2.2 Duración de la medida

El Código penal sólo establece los máximos de duración de las medidas de seguridad no privativas de libertad.

#### 1.2.3 Normas que rigen la ejecución de las medidas no privativas de libertad

Son de aplicación las mismas normas contenidas en los arts. 97 y 98 CP, respecto de la decisión de mantener la medida o decretar su cese, sustitución o suspensión una vez iniciada la ejecución de la misma.

## **2. Ejecución de las medidas aplicables a los sujetos semiimputables: el sistema vicarial**

### 2.1 Presupuesto de aplicación

Se trata de casos en los que un sujeto ha cometido un hecho descrito como delito, ha sido considerado semiimputable por la aplicación del art. 21.1 CP y, tanto por el hecho cometido como por sus circunstancias personales, se puede esperar que cometa delitos en el futuro. En tal caso, se puede aplicar tanto penas como medidas de seguridad, pues subsisten los fundamentos de unas y otras.

### 2.2 Normas que rigen la ejecución

En los casos de semiimputabilidad se han de seguir las siguientes indicaciones:

- 1º Se procede a la individualización de la pena que le corresponde al sujeto por el delito cometido, teniendo en cuenta todos los factores que rigen a tal efecto.

- 2º Además de la pena individualizada, el juez o tribunal puede imponer una medida de seguridad.
- 3º La ejecución en casos de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad viene establecida por el art. 99 CP. Según este artículo, el juez ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará al de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez podrá suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma.

### 2.3 Semiimputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o por delitos cometidos por organizaciones o grupos criminales o delitos de terrorismo

Si los sujetos semiimputables hubiesen sido condenados a penas de prisión por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o a penas privativas de libertad por la comisión de delitos de terrorismo o crimen organizado, en sentencia se podrá o se deberá imponer a los mismos el cumplimiento de la medida de la libertad vigilada.

En estos casos, se podrá aplicar, en primer lugar, el sistema vicarial de concurrencia de penas y medidas de seguridad. Una vez cumplido dicho régimen, los sujetos deberán cumplir la medida de la libertad vigilada.

### 2.4 Semiimputables condenados por otros delitos que permiten la imposición de la libertad vigilada

A los condenados por delitos del Título I, por lesiones en la que la víctima sea alguno de los sujetos a los que se refiere el artículo 173.2 CP o por el delito de violencia física o psíquica habitual del artículo 173.2 CP, se podrá aplicar, en primer lugar, el sistema vicarial de concurrencia de penas y medidas de seguridad. Una vez cumplido dicho régimen, los sujetos podrán cumplir la medida de la libertad vigilada.

## **3. Incumplimiento de medidas de seguridad impuestas a inimputables o semiimputables**

El quebrantamiento de una medida de internamiento dará lugar a que el juez ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado.

Si se tratase de otras medidas, el juez podrá acordar la sustitución de la medida quebrantada por la de internamiento.

## **4. La ejecución de la libertad vigilada como medida de seguridad impuesta a sujetos imputables**

### 4.1 Presupuestos de aplicación y régimen de ejecución

#### 4.1.1 Condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o por delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas, o delitos de terrorismo.

En estos supuestos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena o penas privativas de libertad, el JVP elevará la oportuna propuesta al juez sentenciador, que determinará el contenido concreto de la medida de libertad vigilada y fijará las obligaciones o prohibiciones. El penado a quien se hubiese impuesto, por diversos delitos, otras tantas medidas de libertad vigilada que no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva.

Una vez acordado el contenido concreto de la libertad vigilada, el juez puede dejar sin efecto la medida, si se considera innecesaria o contraproducente.

En caso contrario, se procede a la ejecución de la medida y, durante la misma, el juez debe recabar informes acerca de la situación y evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

Con base en el contenido de dichos informes, el juez podrá:

- a) Modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas
- b) Reducir la duración de la libertad vigilada o, incluso, poner fin a la misma

#### 4.1.2 Sujetos condenados por otros delitos que permiten la imposición de la libertad vigilada

En estos casos, el Código penal no establece si la medida de libertad vigilada se ha de cumplir antes o después de la pena.

#### 4.2 Incumplimiento de las obligaciones o prohibiciones en que consista la libertad vigilada

En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones, el juez, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas.

### **5. Extinción de la medida de seguridad**

La extinción de la medida o medidas de seguridad impuestas puede tener lugar por los siguientes motivos:

- 1º Porque se haya alcanzado el límite máximo de duración que se hubiese establecido para las mismas.
- 2º Porque antes de alcanzar dicho límite máximo se hubiera decretado el cese de la medida por parte del juez o tribunal.
- 3º En caso de que se hubiese acordado la suspensión de la medida, hubiese finalizado el plazo de suspensión.

Cabe la posibilidad de que la medida de seguridad tenga una duración indeterminada y no se extinga hasta que no se produzca el fallecimiento del sujeto destinatario de la misma, en los casos de los delitos que se castiga con prisión permanente revisable.

# LECCIÓN 35: OTRAS CONSECUENCIAS DEL DELITO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO, LAS COSTAS PROCESALES Y LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

## **I. La responsabilidad civil derivada de la infracción penal**

### **1. Consideraciones generales**

#### 1.1 Concepto

Cuando se produce la comisión de un hecho delictivo, se provoca la pérdida de un bien o se generan daños o perjuicios evaluables y surge la obligación de responder por ello. En eso consiste la responsabilidad civil derivada de la infracción penal, en la obligación de restituir el bien o indemnizar por los daños o perjuicios que los hechos hayan podido provocar.

Las normas que regulan la responsabilidad civil se orientan a la satisfacción de un interés privado del que es titular la persona física o jurídica perjudicada por la comisión de los hechos descritos como delitos.

#### 1.2 Naturaleza jurídica

##### 1.2.1 Naturaleza civil de la obligación de restituir el bien, reparar o indemnizar por los daños y perjuicios causados

La naturaleza jurídica de la responsabilidad es civil y no penal.

El hecho de que la responsabilidad civil derivada de la infracción penal se regule en el Código penal responde a una cuestión histórica.

El titular de la acción civil siempre puede reservarse el derecho a ejercitar la misma ante la jurisdicción civil.

##### 1.2.2 Pena y responsabilidad civil

Existen diferencias entre la pena y la responsabilidad civil.

#### **A) El origen de la pena y de la responsabilidad civil**

La responsabilidad civil nace de la comisión de un hecho descrito como delito que cause daños o perjuicios medibles. Sólo los comportamientos descritos como infracciones penales que causen daños o perjuicios generan la obligación civil de reparar o indemnizar por los mismos.

Por su parte, la pena surge como consecuencia de todo hecho típico, antijurídico, culpable y punible, sin que necesariamente tenga que haber causado un daño o perjuicio evaluable.

En conclusión, la infracción penal conlleva la imposición de pena en todo caso, pero no genera necesariamente responsabilidad civil. Por otro lado, la responsabilidad civil surge sin necesidad de que la persona que haya cometido el hecho descrito como delito resulte penalmente responsable y sea castigado con una pena. La concurrencia del error de tipo o de prohibición invencibles no impide que surja la responsabilidad civil como obligación de reparar el daño que el comportamiento atípico, no antijurídico o no culpable, haya podido provocar.

Por estos motivos, la responsabilidad civil no encuentra su origen en el delito, sino en el hecho objetivo que le da contenido, siempre que el mismo haya provocado un daño o perjuicio medible por el que se deba resarcir a quien lo sufre.



**B) El principio de personalidad rige en la aplicación de la pena pero no en el régimen de cumplimiento de la responsabilidad civil**

La pena sólo puede imponerse a la persona que resulte penalmente responsable de la infracción penal, mientras que la responsabilidad civil puede cumplirla un tercero que no haya intervenido en la misma.

El cumplimiento de la obligación civil por parte de terceros que no hayan intervenido en la infracción penal puede derivarse del hecho de que las causas de extinción de la responsabilidad penal y de responsabilidad civil difieren.

**C) La pena y la responsabilidad civil tienen distinto fundamento**

La pena encuentra su fundamento en la retribución y se orienta a la prevención general y a la prevención especial.

La responsabilidad civil se orienta a satisfacer el interés privado de la persona física o jurídica perjudicada por el delito. La obligación de reparar se establece en atención a la gravedad del daño o perjuicio causado, que no tiene por qué estar en consonancia con la gravedad de la infracción penal.

**D) El cumplimiento de la responsabilidad civil depende de la voluntad del perjudicado por la infracción penal y no así, en todo caso, la imposición de pena respecto de la voluntad del sujeto pasivo que dicha infracción**

Según el art. 106 LECrim, la acción penal por delito que dé lugar al procedimiento de oficio, no se extingue por la renuncia de la persona ofendida. En estos casos, el proceso penal no depende de la voluntad del ofendido.

Por su parte, en los delitos privados que requiere la interposición de querrela, el perdón extingue la acción penal siempre que se den determinados requisitos.

Sin embargo, si el titular de la acción civil renuncia expresamente a ejercitarla, el juez ya no podrá imponer en sentencia la responsabilidad civil que se hubiese podido derivar del daño ocasionado por el delito.

## **2. Contenido de la responsabilidad civil**

El art. 110 CP se establece que la responsabilidad civil derivada de la infracción penal comprende:

- 1º La restitución
- 2º La reparación del daño
- 3º La indemnización de perjuicios materiales o morales

Estos contenidos de la responsabilidad civil integran el concepto más amplio de **resarcimiento**. Por el mismo se entiende la eliminación o neutralización del daño provocado por la infracción penal o la restauración de la situación jurídica que existía con anterioridad a la misma.

### **2.1 La restitución**

Está prevista en el art. 111.1 CP como la primera forma de resarcimiento por la que se debe contar siempre que sea posible. Se refiere expresamente a la restitución del mismo bien.

La restitución puede tener lugar en los delitos patrimoniales cuando los mismos recaen sobre bienes materiales muebles o inmuebles.

La restitución abarca, además de la devolución del bien, el abono de los deterioros o menoscabos que hubiese podido sufrir, que han de ser determinados por el juez.

La restitución tendrá lugar incluso aunque el bien objeto de la misma hubiese sido adquirido legalmente por un tercero de buena fe.

## 2.2 La reparación

La obligación de reparación tiene por objeto el daño causado por la infracción penal. La reparación se orienta a restaurar la situación jurídica anterior a la infracción penal cuando ya no es posible hacerlo mediante la restitución. El daño susceptible de reparación es material y puede afectar a bienes muebles o inmuebles. También puede ser susceptible de reparación el daño causado en la reputación de la persona derivado del delito de injurias o calumnias.

La reparación puede consistir en obligaciones de dar o en obligaciones de hacer o no hacer.

Por otro lado, el juez establecerá la obligación en que consistirá la reparación del daño, en atención a la naturaleza del mismo y las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por el mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

## 2.3 La indemnización de perjuicios materiales y morales

La obligación de indemnizar se refiere a los perjuicios materiales y morales que hubiese causado el delito y consiste en entregar una determinada cantidad de dinero que se orienta al resarcimiento económico del que ha sufrido tales perjuicios. La indemnización por perjuicios materiales se puede confundir con la obligación de reparar el daño causado por la misma.

Dentro del concepto de perjuicio material se engloba tanto el **daño emergente** como el **lucro cesante**.

Asimismo, el daño material que se causa directamente a la persona física es sólo susceptible de indemnización y no de reparación, pues esta última se entiende referida al daño material causado en la cosa inanimada.

En cualquier caso, el juez deberá establecer las bases en que fundamente la cuantía de las indemnizaciones, pudiendo fijarla en la resolución o en el momento de su ejecución.

El concepto de perjudicado con derecho a indemnización no se circunscribe al agraviado, sino que puede englobar a otras personas.

## 2.4 La denominada “compensación” o “conurrencia de culpas”

Según el art. 114 CP, si la víctima hubiese contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

# **3. Los sujetos civilmente responsables**

## 3.1 Responsables civiles directos

### 3.1.1 Los autores y cómplices como personas físicas penalmente responsables de la infracción penal

Toda persona que resulte criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si de la infracción se derivasen daños o perjuicios. Si hubiese dos o más responsables, los jueces determinarán la cuota por la que debe responder cada uno.

Las personas que intervienen en una infracción penal y son consideradas penalmente responsables pueden responder como autores o como cómplices. En caso de que existan varios responsables criminales por unos mismos hechos, se tiene en cuenta la incidencia que de cada uno ellos hayan tenido en la producción del daño o perjuicio que se va reparar o por el qué se deba indemnizar.

Determinada la responsabilidad penal de los intervinientes como autores y cómplices y la cuota que corresponde a cada uno en concepto de responsabilidad civil, se debe

proceder a hacerla efectiva del modo que establece el Código penal. Los autores y los cómplices serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente, por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria será efectiva, primero, en los bienes de los autores y, después, en los de los cómplices.

### 3.1.2 Breve referencia a la participación educativa

Cuando el sujeto interviene beneficiándose de los efectos del delito, sin haber participado en la comisión del mismo, estará obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

### 3.1.4 Los aseguradores

Las entidades aseguradoras resultan responsables civiles directos de muchos delitos cometidos con ocasión de la utilización de vehículos a motor.

### 3.1.5 Los sujetos exentos de responsabilidad penal

La exención de responsabilidad penal por el hecho descrito como delito no excluye la responsabilidad civil que pueda derivarse del mismo. Los sujetos declarados exentos de responsabilidad penal pueden resultar civilmente responsables.

Las únicas causas de exención de responsabilidad penal que también pueden excluir la responsabilidad civil derivada del delito son la **legítima defensa** y el **cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**.

Cuando la exención de responsabilidad penal responde a la concurrencia de una causa que elimina la culpabilidad, el sujeto declarado exento de responsabilidad podrá resultar civilmente responsable por el hecho antijurídico cometido si del mismo se derivasen daños o perjuicios que necesitasen resarcimiento.

## **A) La inimputabilidad**

El régimen de responsabilidad civil varía en función de cual sea la causa de imputabilidad:

- a) *Inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica por alteraciones en la percepción.* El inimputable resulta responsable civil directo por el hecho cometido al igual que las personas que lo tengan bajo su potestad, siempre que haya mediado culpa o negligencia por parte de las mismas.
- b) *Inimputabilidad por intoxicación plena por consumo de drogas o alcohol.* Los declarados exentos de responsabilidad penal responden como responsables civiles directos por los daños que puedan haber ocasionado.

## **B) La concurrencia del estado de necesidad**

Es responsable civil directo la persona en cuyo favor se ha precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado.

## **C) El miedo insuperable**

Cuando la causa de exclusión de la responsabilidad penal fuera el miedo insuperable, serán responsables civiles directos los causantes del miedo y, subsidiariamente, los que hubiesen ejecutado el acto.

## **D) El error**

En casos de error de tipo o de prohibición invencibles, serán responsables civiles directos los autores del hecho.

## 3.2 Responsables civiles subsidiarios

Los arts. 120 y 121 CP establecen la responsabilidad civil subsidiaria de determinadas personas físicas y jurídicas. Es preciso que se cumplan una serie de requisitos:

- 1º Que exista un sujeto criminalmente responsable de una infracción penal que resulte responsable civil directo de la misma.

- 2º Que la responsabilidad civil no pueda hacerse efectiva en la persona de dicho sujeto, por resultar éste insolvente.
- 3º En ocasiones, la atribución de responsabilidad civil subsidiaria no es automática, sino que requiere un comportamiento negligente por parte de la persona natural o jurídica a quien se vaya a adjudicar. En otros supuestos, se prevé una responsabilidad civil subsidiaria objetiva o designación automática.

#### 3.2.1 Responsables civiles subsidiarios del art. 120 CP

- 1º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de 18 años sujetos a su patria potestad o tutela, y que vivan en su compañía.
- 2º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares.
- 3º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o de sus dependientes o empleados, se haya infringido las disposiciones que estén relacionadas con el hecho punible cometido.
- 4º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados.
- 5º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos.

#### 3.2.2 Los responsables civiles subsidiarios del art. 121 CP: las Administraciones Públicas

Según este precepto, las Administraciones Públicas responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones.

## **II. Las costas procesales**

El art. 124 CP define las **costas procesales** como los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales, que incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte. Estos gastos se entienden impuestos por la ley a los que resulten considerados criminalmente responsables de todo delito.

## **III. Cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias**

El art.126.1 CP establece el orden en que se deben imputar los pagos realizados por quien haya respondido civilmente por la infracción penal. Es el siguiente:

- 1º A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios
- 2º A la indemnización al Estado por el importe de los gastos
- 3º A las costas del acusador particular o privado
- 4º A las demás costas procesales
- 5º A la multa

Cuando el delito hubiere sido de los que se persiguen a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado.

## **IV. Las consecuencias accesorias: concepto, fundamento naturaleza jurídica**

### **1. Concepto**

Se trata de una serie de privaciones de bienes y derechos que acompañan a la pena o condena impuesta por la comisión de una infracción penal y qué pueden consistir en:

- a) El **decomiso** o la incautación por parte de la autoridad pública de los efectos derivados del delito, de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del mismo.
- b) **Medidas que afectan a las empresas** que, por carecer de personalidad jurídica, no pueden considerarse comprendidas en el art. 31 bis CP
- c) La **toma de muestras biológicas** del condenado por determinados delitos, para la obtención de identificadores de ADN

### **2. Naturaleza jurídica**

#### **2.1 Naturaleza jurídica del decomiso o comiso**

La opinión mayoritaria sigue considerando el decomiso una privación de bienes o derechos ligada a la comisión de un hecho constitutivo de delito, que no termina de identificarse plenamente con ninguna de las consecuencias penales asociadas a la infracción penal. Se puede afirmar que el decomiso tiene una **naturaleza mixta**, de la que se pueden hacer las siguientes consideraciones:

- 1º Aspectos del decomiso propios de la sanción penal:
  - a) Como regla general, exige para su imposición la previa comisión de una infracción penal
  - b) El comiso consiste en privaciones de bienes previstas por el Código penal y ligadas a la comisión de un hecho descrito como delito
  - c) El decomiso se orienta a fines preventivos especiales y preventivo generales en sentido similar a las penas
  - d) La naturaleza penal del comiso explica que esté sujeto al sistema de garantías que rige para las penas y las medidas de seguridad
- 2º Características del decomiso impropias de las penas, de las medidas de seguridad y de la responsabilidad civil *ex delicto*:
  - a) Se diferencia de las penas en que puede afectar a personas distintas de las que resulten penalmente responsables de la infracción penal
  - b) Se diferencian de las medidas de seguridad en que, si bien su aplicación requiere la comisión de una infracción penal, la misma no exige la peligrosidad criminal del sujeto que la llevó a cabo
  - c) No se trata de una medida reparadora de los daños

#### **2.2 La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP tras la reforma de 2010**

La reforma de 2010 hizo que las personas jurídicas puedan ser responsables penales directas de los delitos cometidos en las circunstancias y por lo sujetos a los que se refieren los arts. 31 bis y ss. CP.

La naturaleza, el contenido y fundamento de las consecuencias accesorias del art. 129 CP coincide con el de las penas del art. 33.7 CP, que se orientan principalmente a la prevención especial negativa, aunque también provocan efectos preventivos generales negativos.

### **3. Fundamento del decomiso y de las consecuencias accesorias del art. 129 CP**

Tanto el decomiso como el resto de consecuencias accesorias del art. 129 CP se orientan principalmente a la prevención especial y a la prevención general negativas.

#### **3.1 La orientación preventivo especial negativa**

El decomiso puede consistir en la privación de bienes, medios o instrumentos de los que se puede predicar una peligrosidad criminal objetiva, en tanto en cuanto han servido para la comisión de la infracción penal y pueden resultar idóneos para su futura repetición.

Tanto el comiso como las consecuencias del art. 129 CP, tratan de evitar, o al menos dificultar, la reiteración delictiva futura. En este sentido, se orientan a la prevención especial negativa.

#### **3.2 La orientación preventivo general negativa**

El decomiso puede implicar la pérdida de las ganancias provenientes del delito. Al privar de la ventaja económica o patrimonial que se puede derivar de la actividad delictiva, resulta idóneo para disuadir de su comisión.

Por su parte, las medidas que se pueden aplicar a las entidades carentes de personalidad jurídica que hayan hecho posible la comisión de la infracción penal van desde la suspensión de sus actividades hasta la intervención judicial o la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

### **4. Régimen de las consecuencias accesorias en el Código penal español**

#### **4.1 El decomiso**

##### **4.1.1 Concepto**

El decomiso consiste en la incautación o pérdida de los efectos que provengan de la infracción penal, de los medios que se hayan empleado para cometerla, así como de las ganancias que haya generado la misma. Se priva al titular del bien, del medio o ganancia, que se adjudica al Estado para que les dé el destino que determine la ley.

##### **4.1.2 Requisitos y principios que rigen su aplicación**

Se diferencian los siguientes:

- 1º Comisión de una infracción penal. Se pueden distinguir dos posibilidades:
  - a) Que el decomiso se aplique como consecuencia de imposición obligatoria ligada a la pena impuesta por delito doloso. La aplicación será potestativa cuando se cometa un delito imprudente con una pena superior al año de privación de libertad.
  - b) Que el decomiso se acuerde aunque no medie sentencia condenatoria, pero siempre que se haya acreditado la existencia de una situación patrimonial ilícita y la persona acusada se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:
    - Haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento
    - Se encuentre en rebeldía
    - No se le imponga pena por estar exento de responsabilidad penal
- 2º La imposición del decomiso está presidida por el **principio de proporcionalidad**
- 3º Tras la reforma LO 1/2015, el objeto del comiso podrá ser objeto de aprehensión o embargo y puesto en depósito de la autoridad judicial desde el momento las primeras diligencias.

#### 4.1.3 Objeto del comiso

##### **A) Regla general: el decomiso directo**

El decomiso puede recaer sobre los efectos que provengan del delito cometido, sobre los bienes, medios o instrumentos con que se hayan preparado o ejecutado, así como sobre las ganancias provenientes de los mismos.

Por **efectos** se entienden los objetos o bienes que hayan sido generados inmediatamente por la infracción penal.

Los **bienes, medios o instrumentos** con que se haya ejecutado o preparado el delito se identifican con los objetos utilizados con esa finalidad.

Por **ganancias**, se entienden los bienes o beneficios económicos que se hayan obtenido mediatamente por el delito.

##### **B) Decomiso por sustitución**

Cuando la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, el juez o tribunal deberá o podrá acordar el decomiso de otros bienes que pertenezcan a los responsables criminales del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso acordado.

##### **C) Decomiso ampliado**

Existe la obligación de ampliar el decomiso a los bienes de las personas condenadas por determinadas infracciones penales, entre las que se encuentra el terrorismo.

La característica esencial de este decomiso ampliado consiste en que el mismo tiene por objeto bienes, efectos y ganancias que se presumen provenientes de una actividad delictiva, cuya existencia no ha sido confirmada por un fallo condenatorio.

El decomiso ampliado puede recaer sobre:

- a) Bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos del art. 127 bis CP
- b) Bienes, efectos y ganancias descritos en el apartado anterior, además de los que se refiere el art. 127.1 CP, que hayan sido transferidos a terceras personas.
- c) Bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado.

#### 4.1.1 Destino de los objetos decomisados

Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legalmente.

#### 4.2 Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica

##### 4.2.1 Las consecuencias accesorias acordadas en sentencia condenatoria

El art. 129.1 CP permite al juez o tribunal acordar la imposición de una o varias consecuencias, así como la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, a las empresas u otras organizaciones que no estén comprendidas en el art. 31 bis CP. Se tendrán que cumplir los siguientes requisitos:

- a) Comisión del delito en el seno, con la colaboración, a través o por medio de tales entidades.
- b) Que el Código penal prevea expresamente la aplicación de estas consecuencias a las referidas entidades.
- c) La imposición de estas consecuencias se prevé como potestativa por parte del juez o tribunal.
- d) Las consecuencias descritas se podrán imponer como accesorias a la pena que corresponda al autor del delito

#### 4.2.2 Consecuencias accesorias del art. 129 CP que se pueden acordar como medidas cautelares

El art. 129.3 CP establece que la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades y la intervención judicial podrán ser acordadas por el juez instructor como medida cautelar.

#### 4.3 La consecuencia accesoria del art. 129 bis CP

El juez o tribunal puede acordar la **toma de muestras biológicas**, así como la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial, a los condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexuales, el terrorismo o cualquier otro delito grave que conlleve riesgo para las personas, siempre que, de las circunstancias del hecho, pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva.

En caso de que el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su realización.



# LECCIÓN 36: LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA CANCELACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES

## **I. La extinción de la responsabilidad penal**

### **1. Naturaleza de las causas de extinción de la responsabilidad penal**

El art. 130 CP establece que la responsabilidad criminal se extingue:

- 1º Por la muerte del reo
- 2º Por el cumplimiento de la condena
- 3º Por la remisión definitiva de la pena
- 4º Por el indulto
- 5º Por el perdón del ofendido
- 6º Por la prescripción del delito
- 7º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad

### **2. Las causas de extinción de la responsabilidad penal**

#### 2.1 La muerte del reo

El art. 130.1.1º CP se refiere a la muerte del reo como causa que extingue la responsabilidad penal. Por muerte del reo hay que entender:

- a) El **fallecimiento físico**, que solo puede ser acreditado por el correspondiente certificado médico.
- b) El término “*reo*” se refiere únicamente al sujeto condenado por sentencia, por lo que el fallecimiento se ha tenido que producir con posterioridad a este fallo condenatorio.

#### 2.2 El incumplimiento de la condena

El art. 130.1.2º CP se refiere al cumplimiento de la condena como otra de las causas que extingue la responsabilidad penal. Cuando el sujeto cumple su condena en los términos establecidos en la sentencia condenatoria, satisface la responsabilidad penal, la cual desaparece.

La mayoría de la doctrina interpreta que se cumplen tanto las penas como las medidas de seguridad impuestas, incluidas las penas sustitutivas

#### 2.3 Remisión definitiva de la pena suspendida

La remisión de la pena se refiere a la de la pena suspendida en los términos establecidos en el apartado 1 y 2 del art. 87 CP. Si al sujeto se le condenó a una pena privativa de libertad y se acordó la suspensión de la ejecución de la misma, transcurrido el plazo de suspensión fijado habiéndose cumplido todas las condiciones a la que ésta se sometió, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena inicialmente impuesta.

#### 2.4 El indulto

El art. 130.1.4º CP establece que la responsabilidad penal se extingue por el indulto.

##### 2.4.1 Concepto

El indulto constituye una institución del derecho de gracia o perdón en virtud del cual, el poder ejecutivo renuncia al ejercicio total o parcial del *ius puniendi* en un caso concreto. Tiene como consecuencia la remisión total o parcial de la pena impuesta o en ejecución, o su sustitución por otra menos grave, pero no afecta a otras consecuencias derivadas de

la infracción penal cometida como la responsabilidad civil, las costas procesales o los antecedentes penales.

El indulto plantea los siguientes problemas:

- 1º Puede suponer una **quiebra del principio de separación de poderes**, pues es el poder ejecutivo el que decide no aplicar la pena que ha impuesto el poder judicial.
- 2º Puede implicar una **quiebra del Estado de Derecho** y del **principio de legalidad**, pues la concesión del indulto conlleva dejar de aplicar la pena cuya imposición exige la ley.

#### 2.4.2 Fundamento

Para fundamentar el indulto, solo se exige que el tribunal sentenciador que impuso la pena objeto del mismo emita un informe en que consten las razones a su favor.

Tales razones han sido interpretadas de las siguientes maneras:

- 1º Supuestos en los que existe una desproporción entre la pena impuesta y el delito cometido
- 2º Existencia de dilaciones indebidas en el procedimiento no imputables al penado
- 3º Comportamiento del reo tras la sentencia
- 4º Motivos ajenos al hecho delictivo como exceso de población penitenciaria o efemérides

#### 2.4.3 Efectos

El indulto produce la remisión de la pena o penas impuestas en sentencia. Se diferencia entre:

- a) El **indulto total**, que implica la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado el penado y que todavía no hubiese cumplido.
- b) El **indulto parcial**, que implica la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, de parte de las mismas o la conmutación de la pena o penas impuestas por otras menos graves.

El indulto de la pena principal no llevará consigo, necesariamente, el de la pena accesoria ni viceversa.

El indulto no afecta a la devolución de la multa ya satisfecha, a la responsabilidad civil, a las costas procesales ni a los antecedentes penales. Tampoco afecta a las medidas de seguridad ni a las medidas impuestas a menores previstas en la LORPM.

#### 2.4.4 Requisitos para la concesión

La concesión del indulto exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1º La persona para quien se solicite el indulto debe haber sido condenado por sentencia firme
- 2º Que el indulto no cause perjuicio a terceras personas
- 3º Que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuese de los que se persiguen a instancia de parte.

#### 2.4.5 Procedimiento

##### **A) La solicitud de indulto**

Están legitimados para solicitar el indulto:

- a) Los penados, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre
- b) El tribunal sentenciador
- c) El Gobierno, para la concesión de indultos que no hubiesen sido solicitados por los particulares ni por el tribunal sentenciador.
- d) La Junta de Tratamiento Penitenciario, a través del JVP

##### **B) La tramitación del indulto**

Las solicitudes de indulto se dirigirán al Ministerio de Justicia, que requerirá informe del tribunal sentenciador tras haber oído al Ministerio Fiscal y a la parte ofendida por el delito, si la hubiere.

### **C) La concesión y aplicación del indulto**

Será el Consejo de Ministros quien decida conceder o no el indulto. La concesión del indulto podrá someterse al cumplimiento, por parte del reo, de las condiciones que se impongan.

La aplicación del indulto es competencia del tribunal sentenciador.

#### 2.5 El perdón del ofendido

##### 2.5.1 Concepto y fundamento

El perdón del ofendido se prevé como una de las causas de extinción de la responsabilidad penal y consiste en una declaración del ofendido por la infracción penal o de su representante legal, en la que se expresa la voluntad de que no se verifique la responsabilidad penal que derive de la misma ni se imponga pena por su comisión.

##### 2.5.2 Ámbito de eficacia del perdón

El perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancia del agraviado o la ley así lo prevea.

Fuera de los casos de delitos leves perseguibles a instancia de parte, para que el perdón del ofendido tenga eficacia, debe estar previsto en la infracción penal de que se trate.

##### 2.5.3 Requisitos

Para que el perdón del ofendido pueda extinguir la responsabilidad penal, es preciso que concurran los siguientes requisitos:

- 1º Ha de tratarse de un perdón libre y expreso.
- 2º Se ha de otorgar antes de que se haya dictado sentencia.
- 3º El perdón debe prestarlo, en principio, el ofendido por el delito. Si no está en condiciones de prestarlo válidamente, podrá hacerlo su representante legal.

##### 2.5.4 Alcance del perdón

El perdón del ofendido extingue la acción penal respecto del delito para el que se otorgue y en relación con el sujeto concreto a quien dicho perdón afecte. En caso de pluralidad de infracciones, el perdón solo afectará a aquellas a las que se refiera y el perdón resultará eficaz solo para quienes se otorgue.

Una vez otorgado, el perdón es irrevocable y no puede ser sometido a condición.

##### 2.5.5 Referencia a los menores

La LORPM prevé una institución similar al perdón del ofendido, en la cual se puede producir el sobreseimiento del expediente por conciliación entre el menor y la víctima, en atención a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor. Dicha conciliación se entiende producida cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas.

#### 2.6 La prescripción del delito

##### 2.6.1 Concepto y naturaleza jurídica

La prescripción del delito aparece prevista como causa de extinción de la responsabilidad penal en el art. 130.1.6º CP. Se dice que la infracción penal ha prescrito cuando ha transcurrido un tiempo desde que se cometió o cesaron sus efectos, sin que se haya iniciado un proceso penal contra la persona presuntamente responsable de la misma o sí, iniciado éste, se paraliza o termina sin condena y dicha situación se prolonga durante un determinado periodo temporal.

La prescripción de la infracción penal se puede definir como la imposibilidad de verificar la responsabilidad penal que se derive de la misma por el transcurso del tiempo. El Código penal establece unos plazos que varían en función de la gravedad de la infracción, excepto ciertos delitos que se consideran imprescriptibles.

La naturaleza jurídica de la prescripción ha sido muy discutida. Un sector minoritario de la doctrina entiende que la naturaleza es **procesal** o **adjetiva**, mientras que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia considera que la prescripción tiene una naturaleza **material**.

#### 2.6.2 Fundamento

Se pueden identificar diferentes argumentos sobre el fundamento de la prescripción, en función de la teoría sobre su naturaleza.

Dentro de los argumentos de **naturaleza procesal** están los siguientes:

- 1º El paso del tiempo hace más difícil llevar a cabo la actividad probatoria necesaria y también para ejercer el derecho a la defensa.
- 2º El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas exige que la Administración de Justicia deba operar dentro de unos determinados marcos temporales.

Entre quienes consideran que la prescripción tiene **naturaleza material**, se destacan los siguientes argumentos:

- 1º El derecho del ciudadano a la seguridad jurídica.
- 2º Con el paso del tiempo, algunos consideran que el hecho va perdiendo lesividad, pues la valoración jurídica y social del mismo no puede durar eternamente.
- 3º El transcurso del tiempo reduce también el efecto preventivo-general de la pena.
- 4º También la necesidad preventivo-especial de la pena puede haberse perdido o debilitado con el paso del tiempo.

#### 2.6.3 Los plazos de prescripción

Aparecen previstos en el art. 131 CP, que establece unos plazos generales de prescripción para los delitos en función de la gravedad y duración de la pena prevista para los mismos.

Los delitos prescriben:

- A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.
- A los 15 años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 años y menos de 15 años.
- A los 10 años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no exceda de 10 años.
- A los 5 años, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.

El art. 131 CP establece las siguientes reglas especiales:

- **Supuestos de penas compuestas:** cuando la pena señalada por la ley fuese compuesta, se estará a la que exija mayor tiempo para la prescripción.
- **Supuestos de concurso de infracciones o infracciones conexas:** el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.
- **Los delitos imprescriptibles:** son los delitos de lesa humanidad y de genocidio, y los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona.

#### 2.6.4 El cómputo del plazo de la prescripción

##### **A) El inicio del plazo**

a) *Las reglas generales:*

Como regla general, los plazos empiezan a computar desde el día en que se haya cometido la infracción punible.

En el caso de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, se empezará a computar desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

b) *La regla especial cuando la víctima fuese menor de edad:*

Cuando la víctima del delito es menor de edad y para garantizar la adecuada persecución del mismo, el inicio del cómputo de la prescripción se retrasa al momento en que la misma adquiere la mayoría de edad. Esto se establece para la tentativa de homicidio y los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

## **B) La interrupción de la prescripción**

a) *La interrupción por resolución judicial:*

Antes de la reforma de 2010, la ley establecía que la prescripción se interrumpía cuando el procedimiento se dirija contra el culpable.

Según el art. 132.2 CP, la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

El requisito se entiende satisfecho desde el momento en que se dicte una resolución motivada, en la que se atribuya a la persona su presunta participación en un hecho delictivo.

b) *Efecto de la interposición de denuncia o querrela:*

Cuando se interponga ante un órgano judicial denuncia o querrela atribuyendo a una persona determinada la participación en un hecho presuntamente delictivo, la misma suspenderá el cómputo de la prescripción por un máximo de **seis meses**, a contar desde la fecha de presentación de la querrela. Durante este plazo se pueden dar cualquiera de las situaciones siguientes:

- Que se dicte contra el querrellado o denunciado algunas de las resoluciones interrumpen la prescripción.
- Que, al término de los seis meses, recaiga una resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia. En tal caso, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o formulación de la denuncia.
- Que al término de los seis meses, el juez de instrucción no adopte ninguna de las resoluciones. En tal caso, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o formulación de la denuncia.

c) *Identificación de la persona contra la que se dirige el procedimiento:*

La persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial.

## 2.7 La prescripción de la pena o de la medida de seguridad

El art. 130.1.7º CP establece que la responsabilidad penal se extingue por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

### 2.7.1 La prescripción de la pena

#### **A) Concepto y naturaleza jurídica**

Se dice que la pena prescribe cuando, una vez impuesta a un determinado sujeto por sentencia firme, transcurre un periodo de tiempo sin que el mismo la cumpla o cuando el sujeto quebranta la condena y no la vuelve a cumplir durante un lapso temporal.

## **B) Fundamento**

El paso del tiempo cuestiona o debilita la necesidad de la pena en su triple vertiente retributiva, preventivo general y preventivo especial.

Las penas impuestas por determinados delitos no prescriben nunca, dado que la lesividad de los mismos es tan grave o tan intensa que ni desaparece ni se debilita con el paso del tiempo

## **C) Los plazos de prescripción de la pena**

El art. 133 CP recoge los plazos de prescripción de las penas, estableciendo reglas generales y reglas específicas aplicables a las penas impuestas por determinados delitos.

### *a) Reglas generales:*

Como reglas generales, el artículo 133.1 CP establece que las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

- A los 30 años, las de prisión por más de 20 años
- A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20 años
- A los 20 años, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15 años
- A los 15 años, las de inhabilitación por más de 6 años y que no excedan de 10 años, y las de prisión por más de 5 y que no excedan de 10 años
- A los 10 años, las restantes penas graves
- A los 5 años, las penas menos graves
- Al año, las penas leves

Los plazos de prescripción de las penas son superiores a los establecidos para la prescripción de los delitos, ya que mientras que la prescripción de la pena opera respecto de un sujeto que ha sido condenado por sentencia firme, la prescripción de la infracción penal lo hace respecto de un sujeto cuya responsabilidad aún no sido confirmada.

La pena de referencia a efectos de determinar el plazo de prescripción es la pena exacta impuesta por la sentencia firme.

### *b) Reglas especiales: supuestos de imprescriptibilidad:*

Las penas impuestas por delitos de lesa humanidad y de genocidio, y por los delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado no prescribirán nunca. Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo en los que haya causado la muerte de una persona.

## **D) El cómputo del plazo de prescripción**

### *a) El inicio del cómputo:*

El tiempo de prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena. En los casos de indulto parcial, el plazo comienza a contar desde que se hace efectivo el indulto

Se establece que el plazo de prescripción de la pena queda en suspenso durante el incumplimiento de otras penas cuando hayan distintas penas impuestas al sujeto que se han de cumplir de forma sucesiva.

### *b) Interrupción del cómputo de prescripción:*

El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso durante el cumplimiento de otras penas y durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena.

## 2.7.2 La prescripción de las medidas de seguridad

### **A) Concepto y naturaleza jurídica**

La medida de seguridad prescribe cuando transcurre un tiempo sin que la misma se cumpla desde que es impuesta por sentencia firme o que debiera aplicarse tras el

cumplimiento de otra medida o de una pena, si la misma no se ejecuta durante un determinado lapso temporal.

#### **B) Fundamento**

El lapso temporal hace desaparecer el único fundamento legitimador de las medidas de seguridad, la peligrosidad del sujeto.

#### **C) Plazos de prescripción y cómputo de los mismos**

Las medidas de seguridad prescribirán a los 10 años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los 5 años, si fueran privativas de libertad, iguales o inferiores a 3 años o tuvieran otro contenido.

El término de prescripción empezará a contar desde el día en que haya adquirido firmeza la resolución en que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse. Si la medida de seguridad había de cumplirse con posteridad a una pena, el plazo de prescripción de aquella comenzará desde el momento en que está se extingue.

### **4. La cancelación de los antecedentes penales**

#### 4.1 Consideraciones previas: concepto y función de los antecedentes penales

La sentencia firme que imponga al sujeto el cumplimiento de la pena o la medida de seguridad debe ser remitida por parte del juez al *Registro Central de Penados y Rebeldes* del Ministerio de Justicia para su correspondiente inscripción.

La inscripción de estos antecedentes penales despliega los siguientes efectos en el ámbito jurídico penal:

- 1º Apreciación de la agravante por reincidencia
- 2º Imposibilidad de beneficiarse de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

#### 4.2 El sistema de cancelación de los antecedentes penales

##### 4.2.1 Derecho a la cancelación de los antecedentes penales y solicitud de la misma

Todo condenado que haya extinguido su responsabilidad penal tiene derecho a obtener la cancelación de sus antecedentes penales. Dicha cancelación puede llevarse a cabo de tres formas distintas:

- 1º A instancia de parte
- 2º De oficio, por parte del encargado del *Registro Central de Penados y Rebeldes*
- 3º En los casos en que, aunque se hayan cumplido los requisitos para la cancelación y ésta no se hubiera producido, el juez ordenará la correspondiente cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes.

##### 4.2.2 Requisitos para la cancelación

Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos:

- Seis meses para las penas leves
- 2 años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes
- 3 años para las restantes penas menos graves inferiores a 3 años
- 5 años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a 3 años
- 10 años para las penas graves

Para calcular estos plazos, la jurisprudencia suele tener en cuenta la pena concreta impuesta en sentencia. Estos términos se empiezan a contar desde el día siguiente a aquél en que quedará extinguida la pena.

#### 4.2.3 Efectos de la cancelación

La cancelación de los antecedentes penales impide que los mismos puedan desplegar los efectos que la ley les asigna. Una vez cancelados, los antecedentes desaparecen del lugar del *Registro* en el que hubiesen sido inscritos.

#### 4.3 La cancelación de las medidas de seguridad

La cancelación de las medidas de seguridad aparece prevista en el art. 137 CP, que establece que las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas serán canceladas una vez cumplidas o prescrita la respectiva medida.

#### 4.4 Referencia a los menores

El Ministerio de Justicia llevará el correspondiente registro cuyos datos solo podrán ser utilizados por los Jueces y Tribunales de Menores y por el Ministerio Fiscal.



# CUARTA PARTE: TRATAMIENTO PENAL DE LOS MENORES

## LECCIÓN 37: EL DERECHO PENAL JUVENIL

### **I. El menor ante el Derecho penal**

La importancia del fenómeno de la delincuencia juvenil para el Derecho penal hizo que se prestase especial atención a las manifestaciones delictivas de los sujetos más jóvenes.

En respuesta a los supuestos en que los menores delinquen, se establecieron una serie de medidas específicas que van más allá de la imposición de una pena.

Se precisa la creación de un marco sancionador orientado principalmente a la prevención especial en su vertiente positiva, resocializadora. También se necesita de un marco procesal especialmente orientado a la salvaguarda de los derechos e intereses del menor que ha delinquido, que puede quedar estigmatizado.

La *Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, ha supuesto la creación de un auténtico Derecho penal especial juvenil.

### **II. Antecedentes legislativos: el tratamiento de la minoría de edad penal durante los siglos XIX y XX**

La situación actual es fruto de un largo proceso de evolución en el que se pueden distinguir tres fases:

1. La codificación durante el siglo XIX
2. Las reformas del siglo XX
3. La fase que abre la Ley Orgánica de Juzgados de Menores de 1992

#### **1. La codificación decimonónica**

La característica más destacable de la regulación de la delincuencia juvenil en los sucesivos Códigos penales españoles del siglo XIX estuvo presidida por dos criterios de aplicación distintos: el **cronológico** y el del **discernimiento**.

En primer lugar, se establecían unos límites de edad que distinguían entre infantes, impúberes y menores. A los **impúberes** se les aplicaba el criterio corrector del discernimiento, los **infantes** quedaban excluidos de la aplicación del Derecho penal y los **menores** quedaban bajo su imperio en todo caso

#### **2. La evolución del Derecho penal juvenil durante el siglo XX: el modelo tutelar**

El aumento de la delincuencia juvenil y una nueva consideración del menor y su realidad son el origen de un importante movimiento en pro de la creación de Tribunales tutelares de menores. Se abandona el criterio del discernimiento y se produce una elevación en los límites de edad establecidos durante el siglo XIX.

### **3. La Ley Orgánica 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.**

El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores, ya que infringía los principios de seguridad jurídica e igualdad y las garantías procesales.

La reforma de la LTTM se produjo con la aprobación de la *Ley Orgánica 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores*.

### **III. El modelo de responsabilidad penal del menor del Código penal de 1995**

El Código penal de 1995 apostó por un cambio de rumbo en la responsabilidad penal de los menores. El art. 19 estableció que los menores de 18 años no serán responsables criminalmente. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo, podrá ser responsable con arreglo a la ley que regule la responsabilidad penal del menor.

Hasta su entrada en vigor, los menores de 18 años que hubieran cumplido los 16, seguían sujetos a las leyes penales generales, siendo considerados semiimputables. El art. 19 estableció que los menores de 18 años no serán penalmente responsables, lo que no significa su irresponsabilidad, sino que serán responsables de acuerdo a una ley específica. Dicha ley es la *Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

El Código penal de 1995 incluía la posibilidad de extender la aplicación de la ley penal del menor a los mayores de 18 años y menores de 21. Sin embargo, dicha disposición quedó derogada.

### **IV. El Derecho penal juvenil en el siglo XXI: la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores**

#### **1. Ámbito de aplicación**

##### **1.1 Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores**

La LORPM establece el límite superior de su aplicación en los 18 años y el límite inferior en los 14 años de edad. Por tanto, la ley será aplicable a los menores a partir de 14 años y hasta los 18.

El art. 3 LORPM establece que a los menores de 14 años les será de aplicación las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil.

Para determinar las medidas sancionadoras educativas aplicables, se distingue, en algunos casos, entre los menores de 14 y 15 años de edad y los que han cumplido 16 o 17.

##### **1.2 Ámbito objetivo de aplicación de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores**

Las bases objetivas para exigir responsabilidad penal a los menores son las mismas que las de los adultos: haber cometido una conducta tipificada como delito y que no concurra en ellos ninguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal.

Será necesario dirigirse al Derecho penal común, ya que el Derecho penal juvenil es dependiente del Código penal y de las leyes penales especiales a la hora de definir las conductas relevantes y las causas de exclusión de la responsabilidad penal.

## **2. Minoría de edad penal y teoría jurídica del delito: especial consideración de la imputabilidad**

Los caracteres de acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad y punibilidad son los mismos que para los adultos. El problema se plantea en el ámbito de la **culpabilidad**, con la concurrencia de los elementos que fundamentan la imputabilidad del menor.

Definida la imputabilidad como la capacidad de entender el carácter ilícito de la conducta y actuar conforme a esa comprensión, para declarar al sujeto imputable es preciso que haya alcanzado un desarrollo o madurez de la personalidad que le permita comprender el carácter antijurídico de su comportamiento y actuar a dicha comprensión.

### 2.1 La imputabilidad de los menores en el sistema jurídico penal español

Podemos distinguir dos periodos.

#### 2.1.1 La imputabilidad de los menores en el Código penal de 1973

La regulación del Código penal de 1973 establecía dos grupos por razón de edad:

- a) En el caso de que el menor tuviera menos de 16 años, lo declaraba exento de responsabilidad criminal, confiándolo a los Tribunales tutelares de menores.
- b) Si se trataba de un menor de 18 años, le reservaba la atenuación de la pena que estableciera el régimen común.

Los menores de 12 años eran considerados inimputables y ni tan siquiera eran puestos a disposición de los Tribunales tutelares de menores.

#### 2.1.2 La imputabilidad de los menores en el Código penal de 1995

El modelo previsto por el Código penal de 1995 se aleja del círculo del Derecho penal común, creando un sistema de sanciones distinto al de los adultos, en el que tiene un papel decisivo las razones de prevención especial.

En la frontera de los menores de 14 años es donde se considera que concurre una auténtica causa de inimputabilidad.

En cuanto a la caracterización de la imputabilidad de los mayores de 14 y menores de 18 años, se discute si es plena o si son semiimputables. Lo más correcto es considerar que estamos ante un caso de imputabilidad plena, si bien dotada de características específicas.

Los menores que han cumplido los 14 años y aún no tienen 18 son plenamente imputables. Solo en caso de concurrir una de las causas de inimputabilidad previstas en el sistema general, podrán ser declarados inimputables o, en su caso, semiimputables.

### 2.2 La capacidad de culpabilidad de los menores en razón de su edad

#### 2.2.1 Las etapas del desarrollo del ser humano

Para declarar imputable al autor de la conducta típica y antijurídica es preciso contar con un cierto desarrollo de la personalidad, con una cierta madurez. Podemos delimitar al menos dos etapas en el desarrollo de la personalidad del ser humano.

#### **A) La infancia y la primera adolescencia:**

Se trata del periodo que llega hasta los 14 años de edad. El niño y el adolescente no cuentan aún con la madurez suficiente para captar la contrariedad al Derecho de sus conductas.

#### **B) A partir de los 14 años:**

A partir de los 14 años se suceden etapas muy distintas en el desarrollo de la personalidad, pero tienen un elemento en común. Se entiende que el sujeto ya ha

desarrollado la capacidad de comprender que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico. Se suelen distinguir tres etapas:

- *Adolescencia*: la adolescencia abarca de los 14 a los 18 años de edad. El adolescente es plenamente imputable.
- *Juventud*: se trata del periodo que va de los 18 años a los 21 años.
- *Edad adulta*: a partir de los 21 años de edad se considera que el sujeto es adulto.

### 2.2.2 Las etapas del desarrollo del ser humano en el modelo penal español: valoración crítica

En opinión del Manual, el modelo adoptado por el legislador español no resulta convincente, ya que pueden existir numerosas excepciones cuando trasladamos la regla general a los casos concretos.

Es posible encontrar menores que ya han superado la frontera de los 14 años de edad y que, pese a ello, carecen de la capacidad de entender el carácter ilícito de su conducta. Sin embargo, en atención a la LORPM, es difícil fundamentar lo contrario.

#### **A) Valoración de *lege lata*:**

La primera opción es acudir al catálogo general de eximentes y contemplar la posibilidad de aplicar alguna de las causas de inimputabilidad. El problema radica en que no podemos aplicar directamente ninguna causa de inimputabilidad, ya que quien simplemente sufre un retraso en el desarrollo de su personalidad, no se encuentra automáticamente inmerso en una situación de anomalía, enfermedad o trastorno mental.

Solo cuando el retraso en el desarrollo de la personalidad sea de la entidad suficiente para poder ser calificado de anómalo, estaremos en condiciones de aplicar esta eximente.

#### **B) Propuesta de *lege ferenda*:**

Debería incluirse una referencia expresa a la necesidad de que el menor sancionado contara en cualquier caso con la capacidad de culpabilidad.

En el sistema propuesto, la comprobación de su imputabilidad se incorporaría como requisito adicional, imprescindible para la imposición de una medida sancionadora educativa.

## **3. Minoría de edad penal y consecuencias jurídico-penales del delito: especial referencia a las medidas sancionadoras educativas**

### 3.1 Las medidas sancionadoras educativas

La principal consecuencia jurídico-penal de la comisión de un delito por una persona mayor de 14 y menor de 18 años es la imposición de una medida sancionadora educativa.

#### 3.1.1 Fundamento y naturaleza de las medidas sancionadoras educativas

La creación de un sistema autónomo de responsabilidad penal del menor gira sobre dos ejes: el preventivo especial en su vertiente educativa y el de la mayor garantía y salvaguarda del menor infractor.

Tanto la naturaleza de las medidas sancionadoras educativas aplicables como su duración están fuertemente ligadas al tipo de infracción penal realizada y a la evitación de futuros delitos.

#### 3.1.2 El catálogo de las medidas sancionadoras educativas

El art. 7 LORPM recoge las medidas sancionadoras educativas susceptibles de ser impuestas a los menores infractores.

**A) Internamiento (art. 7.1 a), b), c) y d) LORPM):**

Se distinguen hasta cuatro tipos de internamiento:

- a) En régimen cerrado
- b) Régimen semiabierto
- c) Régimen abierto
- d) Internamiento terapéutico

La medida de internamiento supone en cualquier caso que el sujeto resida en el centro que se determine.

El internamiento terapéutico está dirigido a menores que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, dependencia a sustancias o alteraciones en la percepción que determinan una alteración grave de la conciencia. Puede a su vez ser cerrado, semiabierto y abierto, y nada impide que pueda imponerse a menores plenamente imputables en los que concurren las circunstancias descritas.

Se establece que estas medidas vengan seguidas de un periodo de **libertad vigilada**.

Existen restricciones concretas para internamiento en régimen cerrado. Esta medida solo será aplicable en los casos en los que los hechos estén tipificados como delitos graves y cuando se trate de delitos menos graves, si en su ejecución se ha empleado violencia o intimidación, se ha generado riesgo para la vida o la integridad física o se han cometido en grupo.

La duración general de las medidas de internamiento es de dos años. Sin embargo, en los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM, este límite pasará a ser de tres si el menor tuviera 14 o 15 años, o de seis si hubiera cumplido los 16 o 17.

El art. 10 LORPM recoge una serie de situaciones en que es preceptiva la imposición del internamiento en régimen cerrado y en las que se superan los límites de duración señalados:

- a) Cuando el menor tenga 16 o 17 años, se den las circunstancias del art. 9.2 LORPM y el hecho revista extrema gravedad, se le impondrá obligatoriamente una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada y con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Se entiende como supuesto de extrema gravedad todos aquellos en los que se aprecie reincidencia.
- b) Cuando el menor tenga 14 o 15 años y haya cometido homicidio, asesinato, violación, delitos de terrorismo u otro delito para el que se prevea pena de prisión igual o superior a 15 años, se le impondrá internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años, complementado con la medida de libertad vigilada de hasta tres años.
- c) En el supuesto anterior, si el menor tuviera 16 o 17 años de edad, se le impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada con otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años.

La máxima duración de la medida sancionadora educativa de internamiento en régimen cerrado por la comisión de un único delito es de ocho años. Es posible aplicarla con una duración máxima de 10 años para los mayores de 16 y de 6 para los menores de esa edad si se tratase de un concurso de infracciones en el que una de ellas fuera homicidio, asesinato, violación o algún delito de terrorismo

En caso de que se trate de infracciones no conexas, el juez refundirá las penas hasta el límite del doble de la más grave, por lo que podríamos encontrarnos con una medida de internamiento de hasta 20 años de duración.

**B) Tratamiento ambulatorio (art. 7.1 e) LORPM)**

Se trata de una medida que puede aparecer como consecuencia de la declaración de inimputabilidad o semiimputabilidad del menor, pero también se puede aplicar a un menor imputable. Puede concurrir con naturaleza de **medida sancionadora educativa** o de **medida de seguridad**.

Los requisitos de aplicación son similares a los de internamiento, pero en este caso el sujeto no ha de residir en el centro, sino asistir al mismo con la periodicidad requerida por los facultativos.

La duración máxima general por la que puede ser impuesta esta medida es de dos años. Sin embargo, en los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM, este límite pasará a ser de tres si el menor tuviera 14 o 15 años, o de seis si hubiera cumplido los 16 o 17.

**C) Asistencia a un centro de día (art. 7.1 f) LORPM)**

El menor al que se le impone esta medida reside en su domicilio habitual y acude a un centro a realizar actividades.

Su duración máxima general es de dos años. Sin embargo, en los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM, este límite pasará a ser de tres si el menor tuviera 14 o 15 años, o de seis si hubiera cumplido los 16 o 17.

**D) Permanencia de fin de semana (art. 7.1 g) LORPM)**

El menor ha de permanecer un máximo de 36 horas en su domicilio o en un centro entre la tarde del viernes y la noche del domingo.

Su duración máxima es de ocho fines de semana. Sin embargo, en los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM, este límite pasará a ser de doce fines de semana, si el menor tuviera 14 o 15 años, o de dieciséis fines de semana, si hubiera cumplido los 16 o 17.

**E) Libertad vigilada (art. 7.1 h) LORPM)**

La medida de libertad vigilada supone el control de las actividades del menor, incluida la asistencia a su centro educativo o laboral.

El menor quedará obligado a cumplir las pautas socio-educativas que le señale la entidad pública, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto, que ha de ser aprobado por el Juez de Menores. Éste Juez le podrá imponer una serie de reglas de conducta.

La duración máxima de esta medida es de dos años con carácter general. Pero existen varias excepciones:

- a) Cuando se den los requisitos del art. 9.2 LORPM, supuestos en los que será de tres años para menores de 14 y 15 años, y de seis para los que tengan 16 o 17.
- b) Cuando se aplique como segundo periodo de una medida de internamiento. En estos supuestos, la duración la habrá decidir el juez.

**F) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez (art. 7.1 i) LORPM)**

Esta medida impide al menor acercarse a mantener contacto por cualquier medio de comunicación con las personas que determine el juez.

Esta medida se puede aplicar con carácter general por un máximo de dos años. Sin embargo, en los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM, este límite pasará a ser de tres si el menor tuviera 14 o 15 años, o de seis si hubiera cumplido los 16 o 17.

**G) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (art. 7.1 j) LORPM)**

La persona, familia o grupo educativo serán seleccionados para orientar al menor en su proceso de socialización.

El máximo de aplicación de esta medida es el general de dos años. Sin embargo, en los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM, este límite pasará a ser de tres si el menor tuviera 14 o 15 años, o de seis si hubiera cumplido los 16 o 17.

**H) Prestaciones en beneficio de la comunidad (art. 7.1 k) LORPM)**

Se trata de actividades de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad, que no serán retribuidas. Para su imposición se debe contar con el consentimiento del menor.

El límite máximo general de cumplimiento de esta medida es de 100 horas. Cuando concurren las circunstancias del art. 9.2 LORPM, el máximo para autores de 14 a 15 años es de 150 horas, y si tienen 16 o 17 años, de 200.

**I) Realización de tareas socio-educativas (art. 7.1 l) LORPM):**

Se trata de realizar tareas de contenido educativo sin necesidad de imponer en internamiento o la libertad vigilada. Están encaminadas al desarrollo de la competencia social del menor.

La duración máxima con la que puede ser aplicada esta medida es de dos años. Sin embargo, en los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM, este límite pasará a ser de tres si el menor tuviera 14 o 15 años, o de seis si hubiera cumplido los 16 o 17.

**J) Amonestación (art. 7.1 m) LORPM)**

Se trata de que el Juez de Menores reprenda al menor por los hechos llevados a cabo, instándole a que no los vuelva a cometer en el futuro.

**K) Privación del permiso de conducir vehículos a motor o de otras licencias administrativas (art. 7.1 n) LORPM)**

La duración general máxima de esta medida es de dos años. Sin embargo, en los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM, este límite pasará a ser de tres si el menor tuviera 14 o 15 años, o de seis si hubiera cumplido los 16 o 17.

**L) Inhabilitación absoluta (artículo 7.1 ñ) LORPM)**

Produce la privación definitiva al sancionado de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga.

Su duración en general es de dos años. Sin embargo, en los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM, este límite pasará a ser de tres si el menor tuviera 14 o 15 años, o de seis si hubiera cumplido los 16 o 17.

3.1.3 Reglas de determinación de las medidas sancionadoras educativas

**A) Reglas generales: el principio de flexibilidad**

El principio básico en el proceso de determinación de las medidas sancionadoras educativas es el de **flexibilidad**. Para la concreción de las medidas no solo se atenderá a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, circunstancias familiares y sociales, así como a la personalidad y al interés del menor.

En caso de que concurren agravantes y/o atenuantes, no existe una correspondencia formal con el Derecho penal común. Es terreno del arbitrio judicial.

Se establecen dos límites más: el marcado por el principio acusatorio, que impide al Juez de Menores imponer una medida de mayor gravedad que la solicitada por el Ministerio Fiscal o el acusador particular, y el que impide que la duración de las medidas privativas de libertad resulten superiores a la pena que se hubiera impuesto a un adulto de cometer el mismo hecho.

**B) Reglas especiales**

Se prevé también una serie de reglas especiales para los casos de concurrencia de infracciones o de medidas de seguridad:

- a) **Concurso de infracciones o infracción continuada:** en el caso de que el menor haya cometido dos o más infracciones conexas o se trate de una infracción continuada, se siguen manteniendo los límites penales establecidos en los arts. 9 y 10 LORPM.

- b) **Refundición de medidas impuestas por infracciones que no guarden conexión:** se sumará la duración de las mismas hasta el límite del doble de la más grave.

#### 3.1.4 La ejecución de las medidas sancionadoras educativas

La ejecución de las medidas sancionadoras educativas está sometida al **principio de legalidad**: deberán ser impuestas en virtud de sentencia firme. El control de la ejecución se encuentra en manos del Juez de Menores y la competencia administrativa, en las Comunidades Autónomas.

Si el condenado alcanza la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida, salvo que se trate de internamiento en régimen cerrado. En estos supuestos se podrá ordenar el cumplimiento del mismo en un centro penitenciario. Si el sujeto ha cumplido los 21 años, el ingreso será la norma general. También se cumplirá en un centro penitenciario la medida de internamiento en régimen cerrado que se imponga por hechos cometidos con anterioridad a la mayoría de edad, al mayor de 18 años que ya haya cumplido una pena o una medida de internamiento en un centro penitenciario.

#### 3.2 Las medidas de seguridad y reinserción social aplicables a los menores

Las bases de la responsabilidad penal de los menores son las mismas que las de los adultos, por lo que es posible que los menores sean objeto de la aplicación de medidas de seguridad y reinserción social.

La LORPM establece dos tipos específicos de medidas terapéuticas aplicables a los menores:

- El internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto
- El tratamiento ambulatorio

Para que estas medidas puedan ser aplicadas a los menores inimputables o semiimputables, será preciso que se aprecie peligrosidad criminal en el menor.

### 4. La responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por menores

La acción para exigir la responsabilidad civil la ejercitará el Ministerio Fiscal.

Como principio general, se atribuirá la responsabilidad civil, junto al menor responsable de los hechos, a los padres, tutores, acogedores y guardadores, que serán **responsables solidarios**. Es posible que la responsabilidad de estos últimos se vea moderada si no hubiesen favorecido la conducta. En cambio, si la hubiesen favorecido, sería preciso analizar la posible responsabilidad penal.

### 5. La extinción de la responsabilidad penal de los menores

En materia de extinción de responsabilidad penal del menor hemos de acudir al Derecho penal común.

#### 5.1 La corrección en el ámbito educativo y familiar

El art. 18 LORPM recoge la posibilidad de desistir en la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar. El precepto se refiere a casos de delitos menos grave, sin violencia o intimidación en las personas. Si consta que el menor ha cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente.

#### 5.2 Conciliación entre el menor y la víctima o compromiso de reparación del daño

El art. 19 LORPM recoge el sobreseimiento del expediente en casos de delitos menos graves y leves teniendo en cuenta la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor.



Cumplida la actividad educativa, la conciliación o los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

### 5.3 La prescripción de los hechos delictivos cometidos por menores y de las medidas sancionadoras educativas

#### 5.3.1 La prescripción de los hechos delictivos cometidos por menores

Los plazos establecidos por el art. 15.1 LORPM para la prescripción de los hechos delictivos cometidos por menores son los siguientes:

- a) **Delitos de homicidio, asesinato, violación, de terrorismo o sancionados con penas de prisión igual o superior a 15 años:** se siguen las reglas generales contenidas en el Código penal.
- b) **Delitos graves sancionados en el Código penal con pena superior a 10 años:** prescriben a los cinco años
- c) **Resto de delitos graves:** prescriben a los tres años
- d) **Delitos menos graves:** prescriben al año

#### 5.3.2 La prescripción de las medidas sancionadoras educativas

Las medidas sancionadoras educativas prescriben cuando se cumplan los siguientes plazos:

- a) **Medidas sancionadoras educativas con duración superior a los dos años:** prescriben a los tres años
- b) **Amonestación, prestaciones en beneficio de la comunidad y permanencia de fin de semana:** prescriben al año
- c) **Resto de medidas sancionadoras educativas:** prescriben a los dos años

# QUINTA PARTE: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

## LECCIÓN 38: PERSONAS JURÍDICAS Y RESPONSABILIDAD PENAL

### **I. El planteamiento tradicional: *Societas delinquere non potest***

Tradicionalmente en España, las personas jurídicas no podían ser responsables penalmente. Se partía del postulado *societas delinquere non potest* o, expresado de otra manera, *universitas delinquere nequit*.

### **II. El periodo 1995-2010: cambio de tendencia**

El Código penal de 1995 no introdujo cambios y mantuvo la tradicional incapacidad de las personas jurídicas de ser penalmente responsables.

#### **1. Consecuencias accesorias (art. 129 CP)**

El legislador estableció en el art. 129 CP unas consecuencias que se podían imponer en determinados delitos, bajo la denominación de **consecuencias accesorias**. Dichas consecuencias se establecieron con carácter general.

En todo caso, la imposición de una de estas consecuencias accesorias exigía la previa declaración de la responsabilidad penal de una persona física.

#### **2. Solidaridad en el pago de las penas de multa (actuaciones en lugar de otro)**

En el año 2003, la reforma del Código penal estableció el pago solidario de las multas en los casos en que se produce una actuación en nombre de otro.

### **III. La LO 5/2010 y las modificaciones de la LO 1/2015: la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

#### **1. Cuestiones generales: el planteamiento del legislador español**

El legislador español optó por introducir un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, se reconocía expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se previeron penas para las mismas.

#### **2. Principales características del sistema**

Se trata de una responsabilidad penal *sui generis*, pues:

- Se reconoce la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, pero es necesario que una persona física cometa el delito.
- La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de la persona física.
- La responsabilidad de la persona física y de la persona jurídica puede coexistir.

- Se trata de una responsabilidad limitada a determinados delitos, solo puede castigarse en los casos en que así sea establecido expresamente.
- La multa es la pena fundamental, pese a que en los casos de especial peligrosidad de la persona jurídica, pueden adoptarse otras penas más graves, restrictivas o privativas de derecho, llegando hasta la disolución.

### **3. La situación en Derecho comparado europeo**

Los sistemas de *civil law* o continentales optaban por la impunidad de las personas jurídicas, mientras que los sistemas de *common law* o angloamericanos, aceptaban la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## **IV. Aspectos básicos del modelo vigente**

### **1. Personas jurídicas responsables**

No toda persona jurídica puede ser penalmente responsable conforme al Código penal.

El Código penal no dice directamente en ningún momento qué personas jurídicas pueden ser penalmente responsables. Por tanto, hay que deducirlo de otras previsiones legales. En concreto, hay que atender tanto a lo que dispone el Código sobre la posibilidad de imponer consecuencias accesorias a personas jurídicas, como a la propia enumeración que realiza.

La reforma operada por la LO 1/2015, establece que las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general pueden ser penalmente responsables siempre.

Podemos decir que hay dos grandes grupos de personas jurídicas exentas de responsabilidad penal:

- Las Entidades de Derecho público y asimilados
- Las entidades estatales mercantiles y ejercientes privados de funciones públicas

### **2. Imputación de la responsabilidad a la persona jurídica**

#### **2.1 Delitos en los que se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

El legislador ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas para un catálogo cerrado delitos, de forma que solo puede haber responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos de los delitos que específicamente se indique.

#### **2.2 Delito cometido por cuenta y en beneficio de la persona jurídica**

Los delitos deben cometerse **por cuenta y en beneficio** de la persona jurídica.

Un delito se cometerá por cuenta de la empresa cuando se realice en el marco de las funciones que, en el seno de la misma, tiene encomendadas la persona física que realice la conducta delictiva. Este requisito implica que la persona se desvíe del correcto ejercicio de las funciones que tenga atribuidas.

El beneficio puede ser **directo o indirecto**.

#### **2.3 Vías de imputación**

El Código penal se refiere a dos supuestos para imputar responsabilidad penal a una persona jurídica.

#### **A) Comisión por personas con poder de dirección o representación:**

Sanciona las conductas realizadas en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto por sus representantes legales o por aquellos que estén

autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.

Se destaca que el aspecto esencial es el **poder de decisión** dentro de la persona jurídica o el desempeño de tareas de organización y control dentro de la misma.

## **B) Comisión por parte de empleado**

El segundo supuesto en que podemos imputar el delito a la persona jurídica es en el caso en que el delito es cometido por una persona sometida a la autoridad de las personas vistas, el cual ha podido realizar los hechos porque aquellos han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

El Código excluye la responsabilidad de las personas jurídicas en estos casos si existía, antes de la comisión del delito, un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del cometido.

### 2.4 Defecto de organización: la exclusión de la responsabilidad en caso de existencia de determinados modelos de organización y gestión

Para imputar responsabilidad penal a una persona jurídica es necesaria la existencia de un **defecto de organización**, entendido como la **falta de un modelo de organización y gestión** de determinadas características

El **modelo de organización y gestión** que debe existir para no entender un defecto de organización está caracterizado por el Código penal.

Éstos modelos de organización y gestión, que deben haberse adoptado y ejecutado eficazmente antes de la comisión del delito, deben incluir medidas adecuadas o idóneas para la prevención de delitos de la naturaleza del que se ha cometido o deben reducir significativamente el riesgo de su comisión. Para ello, se establece que deben cumplir los siguientes requisitos:

1. **Objetivo:** identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
2. **Funcional:** establecimiento de los protocolos que concreten el proceso de formación de la voluntad de las personas jurídicas.
3. **Económico:** dotación de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos
4. **Informativo:** imposición de la obligación de informar de posibles riesgos de incumplimientos
5. **Sancionador:** establecimiento de un sistema disciplinario que sanciona el incumplimiento de las medidas
6. **Dinámico:** verificación periódica del modelo y su eventual modificación.

El Código establece condiciones adicionales para excluir la responsabilidad cuando se trate de un delito cometido por las personas con poder de dirección. Así, en dichos casos, es necesario que:

- a) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención se haya confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control.
- b) Los autores individuales deben cometer el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención
- c) No debe haberse producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control.

### 2.5 Independencia de la responsabilidad de la persona jurídica de la responsabilidad de la persona física

La responsabilidad de la persona jurídica es propia e independiente de la posible responsabilidad de una persona física.

La persona jurídica responde aunque la persona física no haya sido individualizada, no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella, esté exenta de responsabilidad criminal por falta de culpabilidad, haya fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia.

Las circunstancias que afectan a la culpabilidad de la persona que haya realizado materialmente los hechos no se aplican a la persona jurídica.

## **3. La penalidad en los supuestos de responsabilidad de personas jurídicas**

### 3.1 Penas aplicables y sus especialidades

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas llevó consigo la previsión de penas para las mismas, las cuales fueron establecidas en el art. 33.7 CP y siempre tienen la consideración de **penas graves**.

#### 3.1.1 La pena de multa

La pena de multa es la principal en el sistema del Código penal, pues se trata de la pena común en todos los supuestos, pudiendo ir acompañada de otras.

Puede imponerse tanto conforme al sistema de cuota o puede ser una multa proporcional.

#### **A) Multa por cuotas**

Se modifica la extensión máxima que la misma puede alcanzar, dado que podrá llegar a los **cinco años**, frente a los dos de carácter general.

Se modifica la cuota diaria, que en estos casos tendrá un mínimo de **30 €** y un máximo de **5000 €**.

#### **B) Multa proporcional**

La cuantía de la misma debe determinarse con base en el beneficio obtenido, el perjuicio causado, el valor del objeto o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida. En los supuestos en que no pueda realizarse el cálculo, el Tribunal motivará dicha imposibilidad e impondrá una pena conforme al sistema de días multa, si bien su duración dependerá de la duración de la pena de prisión prevista para la comisión del delito por una persona física:

- Si la pena de prisión prevista es de más de cinco años, la multa será de dos a cinco años.
- En el caso en el que la pena de prisión prevista sea de más de dos años y hasta cinco años, la multa será de uno a tres años.
- En el resto de los casos, la multa será de seis meses a dos años.

#### **C) Posibilidad de fraccionamiento de pago**

Se prevé la posibilidad de un fraccionamiento del pago de la multa impuesta a la persona jurídica cuando la cuantía de la sanción ponga en peligro la supervivencia de la misma, el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes o cuando lo aconseje el interés general.

#### **D) Posibilidad de intervención**

Si la persona jurídica no paga la multa impuesta en el plazo señalado, el Tribunal puede acordar su intervención hasta el pago total.

## **E) Modulación de la cuantía en caso de coexistencia de responsabilidad penal de la persona jurídica y de personas físicas**

Si, como consecuencia de unos mismos hechos, se impone una pena de multa, tanto la persona física como la persona jurídica, hay que modular las cuantías de las mismas de modo que la suma no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los delitos.

### 3.1.2 Disolución (art. 33.7.b) CP)

Es la pena más grave de las que se pueden imponer y supone la pérdida definitiva de la personalidad jurídica y de la capacidad de actuar de cualquier modo, o de llevar a cabo cualquier clase de actividad, incluso lícita.

### 3.1.3 Suspensión de las actividades por un plazo no superior a cinco años (art. 33.7.c) CP)

En este caso debe cesar temporalmente cualquier actividad que realice la persona jurídica. La suspensión se puede decretar también como medida cautelar.

### 3.1.4 Clausura de locales y establecimientos por un plazo de hasta cinco años (art. 33.7.d) CP)

También es posible su adopción como medida cautelar.

### 3.1.5 Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o facilitado el delito

Se trata de una pena que puede imponerse con carácter temporal, en cuyo caso no podrá exceder de 15 años, o con carácter definitivo.

### 3.1.6 Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social

Esta pena tiene carácter temporal, pudiendo imponerse por un plazo no superior a 15 años.

### 3.1.7 Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores

Es una pena temporal, siendo su duración máxima de cinco años. La intervención puede ser total o parcial y puede modificarse o suspenderse en cualquier momento.

También es posible su adopción como medida cautelar.

## 3.2 La aplicación y determinación de la pena

Para poder imponer las penas, el legislador ha establecido una serie de requisitos, de forma que solo podrá acudir a las mismas en supuestos cualificados.

### 3.2.1 Requisitos para la imposición de las penas interdictivas o de la disolución

#### **A) Requisitos generales**

Para imponer una de las penas reguladas en el art. 33.7 CP, excepto la pena de multa, habrá que tener en cuenta:

- a) La necesidad de la pena para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos
- b) Las consecuencias económicas y sociales y los efectos para los trabajadores
- c) El puesto que ocupa en la estructura de la persona jurídica la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

La duración de las penas no puede exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuese cometido por una persona física.

#### **B) Requisitos para la imposición por un plazo superior a dos años**

En los supuestos en que las penas pueden imponerse por un plazo superior a dos años, el legislador condiciona la imposición de esta pena de mayor extensión a la concurrencia de cualquiera de las dos circunstancias siguientes:

- a) Cuando la persona jurídica sea reincidente
- b) Cuando la persona jurídica se utilice instrumentalmente para cometer delitos

**C) Requisitos para la imposición por un plazo superior a cinco años o con carácter permanente**

Para imponer la prohibición de realizar las actividades y la inhabilitación con una duración superior a cinco años, debe concurrir cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Que la persona jurídica sea multirreincidente
- b) Utilización instrumental de la persona jurídica para cometer delitos

**3.2.2 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**

La determinación de la pena sigue el régimen general. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) **Confesión:** haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción.
- b) **Colaboración:** haber colaborado en la investigación del hecho, aportando pruebas que fueran nuevas y decisivas para esclarecer los hechos.
- c) **Reparación:** haber procedido, en cualquier momento y con anterioridad al juicio oral, a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) **Adopción de medidas preventivas:** haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos en el futuro pudieran cometerse.

**4. La responsabilidad civil derivada del delito**

El art. 116.3 CP establece que la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil de forma solidaria con las personas físicas que fuesen condenadas por los mismos hechos.

La persona jurídica puede resultar penalmente responsable sin necesidad de que ninguna persona física resulte condenada.

**5. Extinción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas**

**5.1 Consideraciones previas**

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas requiere un estudio del régimen de extinción de la responsabilidad penal de estas entidades. Habrá que responder a dos cuestiones:

- Determinar hasta qué punto las causas que extingue la responsabilidad penal de las personas físicas producen el mismo efecto respecto de las personas jurídicas
- Examinar las particularidades que, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, existen en materia de extinción de la misma.

**5.2 La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por las causas previstas en el art. 130.1 CP**

Se puede decir que alguna de las causas de extinción de la responsabilidad penal resultan plenamente aplicables a las personas jurídicas. Así, el cumplimiento de la condena, la prescripción de la infracción penal y la prescripción de la pena tendrían el mismo efecto para una persona física que para una persona jurídica.

Por su parte, existen otras causas que no pueden ser aplicables para determinar la extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son las siguientes:

- 1º La muerte del reo

- 2º La remisión de la pena tras el vencimiento del plazo de suspensión de ejecución de la misma, ya que la suspensión solo es aplicable respecto de las penas privativas de libertad, que solo se pueden imponer a la persona física.
- 3º Las personas jurídicas solo pueden ser penalmente responsables respecto de los delitos en los que expresamente se establezca esa posibilidad y, en ninguno de éstos, se contempla el perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal.

### 5.3 Causas de extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de 2010

Para evitar que la fusión, transformación, escisión o absorción de una persona jurídica por otra pueda burlar la responsabilidad penal en que las personas jurídicas hayan incurrido, la reforma de 2010 estableció que no se extingue la responsabilidad penal de la persona jurídica, que se trasladará a la entidad en que se transforme, fusione o absorba, y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión.

La **disolución aparente** o **encubierta** de la persona jurídica tampoco extingue la responsabilidad penal.

La disolución real de la persona jurídica implica un cese definitivo de la actividad económica de ésta, que no mantiene ni a sus clientes, ni sus proveedores ni a sus empleados.