

PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN

LECCIÓN 1. CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL

I. LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL: SISTEMÁTICA DEL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

A lo largo de este Curso comprobaremos que el estudio del Derecho penal está caracterizado por una gran presencia del pensamiento sistemático. Los derechos fundamentales y libertades públicas que se ponen en juego antes y después de la aplicación de las leyes penales han determinado que se haya pretendido dotar a este sector del ordenamiento jurídico de las mayores garantías. Es por ello que podemos hablar de los códigos penales como «el negativo de la Constitución». Este hecho se ha traducido en un elevado grado de formalización del subsistema de control social que es el Derecho penal. Por las mismas razones también la Ciencia del Derecho penal se ha esforzado por abstraer las garantías y elementos imprescindibles para determinar la responsabilidad penal de los ciudadanos y establecer cómo deben influir en la concreción de las consecuencias jurídicas del delito. El primer paso de este esfuerzo analítico es el de distinguir entre la Parte general y la Parte especial del Derecho penal. Este Curso está dedicado al estudio de la primera de ellas.

Tradicionalmente la Parte general del Derecho penal se ha venido dividiendo en tres grandes bloques: la Introducción, la Teoría jurídica del delito y las Consecuencias jurídicas del delito. En la Introducción se estudian los fundamentos generales de la disciplina: conceptos básicos, delimitación de su alcance, sistema de fuentes y ámbitos de aplicación temporal y espacial. La Teoría jurídica del delito analiza la estructura de las infracciones penales con sus múltiples variantes y requisitos así como las interrelaciones entre estos. Por último, el análisis de las Consecuencias jurídicas del delito implica el conocimiento de penas, medidas de seguridad y otras consecuencias accesorias. En el presente Curso añadiremos dos bloques más a este esquema básico: el dedicado al Tratamiento penal de los menores y el que se ocupa de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas, incorporadas al ámbito de los sujetos activos del delito desde la LO 5/2010.

Junto a la Parte general, la Parte especial completa el análisis del Derecho penal centrándose en el estudio de cada una de las infracciones penales en concreto. Para su comprensión y valoración

crítica es fundamental partir de los conceptos comunes que conforman la Parte general.

Esta misma estructura se refleja en el Código penal vigente: el Título preliminar, *«De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal»*, y el Libro I, *«Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal»*, están dedicados a la Parte general, mientras que el Libro II, *«Delitos y sus penas»*, constituye la Parte especial. Pasamos pues a analizar los conceptos básicos de la Parte general.

II. CONCEPTO DEL DERECHO PENAL

Delimitado el ámbito de estudio, el segundo apartado de este capítulo lo vamos a dedicar a definir qué es el Derecho penal, para ello incidiremos en su naturaleza de instrumento de control social al servicio de la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad. Haremos también referencia a la necesidad de legitimar su existencia y aplicación.

1. CONCEPTOS FORMAL Y MATERIAL DEL DERECHO PENAL

En una primera aproximación, podemos describir el Derecho penal como un sector del ordenamiento jurídico constituido por un conjunto de disposiciones legales que asocian a delitos y estados de peligrosidad criminal, como supuestos de hecho, penas y medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas.

La anterior descripción tiene carácter estrictamente formal, no nos dice aún nada sobre cómo están caracterizados los fenómenos que son calificados como delitos y estados de peligrosidad criminal, ni sobre cuál sea la naturaleza de las penas y medidas de seguridad que se asocian a los mismos.

Desde una perspectiva material el Derecho penal es un sector del ordenamiento jurídico cuyo objeto es la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y la sociedad frente a las formas más graves de agresión. Se erige pues en un instrumento de control altamente formalizado cuyo fin es el mantenimiento del orden social.

El elemento central de este concepto está constituido por los bienes jurídicos, cuya protección es el objeto principal del Derecho penal. Los instrumentos fundamentales para ello son la previsión y la imposición de penas y medidas de seguridad para los infractores de determinadas normas de conducta que tratan de evitar la puesta en peligro o la lesión de dichos bienes jurídicos. Dedicaremos los siguientes apartados de esta lección al análisis de los distintos componentes de esta definición.

2. DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO: LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL

Pero antes es preciso que resolvamos una cuestión previa: la legitimación del Derecho penal. ¿En qué supuestos y con qué límites es posible justificar que el Estado restrinja derechos fundamentales y libertades públicas de sus ciudadanos? Para dar respuesta a este interrogante se suele acudir al par conceptual «Derecho penal objetivo/Derecho penal subjetivo».

El Derecho penal objetivo, también conocido como *ius poenale*, está formado por el conjunto de las normas penales, definición sobre la que existe consenso. Más discutido es, sin embargo, cuál sea el contenido del Derecho penal subjetivo o *ius puniendi*, que precisamente gira en torno a la cuestión fundamental de la legitimidad del poder punitivo del Estado.

El centro de la discusión discurre entre quienes interpretan el *ius puniendi* de un modo restringido, como derecho del Estado a penar, y quienes amplían el concepto hasta abarcar el derecho del Estado a establecer las normas penales. Los penalistas que optan por esta segunda opción consideran que no basta con justificar el derecho a aplicar la pena, sino que es preciso legitimar el recurso al mismo Derecho penal, con independencia de la legitimación de los concretos instrumentos que este emplee. Alineándonos con esta segunda propuesta, esto es, considerando que la legitimación del Derecho penal no debe limitarse a la del empleo de la pena, podemos definir el *ius puniendi* como el derecho estatal a establecer y aplicar normas penales.

Partiendo de la anterior idea y habiendo caracterizado al Derecho penal como un instrumento de control social, la conclusión es que el *ius puniendi* estará legitimado siempre que su aplicación sea imprescindible para el mantenimiento del orden social. En definitiva, en caso de que sea posible preservar el orden social sin necesidad de acudir al Derecho penal su uso resultará ilegítimo.

Ello implica desde una perspectiva externa el cumplimiento de los principios constitucionales que le atañen —con especial relevancia del respeto a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos como fundamento del orden político y de la paz social por el art. 10 CE—; y desde una perspectiva interna la asunción de una serie de límites derivados de su propia naturaleza como subsistema de un sistema más amplio de control social, que ha de emplear para su conservación los medios menos lesivos a su alcance.

III. LOS BIENES JURÍDICOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL

Establecidos los términos de la legitimación del Derecho penal y volviendo al concepto del mismo, recuperamos el análisis del que hemos señalado como objeto fundamental de protección del Derecho penal: el bien jurídico.

1. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Sin que podamos llegar en este lugar a un estudio pormenorizado de los muy distintos planteamientos desarrollados para dotar de contenido al concepto de bien jurídico, en una primera aproximación formal podemos definirlo como *«todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho»*.

El bien jurídico está encarnado en un objeto material o inmaterial, perteneciente a la esfera físico-natural o socio-cultural pero se trata en cualquier caso de un «...valor ideal del orden social...» creado y protegido por el Derecho, que trasciende al concreto objeto en el que se sustancia. Es pues una síntesis entre el sustrato material o inmaterial y la valoración que el mismo merezca, aspecto este último que nos remite al concreto sistema ético, político, jurídico o incluso económico imperante en un momento y un lugar concretos.

Ej. 1.1: Entre otros muchos bienes jurídicos podemos citar a la vida humana independiente, la integridad física, la libertad e indemnidad sexuales, la salud pública, la seguridad vial o la seguridad del Estado.

El conjunto de los bienes jurídicos supone así la concreción del orden social que ha de proteger el Derecho. Por ello cada uno de los bienes jurídicos solo puede ser dotado de pleno significado como parte de esa totalidad que conforma un sistema y su contenido constituirá, por tanto, el límite del campo de actuación del Derecho penal.

La estructura descrita se comprenderá plenamente si situamos el origen del mencionado orden jurídico en el contrato social. El orden jurídico imperante en una determinada sociedad está constituido por las aportaciones que los ciudadanos hacen a través del contrato social. Ello no significa que se limite a proteger en exclusiva la libertad de cada uno de ellos sino que, trascendiendo a los intereses particulares, abarca los de la comunidad así constituida.

Consecuentemente, avanzando en la concreción del concepto material del bien jurídico, podemos afirmar que para que un bien cualquiera sea elevado a la categoría de bien jurídico es preciso que constituya uno

de los «...presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social...». Solo así se entiende que el sujeto aceptara las limitaciones a su libertad que supone la protección de los mismos, pero a la vez se subraya la transcendencia social que caracteriza a todo bien jurídico.

Por otra parte, esta idea nos ha de servir de guía a la hora de sistematizar el alcance de la protección de unos y otros bienes: el Derecho penal protege los bienes jurídicos en tanto en cuanto posibilitan la vida en sociedad. Y de este modo, pese a que el portador de los bienes jurídicos —sujeto pasivo en caso de delito— puede ser tanto el individuo como la comunidad y pese a los intereses de carácter particular que existen tras los mismos, los bienes jurídicos no son privativos de los ciudadanos sino que pertenecen al Derecho. La protección otorgada trasciende esos concretos intereses, se orienta al conjunto de la comunidad con una proyección de futuro. Y es que al reafirmar la vigencia de la norma se está protegiendo los bienes jurídicos de los demás portadores y el sistema en su conjunto. De ahí que cuando son lesionados o puestos en peligro sea precisamente el Estado quien esté legitimado para imponer una pena o una medida de seguridad: el Derecho penal tiene por tanto naturaleza pública.

Desde una perspectiva dinámica el concepto de bien jurídico así definido puede adaptarse a los cambios en las concepciones ético-sociales, jurídicas, políticas y económicas dominantes en cada momento; factor imprescindible habida cuenta de la historicidad que caracteriza al Derecho penal.

Desde un punto de vista más estático, no tiene menos importancia que dicho concepto quede ligado a las concepciones sociales efectivas, que realmente imperan en una determinada sociedad en un concreto espacio físico temporal. Ello permite evitar el riesgo de que la regulación penal se convierta en simple instrumento de perpetuación de un determinado sistema jurídico, con independencia de si responde o no al concreto sistema de valores de la sociedad de la que emana.

Por último señalar que, desde una perspectiva práctica, la determinación del bien jurídico protegido en una concreta figura delictiva se erige en un factor esencial a la hora de realizar el análisis crítico de la necesidad e idoneidad de la misma y de fijar su ámbito real de aplicación, constituyéndose en una herramienta imprescindible en el estudio de la Parte especial del Derecho penal. Precisamente las concretas características de los distintos bienes jurídicos determinarán si es necesario acudir para su protección al Derecho penal y en qué medida. En consonancia con lo afirmado hasta aquí, siempre que exista un medio menos lesivo que la aplicación de una consecuencia jurídico penal para conseguir el objetivo de la protección de los bienes jurídicos y de su función en la sociedad, lo adecuado será acudir a

dichos medios extrapenales.

2. CLASES DE BIENES JURÍDICOS

Delimitado el concepto, es preciso que desde un punto de vista instrumental optemos por una clasificación de los bienes jurídicos que nos resulte útil para afianzar sus caracteres. Con esta intención, de entre todas las clasificaciones propuestas, vamos a servirnos de la que distingue, en función del portador del bien jurídico y de la relación de este último con el sujeto como individuo, entre bienes jurídicos individuales, colectivos y supraindividuales.

Si bien no siempre será pacífica la clasificación de un determinado bien jurídico en uno u otro grupo, esta categorización resulta especialmente interesante desde la perspectiva de las últimas evoluciones del Derecho penal, dominado por un considerable aumento de los delitos que protegen bienes jurídicos de carácter colectivo y supraindividual — proceso de expansión del Derecho penal—, aumento que ha provocado una fuerte reacción revisionista desde distintos ámbitos de la Ciencia del Derecho penal. Veamos cada una de las categorías señaladas.

2.1. Bienes jurídicos individuales: el núcleo clásico del Derecho penal

Los bienes jurídicos individuales son aquellos cuyo portador es el individuo. Se trata de bienes, situaciones o relaciones íntimamente unidos con el individuo como sujeto de derechos. Pertenece a este grupo el núcleo histórico del Derecho penal liberal. Conceptos como «vida humana independiente», «integridad física», «honor», «paz del hogar» o «propiedad» forman parte de esta primera categoría de bienes jurídicos objeto de protección penal.

Ej. 1.2: Como máximo exponente de este grupo, el delito de homicidio doloso, regulado en el art. 138 CP, protege la vida humana independiente, bien jurídico individual, frente a conductas dirigidas a su lesión.

Para una parte de la doctrina el Derecho penal debería tener como objeto de protección exclusivamente este tipo de bienes jurídicos. Se trata de lo que se ha venido a denominar «discurso de resistencia», opuesto a la extensión del recurso al Derecho penal a ataques a los bienes jurídicos colectivos y supraindividuales. Frente al mismo, el denominado «discurso de la modernidad», al que nos vamos a sumar, considera que en el Estado social y democrático de Derecho no está justificada tal limitación.

2.2. Bienes jurídicos colectivos: su justificación y alcance

De acuerdo con el esquema trazado, en segundo término nos encontramos con los denominados *bienes jurídicos colectivos*. Su reconocimiento supone en cualquier caso una anticipación a la tradicional protección otorgada a los bienes jurídicos individuales. Es decir, la existencia de un bien colectivo no se entiende de un modo autónomo, independiente, sino siempre como expresión de la presencia de una serie de bienes jurídicos individuales cuyas barreras de protección quedan así adelantadas —es en este sentido que se habla de bienes jurídicos intermedios o antepuestos—. Se trata pues de evitar situaciones que suponen cuando menos un peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales. Pensemos, por ejemplo en la «salud pública» o la «seguridad vial».

Ej. 1.3: El delito de tráfico de estupefacientes del art. 368 CP está orientado a la protección de la salud pública, bien jurídico colectivo.

La justificación de la protección penal tanto de estos bienes jurídicos como de los de carácter supraindividual —que analizaremos inmediatamente— se encuentra en la definición del propio Estado social y democrático de Derecho que, frente al liberal, no se conforma con la igualdad formal de sus miembros sino que persigue la consecución de la igualdad material efectiva; en este sentido es «... *más Estado de Derecho que el liberal porque, a diferencia de éste, lo es en sentido material y no sólo formal...*». Es por ello que resulta de vital importancia garantizar a través del recurso al Derecho penal, y siempre que sea necesario, tanto las condiciones en que desarrollan su función los bienes jurídicos individuales —bienes jurídicos colectivos— como incluso las propias del funcionamiento del sistema —bienes jurídicos supraindividuales—.

Es por ello que el anteriormente descrito «discurso de resistencia» no nos parece convincente.

En este sentido, con la protección de los bienes jurídicos colectivos se incide en la protección de las condiciones necesarias para que los bienes jurídicos individuales que se encuentran tras ellos puedan cumplir una función social. Tal construcción implica el sometimiento de los bienes jurídicos colectivos a una suerte de servidumbre: la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo estará siempre en función de la existencia del *prius* [primero] individual.

Sin embargo, más allá de esta función, que podríamos calificar de

garantía negativa o de contención de hipotéticos riesgos, es necesario que el bien jurídico colectivo suponga una garantía positiva, que toma cuerpo precisamente en el señalado efecto configurador de las condiciones que hacen posible el desarrollo pleno de la función social atribuida a los bienes individuales. En caso contrario podríamos caer en una «sobrepotección» de estos últimos, ajena a los principios de fragmentariedad y de *ultima ratio* [«última razón» o «último argumento»] que, como veremos, han de presidir la actuación del sistema penal.

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

Definido el concepto de bien jurídico colectivo, todavía es posible distinguir un *tertium genus* [a mitad camino entre dos cosas] en atención a su portador y a su relación con el resto de bienes jurídicos; podemos agruparlos bajo el común denominador de bienes jurídicos supraindividuales.

Pese a su evidente carácter «no individual», la justificación de la existencia de la categoría de los bienes jurídicos de naturaleza supraindividual de modo independiente a los colectivos, se encuentra en que, sin una ligazón directa con los bienes individuales, su fundamento se aleja de estos últimos radicando en la protección de las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema. En definitiva, se encuentran en un plano más alejado de los de naturaleza individual que los que hemos incluido entre los bienes jurídicos de carácter colectivo.

En este ámbito nos encontramos por tanto con supuestos en los que el bien jurídico trasciende la esfera puramente individual y ampara situaciones, intereses o relaciones pertenecientes al Estado o la comunidad pero que, insistimos, no tienen un referente inmediato en el individuo. No implican de un modo directo garantía negativa alguna para los bienes jurídicos individuales. Podemos hablar, por ejemplo, de la «función tributaria como base de la convivencia social», del «interés del Estado en el control de los flujos migratorios», del «buen funcionamiento de la administración de justicia» o de la «seguridad del Estado».

Ej. 1.4: Un sector cualificado de la doctrina estima que el tipo básico de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, regulado en el art. 318 bis.1 CP, está orientado a la protección del interés del Estado en el control de los flujos migratorios, bien jurídico de carácter supraindividual.

Una característica destaca en la construcción de un modelo adecuado

de protección de los bienes jurídicos supraindividuales: es fundamental tener presente el valor decisivo de su incardinación en el seno de políticas complejas de carácter social, educativo, cultural, asistencial o incluso de relaciones internacionales, que deben situar la función del Derecho penal en un plano decididamente secundario, amortiguando el impacto fundamentalmente negativo que las regulaciones penales pueden producir en este ámbito. Es precisamente este aspecto el que ha determinado una importante contestación a la actual tendencia a acudir al Derecho penal como instrumento principal de su protección, olvidando otros instrumentos más adecuados.

Sin embargo, ello no nos debe llevar al abandono o a excesos en la minimización de la transcendencia de su protección penal. Los bienes jurídicos supraindividuales, al estar directamente incardinados en las bases del funcionamiento del sistema en su conjunto, tienen una suerte de carácter fundacional del mismo, por lo que en los casos más graves su desprotección puede llegar a poner en cuestión el propio modelo de convivencia. La innegable necesidad de protección penal de los bienes jurídicos individuales y de aquellos colectivos asociados a los mismos no debe eclipsar la idea de que solo en el marco de un adecuado modelo social es posible su pleno ejercicio. Es menester por tanto llegar a un difícil equilibrio sobre la medida adecuada del amparo penal de los bienes jurídicos supraindividuales.

IV. LA FUNCIÓN DE CONTROL SOCIAL DEL DERECHO PENAL: ALCANCE E INSTRUMENTOS DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS BIENES JURÍDICOS

Analizados el concepto de Derecho penal y su objeto de protección es preciso describir cómo se estructura en la práctica la función de control social del mismo, esto es, hasta dónde se extiende y con qué instrumentos cuenta.

1. LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN PENAL: EL CARÁCTER DE *ULTIMA RATIO* DEL DERECHO PENAL

En este apartado vamos a estudiar una cuestión íntimamente relacionada con la ya tratada de la legitimación del recurso al *ius puniendi*. Como hemos señalado, el Derecho penal en su función de protección de los bienes jurídicos se constituye en un subsistema de control social. Dicho control sufre una primera acotación: la protección de los bienes jurídicos viene limitada por su propia función en la vida social. Es decir, el Derecho penal no protege los bienes jurídicos de un modo absoluto sino solo en cuanto posibilitan la vida en sociedad y precisamente para que puedan desarrollar su función social: no debe ir

más allá. Una sobreprotección puede llevar a obstaculizar o impedir el papel de los mismos. Es por ello que hablamos de riesgo permitido.

Ej. 1.5: Aun en el caso de bienes jurídicos como la vida humana independiente o la integridad corporal la protección no es absoluta. El Derecho penal permite conductas que incluso si se observan todas las medidas de cuidado posibles suponen la puesta en un cierto peligro de los mismos, el riesgo permitido; pensemos en el caso del tráfico rodado, la navegación aérea o las fábricas de productos potencialmente nocivos o peligrosos.

Pero es conveniente hacer otra precisión: los principales instrumentos con los que cuenta el Derecho penal en caso de ser aplicados suponen importantes restricciones a derechos fundamentales y libertades públicas, lo que determina que sea preciso reservarlos exclusivamente para las formas más graves de puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos.

Estamos pues ante un sector del ordenamiento jurídico que se caracteriza por su carácter fragmentario, presidido por el principio de intervención mínima y *ultima ratio*: no se aplica frente a cualquier tipo de agresión, sino solo frente a las más graves, y solo se debe aplicar en los supuestos en los que sea absolutamente necesario por no ser suficiente la protección otorgada por otros sectores del ordenamiento jurídico.

Como hemos apuntado, estas últimas apreciaciones chocan frontalmente con la actual tendencia a la «penalización» de numerosas facetas de la vida en un fenómeno que se ha denominado «expansión del Derecho penal» o «huida al Derecho penal» y nos tienen que hacer reflexionar sobre la pertinencia de agotar otras vías antes de acudir a fórmulas penales.

En definitiva, en materia tan sensible como es la concreción del ámbito de lo delictivo, se debería dar un mayor protagonismo a valoraciones de carácter técnico en detrimento del actual peso —más bien sobrepeso— de consideraciones de carácter mediático y de rédito político. Estamos ante un modo de proceder rechazable y que frecuentemente sume en la perplejidad a los operadores jurídicos.

Frente a ello, es en este punto donde precisamente se sustancia la función del concepto de bien jurídico como elemento esencial en el análisis crítico de la necesidad e idoneidad de toda previsión penal. Con otras palabras, es importante preguntarse en primer lugar qué queremos proteger para determinar después cuáles son los medios idóneos, penales o no. Esta nueva perspectiva nos dirige una vez más hacia la misma idea: es menester limitar el empleo de los instrumentos penales a lo estrictamente necesario.

2. LA LEY PENAL: NORMA Y SANCIÓN

Con los límites señalados, para cumplir con la función de protección de los bienes jurídicos el Legislador se vale de las leyes penales. En sentido técnico, una ley penal completa incluye en primer lugar y como presupuesto lógico una norma —que puede tener la naturaleza de un mandato o de una prohibición— y, además, una sanción que se aplicará en caso de que se incumpla aquella.

En definitiva, el Derecho penal protege los bienes jurídicos bien mediante mandatos de realizar conductas que suponen la evitación de su puesta en peligro o lesión —y que constituirán delitos de omisión—, o bien, en la mayor parte de los casos, mediante prohibiciones de llevar a cabo conductas dirigidas a la lesión de los mismos o que supongan su puesta en peligro —que se encuentran tras los delitos de acción—.

La respuesta al incumplimiento de mandatos y prohibiciones, esto es, a la comisión de un delito, viene generalmente constituida por la imposición de penas y/o, en algunos casos, de medidas de seguridad y reinserción social.

Esta estructura nos puede hacer pensar que el Derecho penal tiene una vocación tardía: al extender sus efectos cuando la norma ya ha sido incumplida y el bien jurídico puesto en peligro o lesionado, no supone más que la constatación del fracaso en su función protectora. No obstante, lejos de ello, la mera existencia de la norma y la certeza de que su incumplimiento trae consigo la imposición de la sanción, actúan como factores esenciales en el fomento del respeto a los bienes jurídicos pues los ciudadanos, sabedores de ello, se abstendrán de incumplirlas. Es por ello que estamos ante normas de determinación y no de mera valoración —lo que no es obstáculo para que las normas estén lógicamente precedidas por una serie de juicios de valor sobre los bienes jurídicos y el desvalor tanto de su lesión como de las conductas que los atacan o ponen en peligro—.

3. EL PROCESO PENAL

Como colofón a lo señalado, para hacer en última instancia efectivo el *ius puniendi* es preciso el curso del proceso penal. Solo a través del mismo puede sustanciarse la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito; pero además, solo su existencia da sentido a la amenaza de la pena, otorgándole fuerza en el fenómeno del respeto a los bienes jurídicos. Incluso más allá de las previsiones del Derecho penal sustantivo, ciertas instituciones procesales, como la conformidad, tienen incidencia directa en el tipo de consecuencias jurídicas que va a

imponer.

De todo ello deriva que Derecho penal y Derecho procesal penal no puedan entenderse de un modo aislado. Son partes de un todo con una relación de complementariedad. Ahora bien, las características y regulación del Derecho procesal penal son en nuestro sistema universitario materia de estudio de los procesalistas y serán objeto de un análisis independiente, al margen de este Curso.

V. EL CONCEPTO DEL DELITO: LA CONCRECIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN PENAL

Analizado el modo en el que se sustancia la función del Derecho penal, nos queda caracterizar aquellas conductas que constituyen el núcleo de su atención, es decir, hemos de definir el concepto de delito. Para ello emplearemos dos perspectivas distintas: la material y la analítica. Se trata de conocer tanto el contenido como la estructura del delito.

1. CONCEPTO MATERIAL DEL DELITO

Hablar del concepto material del delito supone en primer lugar analizar cuál es el proceso de determinación del ámbito de lo delictivo, es decir, qué elementos influyen tanto en la valoración de los bienes jurídicos que han de ser tutelados por el Derecho penal, como en la de cuál ha de ser el alcance —ya sabemos que en ningún caso absoluto— de dicha protección. Con ello obtendremos las características que nos permitirán definir las conductas delictivas.

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

Son de cuatro tipos las concepciones imperantes en una determinada sociedad que van a influir en la decisión de cuál sea el ámbito de lo delictivo: **1**ético-sociales, **2**jurídicas, **3**políticas y **4**económicas. Dicha clasificación no presupone la existencia de compartimentos estancos sino que las distintas concepciones se entrelazan en su papel motor de la evolución del Derecho penal. En efecto, el hecho de que no sean estáticas, tengan carácter cambiante, hace que, lejos de permanecer inmutable, con el paso del tiempo también cambie el contenido de las conductas consideradas delictivas, de ahí que se hable de la «historicidad» del Derecho penal.

1.1.1. Las concepciones ético-sociales

El Derecho penal considera generalmente delictivas las conductas que suponen una grave vulneración de las concepciones ético-sociales de

una época. Se trata de uno de los factores fundamentales en la transformación progresiva del ordenamiento jurídico-penal.

Ej. 1.6: Conductas como la usura han sido perseguidas o no dependiendo del momento histórico: mientras que fue fuertemente castigada durante la Edad Media y la dictadura franquista por influencia de las ideas cristianas o a finales del XIX por la crisis del liberalismo, en tiempos del triunfo del pensamiento ilustrado, del liberalismo o en la actualidad de las ideas neoliberales, se ha visto despenalizada.

1.1.2. *Las concepciones jurídicas*

El contenido de lo delictivo viene también determinado por las concepciones jurídicas imperantes en una determinada época. La evolución histórica de estas ha determinado el alcance de la relación entre la Ética social y el Derecho. Durante un largo proceso se ha producido una «especialización» de los contenidos del Derecho penal que, abandonando concepciones que equiparaban Moral y Derecho, pecado y delito, ha acabado por sancionar exclusivamente las conductas contrarias a las normas fundamentales de la Ética social, dejando además de lado cualquier intento de imponer la moralidad en el ámbito subjetivo.

Ej. 1.7: Ello es especialmente patente en la regulación de las conductas relacionadas con la moral sexual, que han sufrido una paulatina despenalización en la mayor parte de los sistemas penales modernos.

1.1.3. *Las concepciones políticas*

En tercer lugar, son decisivas en la determinación de las conductas constitutivas de delito las concepciones políticas de una sociedad. Por ello los cambios en el régimen político de un Estado suponen invariablemente reformas en profundidad de las normas jurídico-penales.

Ej. 1.8: Así, suele ocurrir que en los regímenes autoritarios los delitos contra la seguridad del Estado, además de ser penados con mayor rigor, ocupan un lugar preeminente ya en la propia estructura de los textos legales —tal y como ocurría con el Código penal español de 1973 en relación con el Código penal vigente—.

1.1.4. *Las concepciones económicas*

Muy relacionadas con las de carácter político, las concepciones en

torno a cuáles deban ser las políticas económicas en un determinado momento y sociedad han tenido gran influencia en el devenir del Derecho penal.

Ej. 1.9: Pensemos, por ejemplo, en los delitos cometidos en el marco de los movimientos migratorios. Este tipo de infracciones, tras las cuales podemos situar como bien jurídico protegido el interés del Estado en el control de los flujos migratorios —véase, más arriba, el ejemplo 1.4—, fluctúan según las épocas. En el caso español se ha pasado de castigar la denominada emigración clandestina hasta finales del pasado siglo XX a reprimir con dureza los casos de inmigración clandestina hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015, que supone una notable disminución de las penas motivada por la bajada de la presión demográfica sobre el Estado español.

1.2. El concepto material del delito

Tras las anteriores conclusiones, podemos definir el delito desde un punto de vista material como una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y atenta gravemente contra las concepciones ético-sociales, jurídicas, políticas y económicas fundamentales de una sociedad. A ello es preciso añadir desde una perspectiva formal que además dicha conducta se encuentra recogida en las leyes penales bajo la amenaza de una sanción penal.

Antes de acabar, aún es preciso hacer una reflexión en torno al carácter cambiante, a la historicidad del Derecho penal. Como hemos visto, el Derecho penal, lejos de ser una realidad estática está sometido a los cambios en las concepciones que imperan en una sociedad. No obstante, no significa que deba estar sometido a continuas fluctuaciones.

Teniendo en cuenta que afecta a las conductas más graves que ponen en peligro los bienes jurídicos fundamentales del individuo y la sociedad y que su aplicación supone la restricción de derechos y libertades fundamentales, no solo es lógico, sino que resulta conveniente que la regulación penal tenga una cierta permanencia y estabilidad. Esta afirmación choca desde luego con la práctica de recurrir a continuas reformas del Derecho penal para dar «respuesta» a manifestaciones concretas de la criminalidad, práctica que se ha extendido en los últimos años.

2. CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO (REMISIÓN)

Junto al concepto material del delito es preciso desarrollar un concepto analítico del mismo, que nos permita conocer qué elementos han de

concurrir para determinar la responsabilidad penal de un sujeto por unos determinados hechos. La descripción de los mismos, esto es, de la estructura interna de los delitos, es objeto del análisis de la Teoría jurídica del delito, por lo que en este punto nos remitimos a la segunda parte de este Curso, lecciones 5 a 26.

Sin embargo, de cara a la comprensión de los próximos apartados, es conveniente que tengamos una noción aun mínima de cuáles son esos elementos y qué tipo de relación los une.

De modo sintético podemos decir que la estructura del delito está formada por un sustantivo al que acompañan cuatro calificativos: **una**

conducta —que puede ser una acción o una omisión—; ¹típica —en el sentido de que incluya los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva—; ²antijurídica —o, lo que es lo mismo, ilícita, contraria al Derecho—; ³culpable —esto es, reprochable a su autor—; y, finalmente, ⁴punible —por no existir razones de conveniencia o políticas criminales que eximan de pena—. Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad son por tanto los cinco elementos que con ese preciso orden lógico configuran el concepto analítico del delito.

La última afirmación es fundamental para comprender la estructura del delito; a estos cinco elementos les une una relación lógica de carácter secuencial: no se puede dar uno de ellos si no concurre el o los anteriores.

Dos ideas más. El denominado «injusto» del delito vendrá determinado por la concurrencia y valoración de tipicidad y antijuridicidad, su análisis nos permitirá concretar la gravedad material de la conducta y el resultado —lo que técnicamente se conoce como desvalor de la acción y desvalor del resultado—. Tras comprobar si dicho injusto es reprochable a su autor y en qué medida lo es, podrá ser calificado de «injusto culpable», concepto que, como veremos inmediatamente, resulta clave para establecer la responsabilidad penal y, consecuentemente, la naturaleza y gravedad de la consecuencia jurídica que en su caso se haya de imponer.

[Así, por ejemplo, la prohibición de matar es una consecuencia de la protección a la vida; la prohibición de robar, una consecuencia de la protección a la propiedad, etc. En ambos ejemplos, el desvalor de la acción (matar, robar) se deriva ya del desvalor del resultado (destrucción de la vida, lesión de la propiedad). Lógicamente los mandatos «no matar», «no robar», etc., sólo tienen sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan: vida, propiedad, etc. Pero igualmente la protección a esos valores, por medio de la norma penal, sólo puede conseguirse sancionando o

prohibiendo las acciones humanas que puedan lesionarlos.]

VI. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

A lo largo de la exposición anterior, se ha señalado que uno de los pilares de la efectividad del Derecho penal es la previsión de una respuesta a la vulneración de sus normas. No basta con prohibir u ordenar determinadas conductas, es preciso incluir una reacción efectiva frente a quien realiza lo prohibido u omite lo ordenado. Estamos en el terreno de las consecuencias jurídicas del delito.

El modelo penal vigente se caracteriza por ofrecer un sistema binario de respuesta a la comisión de un delito. Dos son las posibles consecuencias: las penas y las medidas de seguridad y de reinserción social. El análisis pormenorizado de sus distintas formas lo llevaremos a cabo en la tercera parte de este Curso, lecciones 27 a 34, no obstante, en este lugar es preciso que nos pronunciemos sobre su naturaleza y justificación.

1. LAS PENAS: FUNDAMENTO Y FINES

Para cualquier ciudadano es claro que la principal consecuencia de la comisión de un delito es la imposición de una pena. Con las penas nació el Derecho penal y a ellas debe su nombre. Pese a que han existido y existen teorías de carácter abolicionista, que preconizan la supresión de las mismas, y a que han sufrido una constante evolución en su contenido y presupuestos, las penas se han mantenido siempre como elemento central de las regulaciones penales y en la sociedad actual no parece posible prescindir de ellas como herramienta fundamental del mantenimiento del orden social.

En este momento, vamos a detenernos en el estudio del porqué y el para qué de la existencia e imposición de este tipo de consecuencias jurídicas del delito. Habiendo ya analizado las circunstancias que permiten legitimar el *ius puniendi*, se trata ahora de analizar las teorías sobre el fundamento y fines de su principal instrumento, las penas, lo que nos permitirá comprender un poco mejor el sistema penal en su conjunto.

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

Si bien las teorías que se han elaborado para fundamentar la imposición de una pena presentan muy diversos matices, todas ellas giran en torno a dos grandes bloques de principios: los de carácter retributivo y los de carácter preventivo. Los planteamientos teóricos que se han propuesto de acuerdo a los mismos van desde asimilar por

completo unos u otros hasta combinarlos con un mayor o menor peso de cada uno.

Antes de analizar las teorías que se han construido con base en la retribución y la prevención, es conveniente que nos detengamos en el estudio de su contenido y de las consecuencias que su consideración por separado tendría en la determinación de la naturaleza y gravedad de la pena que finalmente se imponga. Se trata de un ejercicio teórico que nos ayudará a comprender su alcance práctico.

1.1.1. *La retribución como fundamento de la pena: la mirada hacia el pasado*

Una de las perspectivas que podemos adoptar a la hora de decidir sobre el porqué y el para qué de la imposición de una sanción penal es la de mirar hacia el pasado, esto es, hacia el delito cometido. Desde este punto de vista se construye el pensamiento de la retribución. A grandes rasgos y en su versión más pura, la retribución se centra en la necesidad de compensar el mal causado con la comisión del delito, ajena a cualquier efecto que la imposición de la pena pudiera implicar hacia el futuro.

La idea de la retribución es tan antigua como la pena, pero su contenido ha evolucionado desde sus concepciones más primitivas, asociadas a la ley del Talión, a propuestas modernas, que identifican la retribución con la reafirmación del ordenamiento jurídico que ha visto vulneradas sus normas. En cualquier caso, detrás de unas y otras interpretaciones aparece la idea de que la pena ha de ser proporcional al delito cometido de acuerdo con una u otra escala comparativa.

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

Muy distinto al planteamiento de la retribución es el que se encuentra tras la idea de la prevención. Cuando se fundamenta la imposición de una pena en fines preventivos la mirada no se dirige al pasado, al delito cometido, sino al futuro y, más concretamente, a los efectos que pueda tener su existencia e imposición de cara a la evitación, a la prevención de la comisión de nuevos delitos.

La pena impuesta se desliga entonces de las ideas de «compensación por» y «proporcionalidad con» el delito cometido. La comisión del delito pasa a ser exclusivamente un requisito para su imposición puesto que la naturaleza y duración de la sanción se encuentra en función de los concretos efectos preventivos que se quiere alcanzar, de la utilidad que se busca. Es por ello que tradicionalmente se distingue dos tipos de prevención, la prevención general y la prevención especial.

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

El objetivo de la prevención general es que el conjunto de los miembros de una sociedad o un determinado colectivo de la misma se abstenga de cometer un cierto tipo de delitos, de ahí el calificativo de general.

Desde un planteamiento que asuma sin matiz alguno la idea de la prevención general, la determinación de la naturaleza y gravedad de una concreta pena estará sujeta a lo que se considere estrictamente necesario para evitar que un determinado segmento poblacional o la población en su conjunto cometan el mismo tipo de delitos en los que tiene su origen la sanción.

Por tanto, según este tipo de propuestas en caso de que los índices de criminalidad de una concreta infracción penal sean elevados o exista el pronóstico de que así vaya a ser, se deberá prever para sus autores la pena que se estime necesaria en orden a reconducir esa situación o evitar que llegue a producirse, aunque supere la gravedad material de la conducta y la peligrosidad del concreto condenado.

En el extremo contrario, si un delito tiene una repercusión estadística mínima, la pena enfocada desde una perspectiva preventivo general podría verse reducida e incluso se podría prescindir de su imposición, al margen de la gravedad material del mismo y de la peligrosidad de su autor.

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

- a) **Prevención general positiva o ejemplar**: Pretende reforzar en la conciencia de los ciudadanos la idea de la vigencia de las normas y de las valoraciones jurídicas que subyacen a las mismas como mejor forma de garantizar su respeto.
- b) **Prevención general negativa o intimidatoria**: Asociada a la idea de los efectos intimidatorios que pueda tener la amenaza de la pena en los ciudadanos.

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

Mientras que la prevención general se dirige a la comunidad, la prevención especial está centrada en la persona del condenado: se trata de que este no vuelva a delinquir.

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

La pena habrá de ser más gravosa cuanto más peligroso sea el delincuente; cuantas más posibilidades existan de que vuelva a delinquir, independientemente de la gravedad del delito cometido. Y

por el contrario, si el autor presenta un pronóstico favorable de reinserción social se podría llegar a prescindir de la pena.

De ahí que el ámbito de la prevención especial Incluya tanto la mera intimidación o advertencia individual, como la rehabilitación y reinserción social del condenado —su vertiente más positiva—, e incluso la inocuización, aseguramiento, o separación de la sociedad —prevención especial negativa—. Se trata de distintos medios para alcanzar un mismo fin: que el sujeto no vuelva a delinquir.

1.2. Las teorías de la pena

De acuerdo con el modo en que se combinan los principios que acabamos de explicar, se suele hablar de tres modelos de fundamentación de las penas: las teorías absolutas, las teorías relativas o utilitarias y las teorías unitarias, eclécticas o mixtas de la pena. Es claro que se trata de tres líneas teóricas posibles que admiten numerosas variaciones dentro de los límites que vamos a describir — véase fig. 1.1—.

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

Las teorías absolutas mantienen que el único fundamento de la imposición de la pena es la retribución. Se excluyen expresamente del mismo los posibles efectos preventivos que aquella pudiera tener. Incluso se afirma que si se justificara la aplicación de una pena en razones preventivas se estaría utilizando al condenado como un instrumento para obtener un provecho social y con ello se vulneraría su dignidad humana. La pena, por tanto, mira al pasado y está en relación directa y exclusiva con el delito cometido —*punitur quia peccatum est* [castigar porque se ha pecado]—.

Si bien las teorías absolutas de la pena no han tenido seguimiento en la Ciencia del Derecho penal española, referirnos a dos de sus principales defensores nos puede dar una idea de su importancia: KANT y HEGEL. Las propuestas de estos autores suponen precisamente una respuesta a los planteamientos preventivos que, como veremos inmediatamente, triunfaron durante el periodo de la Ilustración.

A) Teoría de la retribución moral de KANT

Según la teoría de la retribución moral de KANT la Ley penal es un imperativo categórico. Consistiendo el imperativo categórico en actuar como si la máxima o principio subjetivo de la conducta del sujeto se debiera convertir en ley general de la naturaleza, KANT fundamenta la aplicación de la pena en una necesidad ética, una exigencia de la justicia, siendo ajenos a su naturaleza los efectos preventivos.

De un modo muy gráfico señala que «...*Incluso si los miembros de una sociedad decidieran su disolución... el último asesino que se encontrara en prisión tendría que ser antes ejecutado...*».

B) Teoría de la retribución jurídica de HEGEL

Por su parte, la teoría de la retribución jurídica de HEGEL responde a la aplicación en el ámbito del Derecho penal de la fórmula dialéctica tesis-antítesis-síntesis; la pena es considerada negación del delito y por lo tanto afirmación del Derecho.

En palabras de HEGEL: «...*La lesión que se le impone al delincuente no solo es en sí justa, sino que al serlo es expresión al mismo tiempo de su voluntad racional, expresión de su libertad, su derecho...*».

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

En el otro extremo, las teorías relativas o utilitarias sitúan su fundamento en la evitación de futuros delitos —*punitur ut ne peccetur* [castigar, para que no se peque]—, bien desde la perspectiva de la prevención general —cuando el objetivo es el conjunto de la sociedad o un segmento de la misma—, bien de la prevención especial —cuando el centro de atención está constituido por el concreto penado y su peligrosidad—, bien combinando ambas.

Por tanto, el fundamento de la imposición de una pena, de su naturaleza y gravedad, se coloca en el tipo de delitos que se pretende evitar. La mirada se dirige entonces hacia el futuro, quedando fuera de estas propuestas cualquier intento de retribución por el delito cometido. Es por ello que son conocidas como teorías utilitarias: la utilidad de evitar futuras infracciones es el único posible fundamento de la pena.

Evidentemente son muy numerosos los modelos que se pueden construir al amparo de un esquema puramente utilitario según en qué cara de la prevención se ponga el acento o en qué medida se conjuguen sus distintas formas.

Ya SÉNECA, asumiendo el planteamiento de PLATÓN, afirmaba que «... *el sabio castiga no porque se ha delinquido, sino para que no se delinca; el pasado es irrevocable, el porvenir se previene...*». Sin embargo, el desarrollo teórico de este tipo de planteamientos lo podemos situar en la Ilustración, y en concreto en autores como BECCARIA, BENTHAM, ROMAGNOSI, FILANGERI, FEUERBACH o, en España, LARDIZÁBAL. Frente al escaso seguimiento —que no repercusión— de las teorías absolutas, han sido muy numerosos los autores que han adoptado y adoptan teorías puramente relativas.

1.2.3. *Teorías unitarias, eclécticas o mixtas de la pena: la*

combinación de retribución y prevención

Finalmente, cuando hablamos de teorías unitarias, eclécticas o mixtas de la pena, nos referimos a un importante grupo de propuestas que justifica su imposición tanto en motivos retributivos como preventivos. Se trata por tanto de teorías que consideran que la pena debe ser acorde al delito cometido pero a su vez dirigirse a evitar la comisión de futuras infracciones penales.

Los orígenes teóricos de este tipo de planteamientos los encontramos en ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, posteriormente fueron sustentadas por los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII y en la actualidad son las propuestas mayoritarias en la Ciencia del Derecho penal española.

Figura 1.1

Las teorías de la pena

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

Hemos expuesto tres vías de explicación del fundamento de las penas. El traslado de estas propuestas teóricas al Derecho positivo determinará la creación de un sistema de penas con unas u otras características. Queda por tanto analizar cuál de ellas se adapta mejor a la naturaleza del ordenamiento penal español y, sobre todo, a las exigencias y garantías de justicia que deben prevalecer a la hora de imponer una sanción penal en un Estado social y democrático de Derecho como el que define la Constitución española.

1.3.1. Teoría de la pena que se propone

El modelo teórico del que partiremos se encuentra situado dentro del amplio espectro que representan las teorías unitarias, eclécticas o mixtas de la pena. La pena tiene en su base un componente retributivo y otro preventivo, es decir, encuentra su justificación tanto en el delito cometido como en la evitación de futuros delitos. Ahora bien, es preciso establecer cómo entendemos ambos componentes y cómo se conjugan en la determinación de la pena ideal.

A) La retribución

En primer lugar, la pena es retribución, ha de ajustarse a la gravedad del delito cometido. No obstante, en el seno de un Estado de Derecho no es defendible entenderla como mera compensación por el mal causado a través de la imposición de otro mal al condenado. Lejos de ello, se pretende restañar la quiebra del ordenamiento jurídico que ha

supuesto la comisión del hecho delictivo. Y, en este sentido, hemos de entender la retribución como reafirmación del ordenamiento jurídico.

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

De este modo el principio de la retribución, lejos de suponer un irracional alegato a la compensación del mal causado, se convierte en garantía de la proporcionalidad de la pena al delito cometido —que, como veremos a lo largo de este Curso, viene representada por el denominado principio de culpabilidad, según el cual «*no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad*»—, conculcando así el fantasma de la aplicación de penas excesivas por desproporcionadas que acompaña frecuentemente a las teorías puramente utilitarias.

A partir de la anterior afirmación la pregunta es obvia: ¿y con base en qué principios determinar esa pena adecuada a la gravedad de lo injusto culpable? Pues bien, entender la retribución como reafirmación del ordenamiento jurídico supone que en la determinación de esa pena proporcionada se han de tener en cuenta los límites que impone ese preciso ordenamiento jurídico en el que se sitúa, en nuestro caso los trazados por la Constitución que, como veremos inmediatamente, suponen la prohibición de penas inhumanas o degradantes, la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social y el respeto a la dignidad de la persona.

Por último, el fundamento retributivo de la pena se constituye precisamente en garantía del respeto a la dignidad de la persona, alejando la posibilidad de que se «utilice» al condenado como un mero medio para conseguir un fin.

B) La prevención

Pero la pena no ha de conformarse con la reafirmación del ordenamiento, sino que ha de estar orientada a la evitación de delitos en el futuro y por lo tanto tiene su fundamento en la prevención, tanto especial como general.

¿Cómo se traduce esta vertiente desde la perspectiva de la imposición de la pena?

- a) Desde el punto de vista de la prevención general, la imposición de una pena proporcionada a la gravedad de lo injusto y del reproche, es decir, adecuada al principio de la retribución, tiene un efecto ejemplarizante mayor que una pena desproporcionada. Más allá de ello, en casos concretos en los que, atendido el resto de necesidades, desde una perspectiva preventivo-general no sea precisa la aplicación de la pena retributivamente ideal, será

posible disminuirla. Por el contrario, si desde las necesidades preventivo-generales se estimara conveniente una pena mayor a la proporcionada a lo injusto culpable, deberemos abstenemos de agravarla, pues en ningún caso es posible superar la barrera infranqueable representada por la retribución.

- b) Desde el punto de vista de la prevención especial, la imposición de la pena debe estar orientada a la rehabilitación y reinserción social del condenado y de nuevo se cumple que la pena retributivamente justa facilita dicha función en mayor medida que la pena desproporcionada. Con esta base cierta, si en aras de la potenciación de los efectos preventivo especiales y habida cuenta del resto de necesidades se estima que la pena debería ser inferior a la retributivamente proporcionada —por ejemplo, porque el culpable cuenta con un pronóstico favorable de reinserción social—, se podrá aminorar su gravedad. Lo que no podrá ocurrir es que se aumente por considerarla preventivo especialmente insuficiente; de nuevo nos encontramos con el límite de la retribución, representado por la gravedad de lo injusto culpable.

C) El equilibrio entre retribución y prevención

Los elementos descritos forman un sistema al que se debe dotar de un difícil equilibrio y que funcionará de un modo armónico siempre y cuando tengamos presente en la base del mismo el objeto fundamental del Derecho penal: el mantenimiento del orden social a través de la protección de los bienes jurídicos.

Esto es, la aplicación de la pena, como instrumento básico del Derecho penal y respetando siempre el límite ideal superior representado por el pensamiento de la retribución, podrá implicar una disminución de dicho máximo por razones preventivas, generales o especiales, siempre que ello no suponga una quiebra del objetivo de protección de los bienes jurídicos vitales fundamentales del individuo y de la sociedad.

Con otras palabras, la pena no solo ha de ser acorde a la gravedad del delito sino, como principal instrumento del Derecho penal, necesaria para el mantenimiento del orden social —véase fig. 1.2—.

Figura 1.2

Teoría de la pena que se propone

1.3.2. *La teoría de la pena en el sistema penal español*

Tras el estudio de los principios teóricos, de las teorías de la pena que se han construido con los mismos y del modelo que entendernos más apropiado y del que partiremos a lo largo de este Curso, es momento

de analizar la concreta regulación española. Se trata de comprobar cuál es el planteamiento que se encuentra tras la misma y valorarlo críticamente.

Podemos afirmar que el sistema penal español parte de una concepción unitaria de la pena. El punto de partida para llegar a esta conclusión se encuentra en la propia cúspide del ordenamiento jurídico. El art. 25.2 CE hace referencia a esta cuestión. Según el mismo: *«Las penas privativas de libertad... estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...»*.

En definitiva, la Constitución española exige que las penas privativas de libertad se dirijan a la reincorporación del condenado a la vida social, lo que implica que no vuelva a delinquir. Dicho de otro modo: por imperativo constitucional las penas privativas de libertad deben estar dirigidas a la prevención especial en su faceta más positiva.

La primera conclusión es que en nuestro sistema no tiene cabida una teoría de la pena de carácter absoluto, exclusivamente basada en la retribución. Solamente son constitucionalmente aceptables los modelos utilitarios y unitarios, que incluyen la prevención especial —acogida expresamente por el texto constitucional—, en la fundamentación de la pena.

Admitida esta idea, un análisis del conjunto del Código penal vigente permite afirmar que sigue —con luces y sombras— una teoría unitaria de la pena. Las penas tienden a ser proporcionadas a la gravedad del delito, destacando su carácter retributivo, pero además existen instituciones que atemperan su naturaleza y gravedad por motivos preventivos —pensemos en la suspensión de las penas privativas de libertad—.

Pero ello no quiere decir que el sistema penal español sea el ideal. Existen excesos, en ocasiones provocados por un erróneo entendimiento del pensamiento retributivo o por motivos estrictamente preventivo generales en su vertiente negativa, pero también por una distorsionada aplicación de los fines preventivo especiales de la pena. Todo ello ha acabado por configurar un sistema penal de gran rigor punitivo.

Y así encontramos penas muy elevadas, desproporcionadas a la gravedad de lo injusto culpable y, por lo tanto, al principio de culpabilidad.

Ej. 1.10: Como ejemplos podemos citar la pena de prisión permanente revisable, la previsión de penas de prisión de hasta 40 años o las restricciones a la concesión de la libertad condicional que prevé el art. 78 CP, que en algunos casos suponen que el condenado permanezca un mínimo de 35 años privado de libertad.

Tales casos son de muy difícil armonización con el art. 15 CE que prohíbe las penas y los tratos inhumanos y degradantes, pero también con el ya mencionado art. 25.2 CE, que orienta las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social del condenado, e incluso con el principio del respeto a la dignidad de la persona que, no olvidemos, es reconocido como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social por la propia Constitución (art. 10.1 CE).

A lo anterior se une el que las últimas reformas han ampliado la intervención penal al margen de las penas por la vía de la extensión del ámbito de aplicación de la medida de seguridad de libertad vigilada.

En sentido contrario, es preciso señalar que, si bien son los menos, nuestro sistema penal también sufre algunos desajustes reflejo de un exceso despenalizador motivado fundamentalmente por razones preventivo especiales.

Ej. 1.11: Podemos poner el ejemplo del alcance de la eximente de regularización en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social —arts. 305.4 y 307.3 CP—, que puede suponer una importante limitación al cumplimiento de las funciones propias de las Haciendas Públicas y la Seguridad Social.

1.4. Tipología de las penas (remisión)

Por último y en cuanto a su tipología, más allá de la pena de muerte, se suele distinguir entre **1** penas privativas de libertad —que suponen la privación de la libertad ambulatoria y llevan aparejada la restricción de otros derechos—, **2** penas privativas de otros derechos —entre las que se encuentran las inhabilitaciones, suspensiones y prohibiciones—, y **3** penas pecuniarias —la multa con sus dos variantes—.

Todas ellas serán objeto de un análisis pormenorizado en la tercera parte de este Curso, lecciones 27 a 33.

2. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y REINSERCIÓN SOCIAL

Las penas no son las únicas consecuencias jurídicas del delito, las medidas de seguridad y reinserción social —también conocidas simplemente como medidas de seguridad— aparecen como la otra cara de un sistema binario de respuesta a las infracciones penales. Su aparición es, sin embargo, mucho más reciente que la de la pena. El

origen de su introducción en la legislación penal moderna se sitúa comúnmente en el Anteproyecto de Código penal suizo de STOOOS de 1893. Desde entonces han ido abriéndose camino en todos los códigos penales modernos.

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

Para comprender la naturaleza y fundamento de las medidas de seguridad, el primer dato que hemos de dejar claro es que no son penas. Precisamente nacen para ocupar un vacío que dejan en algunos casos las penas: el de la respuesta a aquellos sujetos a los que, debido a su peligrosidad, la pena adecuada a la gravedad del delito, de lo injusto culpable, no resulta suficiente. Son pues una consecuencia lógica de las garantías que implica el sistema de penas, que impide ir en su imposición más allá de la pena retributivamente proporcionada, adecuada a la gravedad de lo injusto culpable.

Así como las penas se asientan en tres principios básicos — **1**retribución, **2**prevención general y **3**prevención especial—, las medidas de seguridad se imponen exclusivamente atendiendo a la peligrosidad criminal del delincuente, esto es, para evitar que cometa delitos en el futuro. Su único fin es pues de carácter preventivo especial y, por supuesto, sus efectos aflictivos o intimidantes, ajenos a su esencia, deben ser, si no excluidos, reducidos al mínimo.

De acuerdo con la descripción anterior, las medidas de seguridad pueden ser aplicadas como única consecuencia jurídica del delito, en casos en que no sea posible imponer pena alguna —en el Código penal español es el supuesto de los declarados inimputables—, o como complemento a la pena impuesta, cuando ésta resulte insuficiente —caso de los semiimputables o de la libertad vigilada subsiguiente a una pena privativa de libertad—. Pero en todos estos supuestos la aplicación no será automática, dependerá de que se compruebe previamente la efectiva peligrosidad criminal del sujeto.

Es importante insistir en que, desde un punto de vista teórico, la naturaleza y duración de las medidas de seguridad no está en función del delito cometido, sino de la peligrosidad criminal del delincuente —esto es, la probabilidad de que vuelva a cometer delitos en el futuro— puesta de manifiesto por la comisión de ese delito.

Esto implica que el sujeto se encuentre en una de las categorías de estado peligroso recogidas por la ley, pero además la comisión de una conducta delictiva previa aparece en todo caso como un requisito formal imprescindible para la aplicación de medidas de seguridad, constituyéndose en garantía de la seguridad jurídica e indicio de la peligrosidad criminal del sujeto.

Es decir, las medidas de seguridad tienen carácter postdelictual: el

delito es su presupuesto esencial, elemento básico para la imposición de una medida que pertenece al ámbito del Derecho penal.

No obstante, históricamente se han aplicado medidas de seguridad predelictuales, esto es, a quien no había cometido infracción penal alguna —así ocurría tanto en la Ley de vagos y maleantes de 1933 como en la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970—. Ello suponía una grave vulneración de las garantías de seguridad jurídica y, en algunos casos, tratar lo que no era más que peligrosidad social —probabilidad de que el sujeto llegue a ser un marginado— como si de peligrosidad criminal se tratara, introduciendo al sujeto en la esfera del Derecho penal sin que hubiera cometido un delito. En la actualidad las medidas de seguridad predelictuales y basadas exclusivamente en la peligrosidad social se han desterrado felizmente del ámbito del Derecho penal español.

En definitiva, tanto el encontrarse en una de las categorías de estado peligroso incluidas en la ley, como el haber cometido una conducta delictiva son requisitos para la imposición de toda medida de seguridad.

2.2. Campo subjetivo de aplicación

El campo subjetivo de aplicación de las medidas de seguridad es el de los delincuentes peligrosos, lo cual en teoría incluye desde ciertos casos de sujetos inimputables y semiimputables —que padecen algún tipo de enfermedad mental o trastorno mental transitorio, que anula o limita su capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta y actuar conforme a dicha comprensión—, a supuestos de sujetos imputables, entre los que la doctrina hace especial referencia a los delincuentes habituales de criminalidad grave.

En la regulación española se prevén medidas de seguridad para los primeros, esto es, inimputables y semiimputables y también para sujetos plenamente imputables —libertad vigilada—. No se prevén medidas de seguridad específicas para delincuentes habituales de criminalidad grave pues resultan muy onerosas y los resultados conseguidos hasta el momento en aquellos países donde se han aplicado han sido exigüos.

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

La naturaleza y la duración de la medida de seguridad dependerán del tipo y grado de peligrosidad criminal del sujeto. Por tanto y en principio, desde un punto de vista teórico deberán adaptarse a las características de la peligrosidad del sujeto e imponerse por el tiempo que sea necesario para atajar la misma.

Ello no plantea especiales problemas interpretativos en cuanto al límite

mínimo de aplicación: siendo que el único fundamento de su imposición es la prevención especial, esto es, evitar que el sujeto delinca en el futuro, cuando se compruebe que el tratamiento ha dado sus frutos, la medida deberá ser levantada o suspendida (arts. 97 y s. CP).

Más problemático se plantea en la práctica el establecimiento de un máximo de cumplimiento. Teniendo en cuenta el fin preventivo especial de las medidas de seguridad, el límite debería venir dado por el éxito de su aplicación: hasta que el sujeto deje de ser peligroso deberá estar sometido a la misma. Sin embargo, lo que es consecuencia del propio concepto de medida de seguridad plantea dificultades en su aplicación, pues es alto el riesgo de que la medida de seguridad acabe resultando más gravosa que la aplicación de una pena e incluso existe el peligro de que lleve a la privación perpetua de libertad. Es por eso que doctrina y legislador se han planteado y se siguen planteando el establecimiento de límites objetivos de cumplimiento.

En el caso de las medidas de seguridad privativas de libertad, aplicables a inimputables y semiimputables, el Legislador español ha acudido al límite máximo que supone el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad que se hubiera impuesto al sujeto de no haber concurrido la causa de inimputabilidad completa o incompleta (arts. 101 y ss. CP). Es loable el objetivo perseguido con esta decisión pero, en aras de la salvaguarda de la seguridad jurídica, se confunden fundamento y fines de medidas de seguridad y penas: es posible que el tiempo así determinado se agote y permanezca la causa de la peligrosidad del sujeto. Por otra parte, tras la reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo, la inclusión de la pena de prisión permanente revisable nos lleva al otro extremo, ya que dicha previsión implica la posibilidad de aplicar una medida de seguridad que suponga la privación de libertad de por vida.

En cuanto a la naturaleza de la medida de seguridad que finalmente se imponga, el modelo adoptado por el Código penal supone que las medidas privativas de libertad queden reservadas para aquellos casos en que al sujeto le hubiera correspondido una pena también privativa de libertad (arts. 101 y ss. CP).

2.4. Tipología de las medidas de seguridad y reinserción social (remisión)

Existen medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad. Entre las primeras, el internamiento en centros médicos o de deshabitación, entre las segundas, el tratamiento ambulatorio o determinadas prohibiciones y obligaciones. De nuevo nos remitimos a la tercera parte del Curso, lección 34, para su tratamiento específico.

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

I. LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL RESTO DE LOS SECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

En la lección anterior se dio una definición del Derecho penal. Sin embargo este tema pretendemos ofrecer los criterios que deben guiar al legislador y al intérprete a la hora de decidir qué ilícitos deben ser considerados delito y tratados por el Derecho penal y cuáles en cambio deben ser asumidos por otras ramas del ordenamiento. Para ello la doctrina ha intentado, desde la Ilustración, ofrecer criterios materiales de distinción, que por lo general han dado escasos frutos.

Esta necesidad de distinguir lo ilícito penal de otras clases de ilícito se hace especialmente patente cuando se trata de dar al legislador pautas para decidir la utilización del Derecho penal u optar en cambio por el Derecho administrativo. Y ello porque de no existir esa distinción se podría bien correr el peligro de acudir en exceso al Derecho penal, criminalizando conductas de escasa gravedad, lo que resultaría injusto por desproporcionado y llevaría además a un colapso de los tribunales penales, o bien, al contrario, caer en la tentación de atribuir a la Administración un excesivo poder sancionatorio, cuando se dejan al Derecho administrativo conductas que merecerían un tratamiento penal.

Existen en la doctrina numerosos intentos de distinción material, cualitativa, de ambas clases de ilícitos, como por ej. el que intenta calificar al delito como «natural *per se*» o «de Derecho natural», mientras que el ilícito administrativo sería «artificial», «creado solo por la voluntad del Estado», o el que reserva la protección de bienes jurídicos al Derecho penal, mientras que los ilícitos administrativos serían meros ilícitos formales, sin verdaderos objetos de protección, etc. Ninguna de estas teorías ha tenido éxito.

En nuestro país algunos autores han desarrollado otros criterios de distinción basados en la finalidad de la norma (criterio teleológico). Mientras el Derecho penal tutelaría el interés general (heterotutela), el Derecho administrativo sancionador se ocuparía de tutelar el interés particular de la Administración

(autotutela). En la línea de estas posturas, por ejemplo, defiende SILVA SANCHEZ que el Derecho penal tiene como finalidad proteger bienes concretos a través de criterios de lesividad o peligrosidad y de imputación individual de un injusto propio; mientras que el Derecho administrativo sancionador trata de ordenar sectores de la actividad. De esta manera, mientras el Derecho penal se ocupa de la lesividad del comportamiento individual, lo relevante para el Derecho administrativo es la lesividad global derivada de la repetición y acumulación de determinadas conductas. Esta diferencia sustancial entre ambos órdenes jurídicos legitimaría, en su opinión, la sanción en el ámbito administrativo del peligro presunto o estadístico (supuestos en que la lesión o peligro del bien jurídico no proviene de la conducta individual, cuya lesividad o peligrosidad es ínfima, sino de la posibilidad de que dicha conducta sea repetida por una gran cantidad de personas, siendo esta repetición de conductas lo que realmente puede resultar lesivo). En cambio nunca está justificada la imposición de una pena por una conducta que represente un peligro meramente estadístico, pues ello supone castigar a alguien por lo que haga o pueda hacer otro (una sanción *ex iniuria tertii* [responsabilidad penal por actos cometidos por otra persona]). También FEIJOO SANCHEZ parte, en contra de lo que aquí defenderemos, de que existe una diferencia cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, ya que cada una de estas ramas del ordenamiento jurídico cumple sus fines preventivos de forma diversa.

En esta obra vamos a seguir la opinión ampliamente mayoritaria en nuestro país, tanto entre los penalistas como entre los administrativistas, de que entre el ilícito penal y el administrativo no hay diferencias cualitativas, sino únicamente cuantitativas, de gravedad. Como ya se dijo, el Derecho penal se ocupa solo de los atentados más graves contra los bienes jurídicos más importantes, debiendo quedar la regulación del resto de ilícitos a otros sectores del ordenamiento.

Este principio no se sigue siempre en España, donde a veces por favorecer la rapidez de la sanción (por la mayor flexibilidad de un sistema con menores garantías) se dota a la Administración de la potestad de imponer para determinadas conductas multas en ocasiones mucho más graves que las que se pueden alcanzar por la vía penal, lo que indicaría que quizás esas conductas deberían ser tratadas como delito y castigadas con penas privativas de libertad. La reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha

eliminado el libro relativo a las faltas, en una decisión sorprendente que rompe de manera radical con nuestra tradición histórica y que además no soluciona el absoluto el problema denunciando. Muy al contrario, aproximadamente dos terceras partes de las conductas anteriormente constitutivas de falta se han convertido en delitos leves o en delitos menos graves, incrementando con carácter general la dureza de la reacción penal contra las mismas. Y ello sin haberse efectuado una selección de las conductas más graves dentro de cada una de las faltas, sino una mera transposición de las mismas.

El legislador ha perdido de nuevo la oportunidad de estudiar más detenidamente el modelo elegido para delimitar lo ilícito penal del resto de ilícitos de otros sectores del ordenamiento jurídico, dejándose llevar en cambio, por criterios economicistas en pro de un supuesto ahorro en los costes, y una pretendida racionalización de la Administración de Justicia, que en realidad no son tales.

Ej. 2.1: Las faltas contra el patrimonio tenían asignada una pena de localización permanente de 4 a 12 días o multa de uno a dos meses (art. 623 CP) y tras la conversión en delitos leves se les asigna por lo general una pena de multa de uno a tres meses (arts. 234, 236, 247, 249 y 253 CP); similar agravación reciben las antiguas faltas de lesiones y de maltrato de obra (antiguo art. 617 CP, hoy 147.2 y 147.3 CP); la antigua falta de amenazas del art. 620 CP que se castigaba con una pena de multa de diez a veinte días pasa a sancionarse con una multa de uno a tres meses (art. 167.7 CP); la expedición de moneda falsa recibida de buena fe por valor inferior a 400 euros se castigaba antes (art. 629 CP) como falta con la pena de localización permanente de dos a 8 días o multa de 20 a 60 días, y ahora se castiga con multa de uno a tres meses (art. 386.3 CP). En otras ocasiones las antiguas faltas se han transformado en infracciones administrativas, como sucede con ciertas alteraciones leves del orden público, las faltas de respeto a la autoridad, el deslucimiento de determinados bienes en la vía pública o dejar sueltos animales peligrosos, recogidas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Las nuevas infracciones pueden también llegar a tener señalada una sanción mayor a la prevista cuando eran faltas. Por ejemplo, la falta de respeto a las autoridades o a sus agentes podía traducirse en una pena de multa mínima de veinte euros (en caso de que la multa durase diez días y su cuota diaria se fijara en dos euros) y una máxima de 28.000 euros, y ahora la multa mínima será en cambio de 100 euros y la máxima de 30.000. Y, por último, encontramos unos pocos supuestos en los

que la conducta ya no se considera ni infracción penal, ni administrativa, sino mero ilícito civil, como es el caso de las antiguas faltas referidas a la infracción del régimen de custodia de los hijos (art. 622 CP).

Por otro lado, con excesiva frecuencia en los últimos tiempos hemos asistido a reformas del Código penal que convierten en delito lo que antes era una mera infracción administrativa. El legislador, quizás incapaz de dar una solución real a determinada problemática acude con frecuencia a la criminalización de conductas, en un uso simbólico del Derecho penal, opuesto a su carácter de ultima ratio y al principio de intervención mínima, lo que ha provocado que la doctrina hable incluso de «populismo punitivo».

Ej. 2.2: Paradigma de esta expansión del Derecho penal en detrimento del Derecho administrativo son algunos delitos contra la seguridad vial, como por ejemplo el contenido en el art. 384 CP que castiga, entre otras conductas, conducir tras la pérdida del permiso o licencia por pérdida de todos los puntos, o conducir sin haber obtenido el permiso o licencia.

El legislador debe tener un especial cuidado al trazar el límite positivo entre uno y otro sector del ordenamiento atendiendo para ello exclusivamente al criterio de gravedad de las infracciones desde el punto de vista material, evitando dejarse llevar por otros criterios de carácter práctico que conllevan disfunciones en el sistema y alteran de forma incomprensible para el ciudadano la valoración que una determinada conducta merece, lo que puede producir o bien un sentimiento de injusticia o una modificación no deseada de la valoración ético-social de dicha conducta.

Además, como hemos afirmado que la diferencia entre ambas clases de ilícito no es material sino cuantitativa, de gravedad, se deberán aplicar al Derecho administrativo sancionador todos los principios fundamentales que rigen en Derecho penal. Algunos de ellos ya han sido consagrados constitucional, legal o jurisprudencialmente, como los principios de legalidad y de irretroactividad de las infracciones y sanciones administrativas, el principio de proporcionalidad (que la gravedad de la sanción guarde relación con la del ilícito cometido) y el principio *ne bis in idem* en Derecho administrativo y entre las sanciones penales y las administrativas y las disciplinarias.

El principio *ne bis in idem* significa que no puede castigarse a alguien dos veces por lo mismo y se aplica no solo al ámbito penal en el que nace, sino a todo orden jurídico sancionador. Este principio tiene una vertiente procesal (derecho a no ser juzgado dos veces por lo mismo o

prohibición de doble proceso) y una vertiente material (derecho a no ser sancionado dos veces por lo mismo), lo que incluye el no recibir una sanción por vía penal y otra por vía administrativa por el mismo hecho.

El principio *ne bis in idem* ha sido reconocido como un derecho fundamental y a pesar de su no mención expresa en la Carta Magna (al menos con carácter general), nuestro Tribunal Constitucional afirma desde antiguo que goza de reconocimiento constitucional.

Ello tanto en su vertiente material (en el marco del art. 25 CE — STC 2/1981—), como en la procesal (en el marco del art. 24 CE, STC 159/1987). El Tribunal Constitucional vincula el derecho a no ser sometido a un doble proceso con la tutela judicial efectiva, la cosa juzgada material, el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, el respeto de las resoluciones y la intangibilidad de las situaciones que las mismas crean, pero también con el derecho de defensa del ciudadano frente al Estado, el derecho a la seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad y el principio de legalidad.

Para la aplicación del principio *ne bis in idem* el Tribunal Constitucional ha establecido unos requisitos. Solo existe *bis in idem* prohibido cuando se castiga el mismo hecho, referido al mismo sujeto y el castigo tiene idéntico fundamento (exigencia de triple identidad). No concurre la identidad de fundamento, según nuestro Tribunal Constitucional, cuando cada una de las sanciones obedece a una perspectiva de defensa social distinta, a la protección de un interés jurídico distinto o de distinto bien jurídico.

Ej. 2.3: Se ha admitido por nuestro TC la compatibilidad de la imposición de la pena de privación del carné de conducir como consecuencia de la comisión de un delito imprudente cometido con vehículo de motor con la intervención de dicho carné prevista como medida en el antiguo código de la circulación, pues mientras la primera era una pena consecuencia de un hecho ilícito, la segunda respondía a la consideración de que el sujeto carecía de los conocimientos o aptitudes para conducir, por lo que en definitiva ambas sanciones respondían a distinto fundamento (ATC 648/1988).

También suelen negar nuestros tribunales la identidad de fundamento cuando el castigo por vía administrativa o por vía disciplinaria se fundamenta en la relación especial de sujeción del individuo con la

administración o la relación de supremacía especial de la administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, recluso, etc...—.

Ej. 2.4: El Tribunal Supremo suele aceptar la compatibilidad de la sanción penal con la sanción administrativa o disciplinaria, por los mismos hechos, aplicada a miembros de la Guardia Civil o de las Fuerzas Armadas, con el argumento de que el interés protegido por una y otra sanción es diferente. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional admitió la compatibilidad de la pena impuesta a un legionario por tráfico de estupefacientes con la sanción administrativa de expulsión de la Legión y denegación de pensión de jubilación, retiro o haberes pasivos por mala conducta. En opinión del tribunal *«con independencia de las consecuencias sancionadoras que se deriven de la comisión de hechos o la omisión de deberes concretos, tipificados como infracciones, el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública, genéricamente descritos como deber de observancia de buena conducta, cuando así lo exija razonablemente el interés público que con ello pretende protegerse. Así ocurre sobre todo en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, cuando aquellas exigencias se vinculen directamente a garantizar la específica disciplina, cohesión interna o respetabilidad pública de las instituciones en que se desenvuelven dichas relaciones»* (STC 114/1987, de 6 de julio de 1987).

Falta sin embargo el reconocimiento en Derecho administrativo sancionador de otros principios esenciales, como el de culpabilidad (no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad).

II. LA LLAMADA NATURALEZA SECUNDARIA DEL DERECHO PENAL

Ante la imposibilidad de distinguir el ilícito penal de otros sectores del ordenamiento jurídico, algunos autores llegaron a afirmar que el Derecho penal no tenía una función valorativa, sino meramente sancionadora de las infracciones de las normas propias de otros sectores del ordenamiento. Sin embargo la doctrina mayoritaria estima que esto no es cierto, ya que en ocasiones se castigan penalmente conductas que no están prohibidas por otras ramas del Derecho, y aun en las veces en que sí lo están, el Derecho penal al elegir cuáles de esos ataques contra bienes jurídicos son los más graves y merecen ser

castigados con pena, está haciendo su propia valoración de los mismos.

III. FUENTES DEL DERECHO PENAL

El sistema general de fuentes del Derecho español se regula en el art. 1 del Código civil, que enumera como tales: la ley, la costumbre, los principios generales del derecho y las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales cuando hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

La jurisprudencia no se considera fuente del Derecho, su función es complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Y a pesar de que la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo sea imprescindible para conocer el Derecho realmente vigente, de su importantísima función unificadora a través de la casación y de que muchas veces incluso ha creado nuevos conceptos jurídicos a través de esa función de complemento e interpretación, lo cierto es que todo ello no acaba por convertirla en fuente del Derecho, pues no hay una obligación jurídica de seguir una determinada interpretación o doctrina, que puede cambiar en cualquier momento.

En relación con las fuentes del Derecho penal en particular, las mismas se van a ver limitadas, como veremos, por el principio de legalidad y por la reserva de ley orgánica que impone el art. 81 CE en todo aquello que se refiera al desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas.

El principio de legalidad impone que solo por ley en sentido formal (lo que incluye las leyes orgánicas, las leyes ordinarias y los decretos legislativos) se pueden tipificar delitos y faltas o estados peligrosos y establecer penas y medidas de seguridad. Además dicha ley deberá ser orgánica cuando se trate de delitos o faltas que por el bien jurídico protegido afecten a un derecho fundamental o libertad pública o prevea consecuencias jurídicas que por su naturaleza afecten a los mismos, como por ejemplo una pena privativa de libertad. Algunos autores afirman que la reserva de ley orgánica debe extenderse a toda infracción y toda consecuencia penal, pues en la aplicación del Derecho penal siempre se ve afectado el derecho fundamental al honor. Otros autores en cambio admiten, en la línea aquí defendida, que por ejemplo un delito contra la propiedad castigado con una pena de multa no exigiría reserva de ley orgánica, por no ser la propiedad (bien jurídico protegido por la figura y afectado por la sanción en este caso) un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha mantenido una

opinión oscilante al respecto.

Lo dicho deja un escaso espacio a otras posibles fuentes en el ámbito penal, pero no las excluye absolutamente. Por lo general esto sucede a través de remisiones a esas otras fuentes que realiza la ley. Así los decretos leyes, que no son ley a efectos del principio de legalidad, o la costumbre, pueden ser fuente del Derecho penal en tanto no creen figuras delictivas o estados peligrosos ni establezcan o agraven penas. Una costumbre podría ser la fuente de una causa de justificación penal. Por ejemplo, si a través de una costumbre se regulase el ejercicio legítimo de un derecho o de un oficio, la costumbre pasaría a integrar dicha causa de justificación convirtiéndose así en fuente del Derecho penal.

Ej. 2.5: Supongamos que existe un derecho de paso, desde tiempo inmemorial, de un vecino por la finca de otro para acceder al mar, y que el paso cruza por las dependencias de una casa habitada, por ejemplo por una terraza comunicada con el interior de la vivienda. Aunque la conducta de entrar en la terraza del vecino sin su consentimiento pudiera integrar el tipo del allanamiento de morada, estaría justificada por el ejercicio legítimo de un derecho de paso de fuente consuetudinaria.

Los principios generales del derecho, dada su posición postergada en el sistema de fuentes (solo rigen en defecto de ley o costumbre) y la vigencia del principio de legalidad, tienen escasa eficacia como fuente directa en Derecho penal, pero juegan un papel fundamental en la interpretación del Derecho y no hay que olvidar su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico.

Respecto del Derecho internacional, su posible papel como fuente del Derecho penal es controvertido. En primer lugar hay que recordar que los tratados internacionales solo tienen vigencia en España una vez publicados en el BOE. Pero aun después de su publicación el tratado no es ley en sentido formal, por lo que no podrá crear por sí mismo figuras delictivas o estados peligrosos o establecer o agravar penas o medidas de seguridad que sean directamente aplicables por los tribunales españoles. Además, lo cierto es que los tratados que establecen figuras delictivas no contienen por lo general la pena aplicable, por lo que tienen que ser incorporados a la legislación interna a través de una ley orgánica que introduzca la figura en nuestro ordenamiento y le asigne una pena. Otra cuestión es la de que en ocasiones una ley penal en blanco (concepto que explicaremos *infra*) puede remitir a un tratado internacional para completar la conducta prohibida.

La costumbre internacional también forma parte del ordenamiento

español y en tal sentido podrá lugar el mismo papel como posible fuente de Derecho penal que dimos a la costumbre en general, no pudiendo por sí misma establecer delitos, ni penas, por la vigencia del principio de legalidad, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo (STS 01/10/2007, ATS 09/07/2015), ni afectar de cualquier otra manera a derechos fundamentales, por la reserva de ley orgánica que impone el art. 81 CE.

IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

El principio de legalidad es uno de los principios fundamentales del Derecho penal moderno. Se define según la fórmula *nullum crimen nulla poena sine previa lege* (no hay delito ni pena sin ley previa) y tiene su origen en la Ilustración. Aunque existen en la historia otros precedentes de regulaciones que intentan preservar la seguridad jurídica, lo cierto es que la primera explicación de un principio de legalidad que aúna ese aspecto material con un fundamento político se debe a BECCARIA en su obra *De los delitos y de las penas*, en la que, influenciado por la teoría del contrato social de Rousseau y la división de poderes de Montesquieu, argumentaba:

«La primera consecuencia de estos principios es que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente».

El principio de legalidad fue introducido en diversas declaraciones de Derechos humanos del siglo XVIII, y a lo largo del siglo XIX se recogió en casi todos los códigos penales europeos y en muchas constituciones. Esta tradición se quebró sin embargo con los regímenes totalitarios del siglo XX y el principio de legalidad desapareció de los códigos penales soviético y nazi.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 11.2 establece: *«Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».* Esta

afirmación, como la contenida en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, redactado en 1955, y en el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, no coinciden exactamente con el principio de legalidad tal y como se entiende en el derecho continental, pues las mismas admiten expresamente otras posibles fuentes del Derecho penal que no sean la ley en sentido formal, lo que por otra parte es comprensible en unos textos que aúnan tradiciones jurídicas distintas, en algunas de las cuales —el *common law*— pervive como fuente un derecho de creación jurisprudencial. El principio de legalidad en el CEDH y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dista por lo tanto bastante del contenido que al mismo atribuyen los ordenamientos jurídicos de los países de *civil law*, pues al prescindir de la exigencia de ley formal se renuncia al contenido de garantía democrática que en países como España se atribuye al principio a través de aquella exigencia. Se puede decir, por tanto, que los textos internacionales han concluido por consagrar un «principio de juridicidad» centrado en garantizar solo los aspectos materiales del principio de legalidad, aquellos que contribuyen a la seguridad jurídica, exigiendo la accesibilidad, irretroactividad y precisión o taxatividad [que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias] de la norma y prohibiendo la analogía.

Por otra parte, tanto el art. 15 del PIDCP [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] como el nº 2 del art. 7 del CEDH contienen una excepción al principio de legalidad, al establecer que la consagración como derecho fundamental de tal principio sin embargo «*no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*». La finalidad de tal excepción era evitar demandas por infracción del principio de legalidad en los juicios de los criminales de guerra y de lesa humanidad celebrados tras la Segunda Guerra Mundial —aunque también se ha aplicado a crímenes de guerra cometidos en otros contextos—. Estas previsiones se configuran como auténticas excepciones —y por lo tanto son cuestionables— al principio de legalidad, pues si bien es cierto que los principios generales del derecho forman parte de las fuentes del Derecho internacional, lo que resulta más que discutible es que dicha fuente sea apta para la tipificación de delitos y la determinación de las penas, al menos con las exigencias de previsibilidad y taxatividad que al principio de legalidad ha atribuido la jurisprudencia del TEDH [Tribunal Europeo de Derechos

Humanos].

V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

El art. 9.3 CE afirma que «*la Constitución garantiza el principio de legalidad*» y el art. 25.1 CE: «*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento*». A pesar de que el precepto habla de «legislación» y no de Ley, el Tribunal Constitucional puso fin a la polémica que la interpretación de dicho término había suscitado en la doctrina, al declarar que el principio de legalidad contenido en la Constitución exige la existencia de una ley en sentido formal, anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. A esta exigencia de ley en sentido formal se la denomina la garantía formal y, además de relacionarse con el principio de jerarquía normativa, responde al fundamento político del principio de legalidad: la libertad del ciudadano solo podrá verse afectada por leyes elaboradas por el Parlamento, que es quien tiene la exclusiva competencia en el establecimiento de los delitos y las penas, garantizando así su origen democrático.

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

- Garantía criminal (*nullum crimen sine previa lege*): no puede considerarse delito una conducta que no haya sido declarada como tal en una ley antes de su realización. Se recoge en el art. 1.1 CP. También se extiende a los estados peligrosos (el presupuesto de la imposición de una medida de seguridad), que no pueden ser declarados si no están previstos en una ley previa, lo que se recoge en el art. 1.2 CP.
- Garantía penal (*nulla poena sine lege previa*): no puede castigarse una infracción penal sino con una pena que haya sido establecida en la ley con carácter previo a su comisión. Está recogida en el art. 2.1 CP. También se extiende a las medidas de seguridad, que no pueden aplicarse a un estado peligroso salvo que hayan sido establecidas en una ley previamente a la declaración de aquel, según dispone el citado artículo
- Garantía jurisdiccional: recogida en el art. 3.1 CP: No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.
- Garantía ejecutiva: recogida en el art. 3.2 CP: Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la

prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan. Dicha ejecución se realizará además bajo control judicial.

Además de esa garantía formal el principio presenta otro aspecto material, dirigido a garantizar la seguridad jurídica y que incluye como subprincipios el de taxatividad (también llamado por el Tribunal Constitucional principio de tipicidad) que significa que las figuras delictivas y los estados peligrosos tiene que ser en su definición lo más precisos posible y las penas y medidas de seguridad no pueden ser descritas mediante marcos excesivamente amplios, la prohibición de la analogía (explicada *infra*) y la irretroactividad de la ley penal desfavorable (que estudiaremos en la próxima lección).

El respeto del principio de legalidad en sus aspectos formal y material presenta numerosos problemas que veremos a continuación.

VI. PROBLEMAS QUE PLANTEA

Es muy difícil conseguir una realización plena del principio de legalidad material, en particular de la garantía de taxatividad, porque el legislador debe elaborar las figuras delictivas a través de un proceso de abstracción, encontrando fórmulas que engloben la rica casuística que la realidad puede presentar. Ello lleva a introducir en los preceptos penales con frecuencia términos amplios y elementos normativos o valorativos, es decir, términos que deberán ser concretados o dotados de contenido por el juez, y que suponen un peligro para la seguridad jurídica. Para conjugar las necesidades de abstracción con las de seguridad jurídica el legislador debe evitar los términos excesivamente vagos y acudir a aquellos elementos valorativos cuya concreción no dependa de una valoración puramente personal del juez, sino que tengan unos límites cognoscibles.

Ej. 2.6: El art. 320.1 CP castiga, junto a otras conductas, a «*la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes*». La «injusticia» del informe es un elemento normativo del tipo (STS 27/09/2004). Para dotarlo de contenido, es decir, para saber cuándo el informe del funcionario es «injusto», el juez tiene que acudir a las normas que regulan los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, etc. Será injusto el informe que no se atenga a dichas normas.

Un campo especialmente propicio para la inseguridad jurídica es el de

los delitos imprudentes, ya que en ellos el juez debe dotar de contenido el elemento normativo del tipo «infracción del cuidado debido», pues el Código penal es incapaz de recoger cuál es ese cuidado debido para cada una de las posibles actividades humanas. Sin embargo, esta inseguridad se paliaría notablemente si la ley suministrara los criterios generales que deben guiar al juez a la hora de averiguar el cuidado debido, y desaparece sin duda en aquellas actividades que se encuentran estrictamente reguladas, existiendo normas de cuidado establecidas de forma expresa por el legislador que señalan el límite entre el riesgo permitido y el no permitido.

Otro elemento normativo a concretar por el juez es, por ejemplo, la posición de garante, que es requisito típico en todos los delitos de comisión por omisión, proporcionando el Código penal (art. 11) solo unas pautas generales para su determinación: la existencia de una específica obligación legal o contractual de actuar o la creación de un riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

También resulta difícil conseguir la plena realización del principio de legalidad en la definición de los estados peligrosos y el establecimiento de las medidas de seguridad, en especial porque la aplicación de las mismas exige que se constate en el sujeto una peligrosidad, y este concepto exige un juicio sobre la probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir, lo que a su vez encierra siempre un cierto margen de error posible. Además, la ley tiene que otorgar al juez la posibilidad de elegir entre distintas medidas la más adecuada para tratar la peligrosidad del sujeto concreto en atención a su estado y circunstancias, lo que de nuevo genera una cierta inseguridad inevitable.

Hasta aquí hemos hablado de los problemas para el cumplimiento de un principio de legalidad material, pero también su vertiente formal plantea problemas de cumplimiento, que luego, además, pueden repercutir en el aspecto material. Uno de los principales lo representan las llamadas leyes penales en blanco. Nos referimos con este nombre a aquellos preceptos penales en los que no se define de manera completa la conducta prohibida bajo amenaza de pena, sino que, por el contrario, el precepto remite para identificar tal conducta a otra norma que puede estar en otro precepto del Código penal, en otra norma con rango de ley distinta al Código penal o, y aquí surgen los problemas, a normativa con rango inferior a la ley, como por ejemplo los reglamentos.

Ej. 2.7: Cuando el art. 334 CP establece que será castigado «*quien contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general: a) cace, pesque, adquiera, posea o destruya especies*

protegidas de fauna silvestre...», queda claro que para conocer la conducta prohibida hay que completar el precepto con lo dispuesto en las leyes y reglamentos que establezcan cuáles son las especies protegidas.

En estos supuestos podría pensarse en una infracción de la garantía criminal del principio de legalidad en su aspecto formal, ya que finalmente la conducta prohibida viene definida en una norma con rango inferior a la ley. Sin embargo, en muchas ocasiones estas remisiones a otras normas son imprescindibles, bien por el carácter cambiante de la materia objeto de regulación, bien porque una regulación detallada en el Código penal sería excesivamente casuística y farragosa. El Tribunal Constitucional ha establecido, por ello, que para que una ley penal en blanco que remite a una fuente distinta de la ley sea considerada conforme al principio constitucional de legalidad tiene que cumplir los siguientes requisitos:

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

VII. APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL: INTERPRETACIÓN Y ANALOGÍA

Como ya dijimos, uno de los subprincipios o garantías incluidos en el principio de legalidad en su vertiente material es la prohibición de la analogía. Tratar este tema nos exige definir la analogía y distinguirla de la interpretación extensiva. Lo primero que debemos señalar, sin embargo, es que no existe un acuerdo doctrinal sobre qué deba entenderse por interpretación extensiva y sus diferencias con la analogía, y que algunos autores identifican ambos conceptos y los consideran por tanto prohibidos siempre que perjudiquen al reo. Aquí vamos a definir la interpretación extensiva, en cambio, como aquella por la cual una norma se aplica a un hecho que, aunque no está claramente comprendido en su tenor literal, sí lo está en su espíritu o voluntad. Es decir, el legislador no ha conseguido en estos casos utilizar el término que comprenda perfectamente el supuesto, pero está claro que la voluntad de la ley es incluirlo, y además la subsunción [inclusión de un concepto en la comprensión de otro] es

posible dentro de alguna de las acepciones que permite la literalidad del precepto.

Ej. 2.8: Hoy en día el delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238 CP) se define en el Código penal como: «*Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: ... Uso de llaves falsas...*». Y el art. 239 CP aclara: «*Se considerarán llaves falsas... Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal... A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar*».

Pero hubo un tiempo en que esta referencia a las tarjetas magnéticas y los mandos a distancia no estaba expresamente prevista en la ley. En aquel tiempo en el que el precepto penal solo hacía referencia a las llaves perdidas o hurtadas, la aplicación del precepto que hicieron los tribunales a quien conseguía acceder a las cosas ajenas utilizando una tarjeta magnética o un mando a distancia que había hurtado al propietario podía entenderse una aplicación de la ley mediante una interpretación extensiva de la misma, pues el término llave en un sentido literal estricto se refiere a un instrumento, comúnmente metálico, que, introducido en una cerradura, permite activar el mecanismo que la abre y la cierra, pero sin duda en una acepción más amplia, que era la querida por la ley, podía incluir cualquier instrumento diseñado para abrir una puerta, aunque no se tenga que introducir necesariamente en una cerradura.

La interpretación extensiva así entendida no es contraria al principio de legalidad, y debe ser admitida, pues la interpretación debe buscar el sentido y voluntad de la ley cuando esta se ha expresado de manera imperfecta en su tenor literal, siempre, claro está, que no se sobrepase el límite de los posibles significados del mismo. Sin embargo, los tribunales, que como hemos señalado han hecho uso a veces de este tipo de interpretación, en otras se han manifestado solemnemente en contra de una interpretación extensiva en contra del reo.

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

Ej. 2.9: El delito de genocidio (art. 607 CP) castiga a quienes realizan determinados actos, «*con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes*». Un juez decide aplicar el delito de genocidio a quien realiza tales actos con la intención de destruir a un grupo político, que no está recogido entre los grupos que enumera el precepto, ni tampoco estaba comprendido en la voluntad del legislador, que intencionadamente los dejó fuera, porque, en opinión del juez, las mismas razones que llevan a considerar genocidio el intento de exterminio de un grupo de los sí mencionados servirían para considerar genocidio el intento de exterminio de un grupo político. En tal caso el juez estaría haciendo una aplicación analógica del precepto en contra del reo.

La analogía desfavorable, *in malam partem*, contraria al reo, está prohibida por contravenir el principio de legalidad. Por ello no es lícita la aplicación de figuras delictivas, estados peligrosos, penas o medidas de seguridad por analogía.

Aunque en nuestro país en ocasiones los tribunales han incurrido en analogía prohibida.

Ej. 2.10: En ocasiones han aplicado medidas de seguridad que están previstas en la ley solo para los sujetos a quienes se les ha apreciado una eximente completa o incompleta del art. 20 CP a sujetos a los que solo se les aplicó una atenuante del art. 21 CP, lo que no está previsto en la ley.

En cambio la analogía *in bonam partem* o favorable al reo no sería contraria al principio de legalidad. A pesar de ello, nuestro Código penal no admite cualquier tipo de analogía favorable al reo en opinión de muchos autores (aunque este es de nuevo un tema discutido). Nuestro Código prevé y admite expresamente las atenuantes por analogía en el art. 21.7. Por el contrario, según una gran parte de la doctrina, el art. 4 CP prohíbe la aplicación de eximentes por analogía cuando dispone que «*las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*» y que «*el Juez o Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la*

infracción y las circunstancias personales del reo». Así, si un juez estimara que concurren en el caso circunstancias que son similares a las previstas en las eximentes que el Código recoge expresamente y que, por lo tanto, las mismas razones que llevaron al legislador a considerar para aquellos supuestos una eximente le asistirían en el caso que analiza para aplicar una eximente por analogía, no podría, sin embargo, aplicar dicha figura, sino que tendría que limitarse a pedir el indulto y la modificación de la ley.

Esta regulación resulta problemática, pues como hemos dicho, en primer lugar una aplicación de eximentes por analogía no infringiría el principio de legalidad por ser favorable al reo, pero además, en ocasiones el Código penal presenta evidentes lagunas que harían necesaria la apreciación de eximentes por analogía.

Ej. 2.11: La eximente de desistimiento, regulada para la tentativa (art. 16 CP), no está prevista para los actos preparatorios, donde tendría sin embargo mucho sentido su aplicación, pero si seguimos la interpretación expuesta no sería posible apreciarla por analogía.

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

I. EFICACIA TEMPORAL DE LAS LEYES PENALES. CONSIDERACIONES GENERALES: PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL

La ley penal está vigente, y por lo tanto despliega eficacia, desde su entrada en vigor hasta su derogación. Antes de que una ley entre en vigor podemos destacar en su «vida» los siguientes momentos: su aprobación por el Parlamento, su promulgación por el Jefe del Estado, su publicación en el BOE y el periodo de *vacatio legis*, que se establece para que, una vez publicada, la ley se conozca. Transcurrido dicho periodo, que dura con carácter general veinte días, salvo que se disponga otra cosa, se produce la entrada en vigor. A partir de ese momento la ley desplegará sus efectos hasta su derogación por otra ley posterior o hasta la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que la declare inconstitucional (no afectando la declaración de inconstitucionalidad a las sentencias recaídas con anterioridad a la misma en aplicación de la ley declarada inconstitucional, salvo que de la nulidad de la ley resultase una disminución de la pena o una exención o limitación de la

responsabilidad).

Es decir, una declaración de inconstitucionalidad de una ley no elimina tampoco retroactivamente los efectos que la ley surtió mientras se la consideraba vigente, salvo que beneficie a aquel a quien se aplicó aquella ley porque al eliminarla resulte exento de responsabilidad o la misma se vea disminuida. Si por ejemplo el Tribunal Constitucional considera que un precepto es inconstitucional porque la pena establecida infringe el principio de proporcionalidad, ya que es excesiva para la conducta para la que está prevista, o porque la criminalización de determinada conducta es contraria a un derecho fundamental protegido en la Constitución, entonces sí se debe revisar en favor del reo la sentencia en la que se aplicó la ley declarada inconstitucional.

Por lo tanto, si la ley despliega sus efectos desde su entrada en vigor hasta su derogación o declaración de inconstitucionalidad, lo normal es que la ley penal se aplique a los hechos cometidos en dicho periodo de tiempo. Sin embargo, como vamos a ver, la ley penal puede tener en ciertos casos un efecto retroactivo, es decir, una ley penal puede excepcionalmente aplicarse a un hecho cometido antes de su entrada en vigor. Pero la regla general es la contraria, la de la irretroactividad. Por otra parte, nuestro Código penal contiene una previsión, que no existe en los códigos de otros países, sobre el momento en el que considerar cometido el delito. El art. 7 dispone: «A los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar».

Por lo tanto entre las distintas opciones posibles:

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

nuestro Código ha optado claramente por el primero, a los solos efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo (por lo que el criterio no es aplicable para otras cuestiones, como por ejemplo el comienzo del plazo de prescripción, para la que se establecen algunas reglas particulares, o el lugar de comisión del delito).

II. RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES. LAS LEYES PENALES INTERMEDIAS Y TEMPORALES

1. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

DESFAVORABLE

1.1 Fundamento y regulación

Como vimos en la lección anterior, el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable es una de las garantías o subprincipios incluidos en el principio de legalidad penal en su vertiente material, y por lo tanto va dirigido a garantizar la seguridad jurídica: los ciudadanos solo podrán guiar su comportamiento conforme a las leyes vigentes y por lo tanto cognoscibles en el momento de actuar. Esta garantía está recogida tanto en la Constitución española, en su art. 25 establece que «*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta... según la legislación vigente en aquel momento*» como en el Código penal español, en sus arts. 1 y 2.1.

1.2. Casos problemáticos

La irretroactividad de las leyes penales desfavorables plantea problemas en algunos supuestos:

1. Así, es preciso dilucidar si esta regla se aplica también a la legislación extrapenal que completa a las leyes penales en blanco.

Ej. 3.1: Por ejemplo, si cambian los listados de las especies protegidas en la leyes y reglamentos que regulan la materia y que vienen a completar la conducta descrita en el art. 334 CP, y ahora se considera protegida una especie que cuando se le dio caza no lo era ¿se puede utilizar la nueva regulación para dotar de contenido el 334 y castigar a aquel cazador o se aplica también aquí la regla de la irretroactividad de la ley penal desfavorable?

La respuesta es que la regulación extrapenal cuando sirve para completar una ley penal queda incorporada a la propia ley penal por lo que le son aplicables las reglas de irretroactividad de la ley penal desfavorable y retroactividad de la ley penal favorable.

En el ejemplo anterior, si cuando el cazador mata al animal el mismo no se consideraba especie protegida no se le podrá juzgar por el art. 334 CP aunque después cambie la calificación del mismo.

Ej. 3.2: Y al contrario, si por ejemplo Juan realiza la conducta recogida como delito en el art. 318 bis del CP ayudando a una persona que no es nacional de un Estado miembro de la Unión

Europea a entrar en territorio español, pero esta situación cambia antes del juicio, porque el Estado en cuestión se integra en la Unión Europea pasando por tanto sus ciudadanos a beneficiarse del derecho de libre circulación de personas, Juan se verá favorecido por la aplicación retroactiva de esta normativa extra penal.

2. La doctrina también discutió si debía regir la regla general de la irretroactividad para las medidas de seguridad y los estados peligrosos, ya que algunos autores argumentaban que no debiendo tener aquellas efectos aflictivos sino curativos, no se las puede considerar perjudiciales, sino beneficiosas para el delincuente, por lo que se debía aplicar siempre la vigente en el momento del juicio, aunque no lo estuviera cuando el sujeto cometió el delito que reveló su peligrosidad. El Código penal español se ha decidido en cambio claramente en su art. 2 por aplicar a las medidas de seguridad y a los estados peligrosos las mismas reglas de irretroactividad de la ley penal desfavorable y retroactividad de la ley penal favorable que a las penas, pues no cabe duda de que aunque tengan un fin curativo suponen una limitación de derechos y libertades del sujeto al que se imponen.

3. Muy discutido es también si las normas que regulan los plazos de prescripción son o no aplicables a hechos cometidos cuando tal norma no estaba vigente. El problema se plantea cuando tras la comisión de un delito que tenía señalado determinado plazo de prescripción y antes de que esta se haya alcanzado, cambia la ley y ese plazo se alarga.

Ej. 3.3: Carlos comete el día 1 de marzo de 2015 la conducta de amenazar de manera leve a Emilio, infracción que en aquel momento tenía señalado un plazo de prescripción de seis meses. El día 1 de julio de 2015, cuando la infracción de Carlos todavía no ha prescrito, entra en vigor una reforma del Código penal que señala para aquella conducta punible un nuevo plazo de prescripción de un año. El 15 de septiembre se inicia el procedimiento contra Carlos. Si se aplicara la ley vigente en ese momento el delito no se consideraría prescrito, pues no habría transcurrido un año desde la comisión de la infracción, pero si se aplicara la ley que estaba en vigor en el momento de la comisión la infracción habría prescrito el 31 de agosto.

La solución a esta cuestión depende de la naturaleza penal o procesal que se otorgue a la norma, y al respecto hay dos opiniones. La doctrina mayoritaria en Alemania y algunos relevantes autores españoles defienden que las normas sobre plazos de prescripción son

normas procesales, su objeto es el proceso, no el delito, por lo que una aplicación en un proceso actual de la norma sobre prescripción vigente hoy no es una aplicación retroactiva. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado por buena esta interpretación. En cambio la doctrina mayoritaria en España, nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 20/02/2007 y de 10/06/2013) y nuestro Tribunal Constitucional (STC 13/03/2006) estiman que la prescripción tiene naturaleza penal y, por lo tanto, la aplicación de un plazo de prescripción más largo vigente en el momento del juicio a un hecho cometido bajo la vigencia de una norma anterior que establecía otro plazo más corto sería una aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable que está prohibida. Desde luego con ninguna de las dos interpretaciones se podría aplicar el nuevo plazo de prescripción si la prescripción ya se había alcanzado durante la vigencia de la ley anterior, antes de que entrara en vigor la nueva ley, pues en tal caso no estaríamos ante un mero problema de aplicación de la ley penal en el tiempo, sino que se estaría «resucitando» una responsabilidad penal legalmente ya extinguida, lo que no es posible en ningún caso.

4. Otro tema discutido es el de la retroactividad de las normas que regulan el régimen de ejecución de las penas. En principio una ley que endureciera el régimen de cumplimiento de una pena debería considerarse irretroactiva. No solo porque como ley restrictiva de derechos es siempre irretroactiva conforme al art. 9 CE, sino porque además se puede argumentar que la forma de cumplimiento de la pena forma parte de la propia definición y contenido de dicha pena y porque además podría defenderse que queda implícita esta prohibición en la garantía de ejecución que proclama el art. 3.2 CP.

La doctrina ha defendido la irretroactividad de las leyes sobre la ejecución de las penas perjudiciales para el reo, y esta parece también la opinión de nuestro Tribunal Supremo. A pesar de ello tenemos en la legislación española algún ejemplo de aplicación retroactiva de reglas perjudiciales sobre el cumplimiento de la pena:

Ej. 3.4: La LO 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, endureció las condiciones y requisitos para acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional, y declaraba en su Disposición Transitoria que algunas de las nuevas disposiciones serían aplicables *«a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena»*, es decir, la propia ley establecía su aplicación retroactiva. El

Tribunal Supremo en su sentencia 748/2006, de 12 de junio, prohibió extender esta aplicación retroactiva a otros supuestos que la misma ley modificaba y que no se mencionaban en la DT [Disposición Transitoria], aplicando por tanto a las normas sobre ejecución penitenciaria el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, mientras que dejaba al Tribunal Constitucional la labor de decidir sobre la constitucionalidad o no de la citada DT.

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

El TEDH distingue entre la definición de la pena y su forma de ejecución, excluyendo este último ámbito de la protección del principio de legalidad (Hogben c. Reino Unido, STEDH 03/03/1986). Sin embargo reconoce que esta distinción no es siempre clara y sí quedan sometidas al principio de legalidad las cuestiones relativas a la ejecución cuando afectan claramente al alcance de la pena (STEDH de 12/02/2008, Kafkaris c. Chipre, Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10/07/2012).

5. Especialmente problemática resulta la aplicación de la ley penal en el tiempo en los casos de delitos compuestos o complejos y continuados y delitos permanentes. En relación con las dos primeras categorías mencionadas el problema surge cuando una de las conductas que conforman el delito se cometió estando vigente la ley antigua y la otra u otras conductas que lo componen se producen cuando ha entrado en vigor la ley nueva. La doctrina y la jurisprudencia se plantean si de ser desfavorable la nueva ley la aplicación de la misma a todo el conjunto, y por tanto también a la parte del delito cometida cuando estaba en vigor una ley más favorable, constituiría una aplicación retroactiva prohibida. Al respecto el Tribunal Supremo (y en el mismo sentido el TEDH) ha establecido que solo si bastan por sí mismos los hechos cometidos tras la entrada en vigor de la nueva ley menos favorable para formar el delito continuado o el delito complejo es posible aplicarla, y en cambio sería obligatorio aplicar la ley anterior más favorable si los hechos cometidos bajo su vigencia son imprescindibles para formar el delito continuado o el delito complejo (STS 21/10/2001).

Ej. 3.5: Un sujeto aprovechando siempre idéntica ocasión va sustrayendo, cada vez que se encuentra solo en el

establecimiento en el que trabaja, objetos del almacén, de manera que a lo largo de varios meses ha hurtado numerosos bienes en doce ocasiones diferentes por un valor en su conjunto de 600 euros. Al sujeto se le podría condenar por un delito continuado de hurto. Ahora imaginemos que la ley cambia durante el curso de esta actividad para aumentar la pena establecida para el delito continuado. Pues bien, según el Tribunal Supremo si los hechos cometidos vigente la nueva ley bastan para afirmar un delito continuado se podrá aplicar esa nueva ley, pero, si por ejemplo solo un hecho sucedió vigente la nueva ley y los otros once ocurrieron vigente la anterior, no se puede aplicar al conjunto el nuevo delito continuado, pues un solo hecho no sirve para conformarlo. Por el contrario, cuando los hechos cometidos bajo la ley posterior más severa sirven ellos mismos por si solos para fundamentar el delito continuado —pongamos por ejemplo que nuestro sujeto hurtó nueve veces bajo la ley más benévola y tres estando ya vigente la posterior más severa— el Tribunal Supremo no admite sumarlos hechos anteriores para atraer el conjunto a la vigencia de la ley anterior más beneficiosa, y castiga así por los hechos realizados bajo la ley posterior despreciando (o considerando absorbidos) los anteriores a la hora de formar el delito continuado (STS 21/02/2000). En nuestro supuesto castigaría por tanto por el delito continuado regulado por la ley posterior más severa sumando para ello solo los tres últimos hechos.

En el caso de los delitos permanentes, nos podemos encontrar que la conducta delictiva se realizó y el delito se consumó vigente una ley anterior, y que tras la consumación el autor no ha realizado ningún acto más, pero ha pervivido la situación antijurídica creada, que es lo que caracteriza a este tipo de delitos, una vez vigente la nueva ley. En estos casos, parecería que el criterio establecido en el art. 7 CP, según el cual, como vimos, el momento de comisión del delito a efectos de aplicación de la ley penal es el de la acción, impediría aplicar al hecho la nueva ley, salvo que fuese más favorable. Sin embargo no es esta la solución que sigue nuestro Tribunal Supremo que entiende que el mantenimiento de la situación antijurídica, por no haberla eliminado el sujeto, durante la vigencia de la nueva ley hace posible la aplicación de esta aun cuando fuera desfavorable para el reo. Es decir, el Tribunal Supremo actúa como si el delito permanente se siguiera cometiendo una vez consumado y no solo, como dice el art. 7, en el momento de la acción.

Ej. 3.6: El Tribunal Supremo castigó a un sujeto que había

almacenado material explosivo en una época en que tal conducta para ser delictiva debía cometerse con la intención de que dicho material fuera empleado con fines delictivos, lo que no se daba en su caso. Para ello le aplicó el nuevo Código penal que eliminaba ese requisito, y por tanto castigaba como delito el almacenamiento de material explosivo con cualquier finalidad, argumentando que se trataba de un delito permanente y al no haber eliminado esa situación antijurídica del almacenamiento ilegal una vez cambió la ley, podía considerarse que el delito seguía cometándose bajo la vigencia de la nueva ley (STS 26/12/2008).

Quizás sería conveniente que el legislador incorporara expresamente al Código penal una regla especial para el delito permanente también en relación al problema de la aplicación de la ley penal en el tiempo y no solo para el inicio del cómputo del plazo de prescripción.

6. Lo que sí está claro es que las reglas que regulan la responsabilidad civil derivada del delito no están sometidas a la regla de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, pues aunque se encuentren contenidas en el Código penal no son Derecho penal sino Derecho civil, por lo que rige para ellas lo que con carácter general dispone el Código civil.

7. Tampoco está comprendida en el principio de legalidad penal español (al contrario que en el europeo según la interpretación del TEDH) la jurisprudencia, al no ser esta, como ya vimos, fuente de Derecho en el sistema de fuentes español (al contrario de lo que ocurre en otros países europeos). A efectos de la posible retroactividad ello significa que un acusado no puede exigir que se le aplique una interpretación jurisprudencial más beneficiosa cuando la jurisprudencia ha cambiado después de cometer él su delito, alegando que la aplicación de la nueva es retroactividad prohibida. Así lo entiende también nuestro Tribunal Supremo que afirma que la prohibición de retroactividad se refiere a la ley penal desfavorable y no a la jurisprudencia.

Sin embargo, al chocar esta interpretación con la del TEDH, lo que acarrea condenas a España, quizás convendría considerar prohibida la aplicación retroactiva de una jurisprudencia contraria al reo, cuando esa nueva jurisprudencia resultaba imprevisible en el momento de comisión de los hechos y afecta al alcance de la pena o a la definición del comportamiento prohibido u

ordenado.

2. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

Como ya hemos anunciado, la regla general de la irretroactividad de la ley penal tiene una excepción: una ley penal puede excepcionalmente aplicarse a un hecho cometido antes de su entrada en vigor cuando esa ley es más favorable para el sujeto al que se aplica que la que le correspondería por estar vigente en el momento de comisión del delito. La Constitución española solo *prohíbe* la retroactividad de la ley penal desfavorable y el Código penal *prevé* expresamente en su art. 2 la retroactividad de la ley penal favorable.

2.1. Fundamento

El motivo para la excepción que supone la retroactividad de la ley penal favorable puede verse en razones de justicia y de coherencia del ordenamiento jurídico. Así, se argumenta que si las valoraciones jurídicas han cambiado no tiene sentido seguir aplicando la ley antigua desfavorable que responde a unas valoraciones superadas. También se puede argumentar la falta de necesidad, utilidad o interés en seguir aplicando aquella ley ya derogada. Pero sobre todo lo que fundamenta la posibilidad de tal excepción es que el motivo que impide la aplicación retroactiva de la ley desfavorable, la seguridad jurídica, no concurre ya cuando la ley aplicada retroactivamente es favorable al sujeto.

2.2. Ámbito de aplicación

Nuestro Código penal establece la retroactividad de las leyes penales favorables de una manera muy generosa, pues frente a lo que suele ser usual en otros países, tal aplicación retroactiva no solo es posible cuando la ley cambia después de cometerse el hecho y antes de que se dicte sentencia, sino incluso aunque al entrar en vigor la nueva ley hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En tales casos, por tanto, debe revisarse la condena.

El mismo efecto tiene, como ya vimos, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto penal que tuviera como efecto una exclusión de responsabilidad o una disminución de la misma o una reducción por otros motivos de la pena: debe revisarse la condena.

Pero además, si una sentencia ya se ha cumplido, la nueva ley tiene aún un cierto efecto retroactivo, pues en aquellos casos en que viene a

despenalizar una conducta, los antecedentes por el delito ahora despenalizado no se tendrán en cuenta para la apreciación de la agravante de reincidencia.

2.3. Problemas de determinación de la ley más favorable

Cuando la nueva ley despenaliza una conducta, incluye eximentes o atenuantes aplicables al caso o disminuye las penas es fácil afirmar que estamos ante una ley penal favorable para el reo. Pero en otras ocasiones la cuestión puede no ser tan sencilla.

En primer lugar hay que tener presente que para comparar las leyes hay que fijarse en la pena concreta que resultaría de aplicar uno y otro texto legal completo, no pudiendo tomarse los preceptos del Código penal derogado y los del nuevo que más nos convengan, pues ello supondría la creación de una tercera ley, que no es la que ha promulgado el legislador.

Ej. 3.7: Por ejemplo, el nuevo Código penal de 1995 rebajó por lo general todas las penas respecto del código anterior, simplemente por el hecho de que a la vez eliminaba el beneficio penitenciario de redención de penas por el trabajo. Por lo tanto un juez no podría imponer la nueva pena más baja del nuevo Código penal y a la vez aplicarle al sujeto el beneficio penitenciario previsto en el código anterior y ahora eliminado. Así lo dispone expresamente la Disposición Transitoria Segunda del CP de 1995. A pesar de ello el Tribunal Supremo ha permitido que reclusos que empezaron a cumplir condena según el Código penal anterior y decidieron acogerse al nuevo por ser la pena menor, se hayan descontado de la nueva pena también la parte redimida por el trabajo realizado hasta el cambio, lo que no deja de ser una combinación de ambos códigos penales, y por tanto una aplicación incorrecta del principio de retroactividad de la ley penal favorable.

Pero aun con todo, puede haber casos en que no quede claro cuál es la ley más favorable, por ejemplo cuando las penas previstas en uno y otro texto son de distinta naturaleza. En principio parece que una pena privativa de libertad es más severa que una pena privativa de derechos. Pero para un sujeto en particular puede resultar más gravoso que le inhabiliten profesionalmente que ser condenado a una pena privativa de libertad de escasa duración cuya ejecución además le puede ser suspendida. Por ello el Código penal establece que en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo, aunque su opinión no es vinculante para el juez, que es quien decide en última instancia.

Un caso especialmente discutido es el del cambio de las cuantías que marcaban anteriormente la diferencia entre el delito y la falta y ahora entre delitos graves o menos graves y delitos leves, por ejemplo en los delitos contra la propiedad, o que señalan la diferencia entre el delito y la infracción administrativa, como sucede en el delito fiscal. Así, cuando se hurta un bien con un valor inferior a determinada cantidad se considera delito leve, castigado con una pena mucho menor, y a partir de esa cantidad pasa a ser delito menos grave. Pues bien, a veces ocurre que estas cantidades se han actualizado simplemente por la devaluación de la moneda, pero sin que esos cambios legislativos respondan a un cambio de valoración de la conducta por parte del legislador, sino a una mera actualización al valor del dinero. Por ello, y al contrario de lo que históricamente han venido haciendo los tribunales, en estos casos no debería aplicarse retroactivamente la nueva ley, que bien despenaliza la conducta, al convertir en infracción administrativa lo que antes era infracción penal, o bien convierte lo que en su tiempo era delito en falta, o, con la legislación vigente, lo que es delito menos grave en delito leve, reduciendo la pena.

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

Una ley intermedia es aquella que no estaba vigente en el momento de comisión de los hechos, lo estuvo después, pero dejó de estarlo antes de la celebración del juicio. En realidad dicha ley no guarda ningún punto de conexión con el delito y por tanto no debería aplicarse en ningún caso. Sin embargo, muchos autores y el Tribunal Supremo en algunas sentencias han considerado aplicable la ley intermedia si era más beneficiosa para el reo que las vigentes en el momento de comisión del hecho y de celebración del juicio, argumentando que si la justicia funcionase con mayor celeridad el sujeto se habría podido beneficiar de esa ley intermedia, al haber sido juzgado cuando estaba aún vigente (SSTS 08/02/2002, 04/11/2008, y 16/10/2009).

En cambio las leyes temporales son aquellas que tienen limitada su vigencia a una determinada situación o a la concurrencia de ciertas circunstancias, por ejemplo las leyes promulgadas en situaciones de excepción o de alarma. Estas leyes pueden crear delitos o elevar penas para hacer frente a los graves problemas que concurren en esas especiales situaciones, en las que por ejemplo puede ser más fácil y tener consecuencias más graves la comisión de ciertos delitos y una vez que las mismas cesan son derogadas. Si una vez derogada se pudiera aplicar al sujeto la nueva ley más favorable la ley temporal

perdería toda su eficacia. Por ello el art. 2.2 CP establece que las leyes temporales se aplicarán siempre a los hechos cometidos bajo su vigencia, no pudiendo aplicarse a los mismos retroactivamente una ley posterior más favorable (salvo que expresamente se disponga lo contrario).

LECCIÓN 4. LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO, COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

I. LA LEY PENAL EN EL ESPACIO. CUESTIONES GENERALES Y PRINCIPIOS DE APLICACIÓN

Igual que en el tiempo, la ley penal tiene una eficacia limitada en el espacio. Como los tribunales penales españoles solo pueden aplicar Derecho penal español, el problema de la eficacia de la ley penal en el espacio está íntimamente ligado al de la existencia de jurisdicción.

La materia se encuentra regulada en el art. 8 CC y en el art. 23 LOPJ junto con algún otro precepto. Así el art. 8 CC dispone: «*Las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*» consagrando el principio básico de aplicación de la ley penal en el espacio: el principio de territorialidad. Pero el art. 23 LOPJ añade a este principio básico otros complementarios para evitar posibles situaciones de impunidad que pudieran darse, por ejemplo, por la negativa a extraditar a un nacional que cometió un delito en otro Estado, por la necesidad de proteger de una forma reforzada determinados intereses estatales aun cuando se les ataque en el extranjero, o por la incapacidad o falta de interés de un determinado Estado en perseguir ciertos delitos que nos afectan a todos. Esos principios complementarios son el de personalidad activa, el de protección de intereses, el de jurisdicción universal, el de personalidad pasiva y el de justicia supletoria.

1. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

1.1. Contenido y fundamento

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

Su fundamento radica en la idea de soberanía estatal que se extiende

a todo el territorio nacional, de manera que el Estado ejerce sobre el mismo todas sus potestades y entre ellas, por su puesto, el *ius puniendi*. Además la aplicación territorial de la ley penal guarda relación con sus propios fines: si el Derecho penal tiene la función de garantizar el orden social a través de la prevención de delitos, su aplicación en el ámbito de una determinada sociedad no puede distinguir según la nacionalidad del autor. Es más, el castigo en el lugar de comisión del delito es el más efectivo de cara al efecto preventivo general de la pena, pues es la sociedad que ha vivido el delito la que recibe el mensaje, que la pena trasmite, de que aquello no debe ser. Por otra parte, también razones prácticas desde el punto de vista procesal recomiendan que éste sea el principio básico y preferible de aplicación de la ley penal, pues donde se cometió el delito es donde mejor se puede realizar la investigación, recoger las pruebas y juzgar al delincuente.

Este principio se recoge en el art. 23.1 LOPJ cuando establece: «*En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte*».

La citada regulación nos lleva a otro tema, fundamental para la aplicación de este principio:

1.2. El concepto jurídico de territorio

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

- La superficie terrestre comprendida en el interior de las fronteras del Estado. Esto incluye los edificios de las embajadas y consulados extranjeros en nuestro país, frente a la creencia popular contraria (lo que ocurre es que tanto las sedes, como determinado personal de las mismas gozan de ciertos privilegios procesales y personales, como por ejemplo que la policía no pueda entrar sin permiso del embajador o del ministerio de justicia, o las inmunidades de diplomáticos extranjeros que se prevén en algunos tratados internacionales).
- Las aguas interiores, comprendidas dentro de las fronteras.
- El mar territorial: la columna de agua, lecho, subsuelo y recursos comprendidos en las 12 millas náuticas adyacentes a las costas españolas.
- El espacio aéreo: el que se extiende sobre la superficie terrestre española y sobre el mar territorial (a las aeronaves extranjeras se les aplica la ley española cuando entren en el espacio aéreo español [art. 7 Ley sobre navegación aérea]).
- Los buques y aeronaves españolas, entendidas por tales las que

tengan pabellón español, es decir, que se encuentran matriculadas en España, se consideran en principio sometidas a la ley penal española, como establece el art. 23.1 LOPJ. Si el barco se encuentra en aguas internacionales o la aeronave en espacio aéreo libre no se plantea ningún problema. Sin embargo este principio puede colisionar a veces con las normas de otro país, cuando el barco español se encuentre por ejemplo en aguas de otro Estado, o la aeronave española sobrevuele el espacio aéreo de otro Estado. En tales casos habrá que estar a lo que diga la legislación de ese otro Estado y puede suceder que España ceda su jurisdicción en favor de ese país (art. 6 Ley sobre navegación aérea). Salvo cuando se trate de barcos o aeronaves militares u oficiales, que se consideran siempre territorio español con independencia de donde se encuentren. La cuestión se encuentra regulada también en tratados internacionales como la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (art. 27 ss.).

- Las naves y artefactos espaciales también se rigen por el principio del pabellón, es decir, se aplicará la ley española a los delitos cometidos a bordo si la nave está matriculada en España.
- En cambio, el espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes **no** están sometidos a la soberanía de ningún Estado, según dispone un tratado internacional de Naciones Unidas de 1966.

1.3. Lugar de comisión del delito

Además del concepto jurídico de territorio, para la aplicación del principio de territorialidad resulta esencial conocer el lugar donde se ha cometido el delito, lo que no resulta siempre obvio. Especialmente problemáticos son los casos en que la acción se realiza en un determinado territorio pero el resultado del delito se produce en otro territorio distinto (delitos a distancia).

Ej. 4.1: Alguien desde el lado francés de la frontera franco-española, con una arma telescópica dispara y mata a una persona que se encuentra al otro lado, en territorio español. O alguien desde España escribe y envía un e-mail injurioso a una persona que vive en Marruecos. ¿Se puede afirmar en todos estos casos que el delito se ha cometido en España y que por ello le es aplicable la ley española?

La cuestión a pesar de su importancia no se encuentra expresamente regulada en el ordenamiento español, y la doctrina ha diseñado varias teorías:

- Según la teoría de la actividad el delito se entiende cometido en

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

Esta última parece la teoría preferible porque evita las posibles lagunas de punibilidad que cualquiera de las otras dos puede generar.

Por lo tanto, siguiendo la teoría de la ubicuidad, los tribunales españoles podrían juzgar al autor en aplicación de la ley española en cualquiera de los dos ejemplos que pusimos más arriba.

2. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVA

2.1. Contenido y fundamento

Según este principio, la ley penal española se puede aplicar a los delitos cometidos por los ciudadanos españoles en el extranjero. Aunque históricamente se le atribuyó un fundamento político: el ciudadano debía ser fiel a sus leyes aunque se encontrara en el extranjero, hoy este fundamento se rechaza y el principio se mantiene como complementario al de territorialidad para evitar la impunidad que genera la regla muy extendida de no extraditar a los nacionales.

Ej. 4.2: Así, si un ciudadano español cometiera un delito en otro país, y luego se refugiara en España, la falta de un acuerdo de extradición entre ambos países o, incluso existiendo ese acuerdo, la incorporación al mismo de la regla de no extradición de los nacionales haría que el delincuente quedara impune si no existiera este principio de personalidad que permite castigar al sujeto en España por lo realizado en ese otro país, en aplicación de la ley española.

2.2. Requisitos legales para su aplicación

Este principio está recogido en el art. 23.2 LOPJ, que exige para su aplicación:

1. Que los hechos estén previstos en las leyes penales españolas como delito.
2. Que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho.
3. Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución (principio de

doble incriminación), salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

4. Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles.
5. Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena (*ne bis in idem*). Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. EL PRINCIPIO REAL O DE PROTECCIÓN DE INTERESES

3.1. Contenido y fundamento

Según este principio la ley española se extiende a determinados delitos aunque se cometan en el extranjero y con independencia de la nacionalidad del autor. El fundamento de este complemento al principio de territorialidad radica precisamente en la naturaleza de esos delitos a los que se extiende, pues son delitos que protegen determinados bienes jurídicos que constituyen intereses del Estado, y que pueden no verse tan bien protegidos por la legislación extranjera.

3.2. Regulación española

Este principio está recogido en el art. 23.3 LOPJ.

3.2.1. Listado de delitos a los que se extiende

Aquellos que sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición [**Sedición** es un término para referirse a conductas que puedan ser estimadas por la autoridad legal como motivo de insurrección en contra del orden constitucional establecido, ya sea la exposición de discursos, el desarrollo de organizaciones, la escritura y distribución de textos u otras acciones. La sedición con frecuencia incluye la subversión de la Constitución y la incitación de descontento o resistencia a la autoridad legal. La sedición incluye cualquier conmoción y generalmente se presenta asistida por violencia directa en contra de la ley.].
- d) Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del sello del Estado,

- de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
 - f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
 - g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
 - h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
 - i) Los relativos al control de cambios.

3.2.2. Requisitos legales

1. Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.
2. Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles.

Ej. 4.3: Daniel, de nacionalidad uruguaya, intenta asesinar al rey de España cuando este visita Argentina en viaje oficial y tras fallar el tiro, huye del país. El Ministerio Fiscal español interpone querrela y se dicta una orden internacional de busca y captura contra Daniel, que es apresado días después en Chile. Los tribunales españoles serían competentes para enjuiciar el hecho por el principio de protección de intereses.

4. PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

4.1. Contenido y fundamento

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

4.2. Regulación española

El principio de jurisdicción universal venía regulado de una manera muy amplia en nuestro ordenamiento, recogándose un principio de Justicia universal absoluto e incondicionado, que permitía iniciar procesos contra los responsables de determinados delitos por la

naturaleza de los mismos, con independencia del lugar de comisión, de la nacionalidad del autor o de la víctima y sin necesidad de que el acusado se encontrara en España, pudiéndose iniciar la fase de instrucción y solicitar la extradición o dictar órdenes internacionales de busca y captura de los acusados (STC 26/09/2005). Sin embargo, desde el año 2009 el principio ha sido reformado en varias ocasiones para incluir limitaciones al mismo, con la pretensión de evitar, de esta manera, los conflictos diplomáticos que su ejercicio había ocasionado. La actual regulación, operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, supone la desnaturalización de este principio en el ordenamiento español, convirtiendo el art. 23.4 LOPJ en un cajón de sastre, farragoso, de pésima técnica legislativa y peor redacción, que extiende la jurisdicción española a determinados supuestos en los que se combinan elementos de aquel principio (en particular la naturaleza internacional o transnacional de determinados delitos) con requisitos más propios del principio de personalidad pasiva, del de protección de intereses o del de Justicia supletoria. En definitiva, quedan en este precepto pocos supuestos que podamos reconducir a un principio de jurisdicción universal propiamente dicho, que en todo caso no es ya absoluto, sino condicionado a que se den determinados requisitos.

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 22 de julio de 2015, ha acordado admitir a trámite un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal. Por lo tanto no es descartable que el precepto sufra nuevas modificaciones en un futuro.

4.2.1. Delitos a los que se extiende

Según el art. 23.4 LOPJ la jurisdicción de los tribunales españoles se extiende, con independencia del lugar de comisión y la nacionalidad del autor, pero sometida a diversos requisitos o condiciones que varían en cada caso, sobre los hechos susceptibles de tipificarse, según la ley española como genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, entre otros. Además de preverse innecesaria y reiterativamente para estos delitos el principio de personalidad activa, se añade una especie de extensión del mismo al declarar la competencia de los tribunales españoles sobre los citados delitos cuando el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España y se incluye la cláusula *aut dedere aut punire* [extraditar o castigar], que explicaremos *infra*, introduciendo así lo que podríamos denominar un principio de justicia universal supletorio al atribuir a la jurisdicción

española el conocimiento de las causas por estos delitos contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

El art. 23.4 LOPJ otorga además la jurisdicción a los tribunales españoles sobre *«cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos»*.

La regulación anterior contenía una cláusula de salvaguarda similar. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia internacional admiten que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 imponen, y no solo facultan, la persecución universal de aquellas conductas que califican como «infracciones graves» (crímenes de guerra), cometidas en un conflicto armado internacional, lo que llevó a la doctrina ampliamente mayoritaria a afirmar que, a través de la cláusula de salvaguarda de los tratados, el art. 23.4, atribuía la jurisdicción a nuestros tribunales sobre dichas conductas y así lo reconoció también el Tribunal Supremo (STS 7627/2006, de 11 de diciembre de 2006, FJ 7 y 12, caso Couso) y la Audiencia Nacional, (AJCI nº 4 de 4 de mayo de 2009 —caso Gaza—y AAN, 9 de julio del 2009, en el que admitió la subsunción en la cláusula mencionada pero archivó por existir una investigación judicial por los mismos hechos en Israel AJCI nº 5 de 27 de abril del 2009 —caso Guantánamo—, AAN 23 de marzo del 2012 —caso asesores de Bush—, en el que la Sala igualmente admitió la subsunción pero decidió el archivo por la prioridad de la jurisdicción del *locus delicti* [el lugar donde se cometió un crimen]). Con la actual redacción una parte de la doctrina ha interpretado que el 23.4.a) LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles sobre los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado interno, con la condición de que concurra alguno de los vínculos exigidos en dicho precepto. En cambio el apartado **p)** otorgar la la competencia universal y absoluta, sin necesidad de constatar vínculos ulteriores, sobre los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales. Sin embargo, no ha sido esta la interpretación del Tribunal Supremo del nuevo precepto. El mismo, contradiciendo su propia jurisprudencia anterior, afirma que *«ni el Derecho Internacional Convencional ni el Consuetudinario imponen un modelo de Jurisdicción Universal absoluto o «in absentia» [«en la ausencia de» o en rebeldía], como el acogido en la primera versión del art. 23.4 de la LOPJ»* y

que «el apartado **p)** del art. 23.4 de la LOPJ, no es aplicable a los delitos a que se refiere el apartado a) del mismo precepto, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra», a lo que añade que «la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema obligatorio de Jurisdicción Universal, en el sentido de imponer a cualquier país firmante la carga de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y de su nacionalidad. Pero esta Jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de iniciar investigaciones «in absentia», es decir, de buscar a los responsables fuera de su territorio y de reclamarlos allí donde estén» (STS 296/2015, 6 de Mayo de 2015 y STS 2554/2015, de 8 de mayo de 2015). Sin embargo, si revisamos los artículos de los Convenios citados anteriormente, en contra de lo que el Tribunal Supremo afirma, ninguno de ellos limita la obligación de búsqueda y comparecencia para el posterior enjuiciamiento o entrega a los delincuentes que se oculten en el territorio propio. La decisión que se ha tomado en este asunto parece contradictoria además con la voluntarista interpretación adoptada para resolver otro de los graves problemas que genera la nueva regulación: el del apresamiento de narcotraficantes extranjeros en alta mar que no se dirigen a cometer el delito en España. En estos casos el Tribunal Supremo dictamina que la jurisdicción sobre el tráfico de drogas se establece de tres maneras diferentes en el art. 23.4 LOPJ, y afirma que el apartado **d)** reconoce la jurisdicción para apresar barcos en alta mar que lleven droga, siempre que los tratados internacionales otorguen competencia para el apresamiento (STS 24/07/2014). Sin embargo los convenios internacionales en la materia no obligan (al contrario que los Convenios de Ginebra) sino que solo le facultan para asumir la jurisdicción, por lo que parece que si el Estado hubiese querido hacer uso de esa facultad debería haberla regulado expresamente.

El art. 23.4 LOPJ contiene además otras referencias expresas a ciertos tratados internacionales por las que llegamos igualmente a una justicia universal supletoria a través de las cláusulas *aut dedere aut iudicare* [o extraditar o juzgar] que los mismos contienen. Así sucede, por ejemplo, respecto de los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988.

El precepto contiene además otros supuestos que en realidad recogen el principio de personalidad pasiva, y que veremos en el apartado siguiente, junto con otros muchos de difícil clasificación. Algunos se acercan más bien a un principio de protección de intereses, pero sorprendentemente se han incluido aquí con determinados requisitos especiales en lugar de en el nº 3 del art. 23 LOPJ. Así nos encontramos por ejemplo la asunción de la jurisdicción sobre delitos de terrorismo cometidos para influir ilícitamente en una autoridad española, contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; contra un buque o aeronave con pabellón español o contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados; delitos de apoderamiento ilícito de aeronaves cometidos contra aeronave española; con la asunción de la jurisdicción sobre los delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cuando se lleven a cabo con miras a su comisión en territorio español y sobre los delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal con miras a la comisión en España de un delito. Otros parecen una extensión del principio de personalidad activa, por ejemplo cuando se otorga la jurisdicción sobre ciertos delitos (terrorismo, violencia doméstica, trata de seres humanos, falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales) cometidos en el extranjero por no nacionales residentes habituales en España, o cuando la jurisdicción se atribuye por verse implicada en el hecho una sociedad o empresa española, como sucede con el delito de trata de seres humanos, siempre que el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

También fuera de la LOPJ, en el Código penal, podemos encontrar preceptos que establecen la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud del principio de Justicia universal, como sucede por ejemplo respecto del delito de blanqueo de capitales (por lo dispuesto en el art. 301.4 del CP).

4.2.2. Requisitos legales

En relación con los delitos para los que el art. 23.4 LOPJ extiende la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud del principio de justicia universal se exigen los siguientes requisitos:

1. Los vínculos ya mencionados.
2. Interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal. Se elimina así la acción popular que tan utilizada había sido en este ámbito.
3. Que no se haya iniciado un procedimiento para la investigación y enjuiciamiento de los hechos en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
4. Que no se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a quien se impute su comisión (es decir, se concede preferencia a los principios de territorialidad y personalidad activa), salvo que la extradición a dicho país no fuera autorizada. Este requisito no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, lo que será valorado por la Sala 2ª del Tribunal Supremo teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, y la existencia, el estado y normal funcionamiento de la Administración de Justicia del país.
5. Por último debe completarse este precepto con lo dispuesto en el art. 7 de la Ley de Cooperación con la Corte penal internacional (CPI según el cual, en caso de cometerse fuera de territorio español uno de los delitos de competencia de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión) y no ser el presunto responsable nacional español, España cedería la competencia a la Corte renunciando por tanto a ejercer sobre tal delito la jurisdicción universal.

Art. 7.2.: *«Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte; que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.*

3. *No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de*

la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes».

Ej. 4.4: Mahdi, de nacionalidad libia, tras haber cometido numerosos crímenes contra civiles durante su participación como miliciano en el conflicto bélico que tiene lugar en Siria desde 2011, huye del país y en 2013 se refugia bajo una identidad falsa en Marbella, donde es reconocido por una de las víctimas de sus delitos, Asma, que goza del estatus de refugiada en España, e interpone la correspondiente querrela contra Mahdi por la comisión de delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado. Tras recibir una solicitud de extradición del gobierno sirio la misma es rechazada por existir un alto riesgo de que Mahdi pueda ser condenado a muerte y no dar el Estado requirente garantía de no será ejecutado. Mahdi puede ser juzgado en España conforme al principio de jurisdicción universal.

5. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA (O DE PROTECCIÓN DE LOS NACIONALES)

5.1. Contenido y fundamento

Según este principio la ley penal nacional se aplica cuando la víctima del delito es un nacional, aunque el delito se haya cometido en el extranjero y el presunto autor sea extranjero. Este criterio es criticado por ser muestra de un rabioso nacionalismo, por poner en duda la imparcialidad del juicio y por mostrar una desconfianza hacia los sistemas jurídicos de otros países.

5.2. Regulación española

En nuestro ordenamiento, aunque no se recoge con carácter general para la comisión de cualquier delito contra un español, este principio sí se ha introducido por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en la regulación del art. 23.4 LOPJ para determinados delitos, aunque limitado por ulteriores exigencias.

5.2.1. Delitos a los que se extiende

Aquellos que sean susceptibles de tipificarse según la ley española como:

- a) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal.
- b) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención

internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 (hay que señalar que este delito no está tipificado como tal en nuestro Código penal, sino solo como una modalidad dentro de los crímenes contra la humanidad, lo que pone de manifiesto, una vez más, la deficiente técnica legislativa de este precepto y que generará problemas interpretativos).

- c) Terrorismo.
- d) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (de nuevo no hay ningún delito en nuestro Código penal con estos *nomina iuris*, lo que generará problemas de interpretación).
- e) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores.
- f) Delitos de falsificación de productos médicos y contra la salud pública.

5.2.2. Requisitos legales

1. Que la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos (salvo para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores, y delitos del «violencia contra las mujeres» y «violencia doméstica», para los que basta con la residencia habitual).
2. Y, de manera acumulativa, que la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español (excepto para terrorismo, delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores, y delitos de falsificación de productos médicos y contra la salud pública).
3. Interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal. Se elimina aquí también la acción popular.
4. Que no se haya iniciado un procedimiento para la investigación y enjuiciamiento de los hechos en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
5. Que no se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a quien se impute su comisión (es decir, se concede preferencia a los principios de territorialidad y personalidad activa), salvo que la extradición a dicho país no fuera autorizada. Este requisito no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, lo que será valorado por la Sala 2ª del Tribunal Supremo teniendo en cuenta los principios de un

proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, y la existencia, el estado y normal funcionamiento de la Administración de Justicia del país.

Ej. 4.5.: Fátima y Luis, de nacionalidad española, son víctimas de un atentado terrorista, cometido por la milicia Al-Shabab, cuando se hallaban trabajando como corresponsales de prensa en Somalia. Como consecuencia de la explosión de la bomba colocada al paso de su autocar, Fátima pierde la visión de un ojo y Luis la pierna izquierda. Al regresar a España interponen una querrela contra Ali, uno de los líderes de la organización e inductor del atentado según él mismo reivindica en un vídeo subido a Internet. En Somalia no se persiguen los hechos pues se trata de un Estado fallido con una administración de justicia prácticamente inexistente. Ali podría ser juzgado en España conforme a la nueva regulación del art. 23.4 que combina rasgos de la justicia universal y el principio de personalidad pasiva.

6. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA

Este principio se prevé en algunos países para extender la propia ley penal y por lo tanto su jurisdicción a casos en los que no es aplicable ninguno de los principios anteriores, y en los que no existe ningún punto de conexión con el delito, con el fin de evitar la impunidad, bien porque el delito se cometió en un territorio no sometido a la soberanía de ningún Estado, o bien porque teniendo en su poder al delincuente no es posible la extradición del mismo al país competente para juzgarlo. No está previsto de forma expresa en la legislación española, aunque puede resultar aplicable por lo dispuesto en algunos tratados.

7. LA CLÁUSULA *AUT DEDERE AUT IUDICARE*

Algunos convenios internacionales recogen una cláusula por la que se obliga a un Estado bien a extraditar siempre al sujeto acusado de ciertos delitos, o bien, si no le extradita, a juzgarlo por el delito en cuestión. Esta cláusula se conoce como el principio *aut dedere aut iudicare* (o entregar o juzgar) y ha sido confundida con frecuencia en la doctrina y en la jurisprudencia con el principio de jurisdicción universal, o identificado por algún autor con el principio de justicia supletoria. Pero en realidad no se trata de un principio de aplicación de la ley en el espacio o de determinación de la jurisdicción, sino de una cláusula de cooperación internacional destinada a evitar la impunidad cuando por algún motivo (normalmente relacionado con las leyes y los tratados de extradición) se niega la extradición de un delincuente. Pero

la cláusula no determina cuál es el fundamento de la jurisdicción del Estado que debe perseguir porque no ha extraditado, sino que dicho fundamento podrá ser el principio de personalidad activa, o pasiva, el de protección de intereses, el de jurisdicción universal o simplemente el de justicia supletoria, dependiendo de la naturaleza del delito y demás requisitos.

La reciente reforma del artículo 23.4 LOPJ ha introducido expresamente en nuestra legislación la cláusula *aut dedere aut iudicare*, otorgando la jurisdicción a los tribunales españoles sobre los delitos mencionados en dicho apartado, cometidos fuera del territorio nacional, por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un tratado vigente para España. Sin embargo la cláusula es más restrictiva que los propios tratados a los que remite, dado que en ocasiones estos no exigen que se haya denegado la extradición para que surja la obligación de juzgar, bastando por ejemplo con que el otro Estado ni siquiera la haya solicitado.

Ej. 4.6.: La Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, establece en su art. 9.2 «*Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido*». Así mismo, el art. 5.2 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, obliga a los Estados a establecer su jurisdicción cuando el sujeto se encuentra en su territorio y no es extraditado, sin necesidad de que ello se deba a que haya recibido una solicitud y la haya denegado.

II. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERESTATAL

Además de la aplicación territorial y extraterritorial de la propia ley penal, los Estados han desarrollado diversos mecanismos de cooperación internacional para facilitar el enjuiciamiento de delitos. El más importante es la extradición. Pero además, en diversos ámbitos regionales se han desarrollado instrumentos particulares. Especial atención merecen los mecanismos de cooperación de la Unión

Europea, y entre ellos la «euro-orden».

1. LA EXTRADICIÓN

La extradición es una forma de cooperación o entreayuda judicial internacional consistente en la entrega de un sujeto por parte del Estado en cuyo territorio se ha refugiado a aquel que lo reclama para juzgarle o para ejecutar la pena o la medida de seguridad impuesta. La extradición suele venir regulada en tratados internacionales y en las leyes internas.

Llamamos Estado requirente al que solicita la entrega del delincuente y Estado requerido a aquel que lo tiene y se pretende que lo entregue. Extradición activa es la solicitud de entrega que hace el Estado requirente y extradición pasiva es la entrega del delincuente que hace el Estado requerido. Según los órganos que intervengan en la extradición la denominamos:

- Gubernativa: solo el gobierno interviene en el procedimiento.
- Judicial: solo intervienen los tribunales.
- Mixta: intervienen tribunales y gobierno.

En España, para las extradiciones realizadas fuera del ámbito de la Unión Europea, la extradición se regula en distintos convenios de extradición, y en su defecto se aplica la Ley de Extradición pasiva de 1985 y para la extradición activa se aplica lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento criminal. El procedimiento previsto en la ley española es de tipo mixto.

1.1. La extradición activa en la LECrim

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

Solo podrá pedirse o proponerse la extradición de los españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero, de los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto de aquel en que delinquieron (no se recogen aquí sorprendentemente todos los casos de posible competencia extraterritorial de los tribunales españoles) y de los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo (reconociéndose así implícitamente el principio de no entrega de los nacionales).

1.2. La extradición pasiva en la Ley de 1985

El procedimiento de extradición pasiva previsto en la ley es mixto. Esta ley incorpora una serie de principios que por lo demás son asumidos

por la mayoría de los Estados y vienen recogidos en muchos tratados internacionales de extradición, en defecto de los cuales se aplica. Podemos resumirlos en la siguiente lista:

1. Principio de legalidad: Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la Ley y los tratados en los que España sea parte.
2. Principio de reciprocidad: La extradición solo se concederá atendiendo al principio de reciprocidad. El Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente.
3. Principio de doble incriminación: Solo se podrá conceder la extradición por aquellos hechos que sean delictivos tanto en el Estado requirente como en España.
4. Principio de no entrega de los nacionales, ni de los extranjeros que deban ser juzgados en España.
5. Principio de no extradición por delitos de escasa gravedad (se exige una pena mínima).

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

1. Cuando se trate de delitos de carácter político, no considerándose como tales los actos de terrorismo, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, ni el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.
2. Cuando se trate de delitos militares tipificados por la Legislación Española y de delitos cometidos a través de los medios de comunicación social en el ejercicio de la libertad de expresión, y de los que solo son perseguibles a instancia de parte, con excepción de delitos sexuales.
3. Cuando la persona reclamada fuera a ser juzgada en el Estado requirente por un tribunal de excepción.
4. Cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal conforme a la legislación española o la del Estado requirente.
5. Cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos.
6. Cuando el Estado requirente no diera garantía de que la persona reclamada no será ejecutada o no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.
7. Cuando el Estado requirente no hubiera dado garantías de celebrar un nuevo juicio en caso de condena en rebeldía.
8. Cuando a la persona reclamada le hubiere sido reconocida la condición de asilado.

Junto a estas causas de denegación obligatoria la ley prevé otras donde la denegación es solo potestativa [que es voluntario y no

obligatorio], entre ellas:

- 1.** Tener razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones.
- 2.** Cuando la persona reclamada sea menor de dieciocho años en el momento de la demanda de extradición y, teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su reinserción social.

2. EL ASILO

Como hemos visto la ley menciona el asilo como una de las razones que impiden la extradición. Su importancia merece que lo estudiemos detenidamente en capítulo aparte.

El asilo es la protección que se otorga por un Estado a una persona que se refugia en su territorio (en sentido jurídico), consistente en su no devolución, expulsión o extradición. Está reconocido como Derecho humano en el art. 14 de la Declaración Universal para las personas perseguidas en otro Estado que no sean acusadas de delitos comunes o contrarios a los fines de Naciones Unidas.

Pese a la definición que hemos dado, la concesión de asilo no exige que el solicitante haya alcanzado el territorio español, pudiendo solicitarse cuando todavía se encuentra en el extranjero, bien en una embajada española o bien a través de un representante en España.

El derecho de asilo se otorga a aquellas personas a quienes se les reconoce la condición de refugiado. Esta se regula a nivel internacional en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y el Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, en el ámbito europeo en diversas directivas y a nivel nacional por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

La Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la

condición de refugiado; y el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

Para la concesión de la condición de refugiado y el asilo el solicitante debe argumentar fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo u opiniones políticas en el país de su nacionalidad, o en caso de ser apátrida, que argumente fundados temores de ser perseguido por dichos motivos en el lugar donde tuviera su residencia habitual.

El derecho a la protección subsidiaria (regulado también a nivel europeo en la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004), es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que no reúnen los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales, o al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir:

- a) condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material;
- b) tortura o tratos inhumanos o degradantes; o
- c) amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

El asilo y la protección subsidiaria se extienden además, según la ley española, a los padres: el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia, e hijos, salvo los supuestos de independencia familiar, mayoría de edad, separación o divorcio y distinta nacionalidad.

Tanto la legislación española como la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados niegan el asilo a quien haya sido condenado por un delito especialmente grave o a aquel de quien se sospeche que ha cometido determinados delitos (contra la paz, un crimen de guerra o un delito contra la humanidad, un grave delito común, o actos contrarios a la finalidades y a los principios de las Naciones Unidas) o a quien por otra razón fundada se le considere un peligro para la seguridad del país. Los mismos motivos justifican la denegación del derecho a la protección subsidiaria.

3. LA COOPERACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

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

Se encuentra regulada en la Decisión Marco de 13/06/2002 sobre orden de europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE 190/2002 de 18/07/2002), y en el ordenamiento español en la Ley Orgánica 2/2003 y la ley 3/2003, ambas de 14 de marzo (BOE de 17/03/2003).

La euro-orden es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativa de libertad. Este instrumento ha venido a sustituir a los convenios de extradición vigentes anteriormente entre los Estados miembros de la Unión Europea y se diferencia del tradicional mecanismo de la extradición por el reconocimiento mutuo, casi automático, de las decisiones judiciales de otro país de la UE.

La orden europea de detención y entrega puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro de la Unión Europea, y de la misma manera la autoridad judicial competente en España deberá proceder a la entrega cuando sea requerida por la autoridad judicial de otro Estado miembro. Los motivos de denegación están tasados, sin que la autoridad judicial de ejecución deba realizar un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma con su ordenamiento interno.

Sin embargo, el reconocimiento de las resoluciones extranjeras no es tan automático como se pretende pues la autoridad judicial de ejecución puede examinar una serie de cuestiones relativas a la protección de los derechos fundamentales del acusado y denegar la entrega por ejemplo cuando haya sospechas de un móvil discriminatorio en su persecución, cuando esté amenazado por pena de muerte o corra riesgo de ser torturado, etc., además de estar sometida a otros principios, como por ejemplo la exigencia de una gravedad mínima o el principio de doble incriminación, aunque la ausencia de doble incriminación es motivo solo facultativo de denegación y además, y esto resulta muy novedoso y relevante, este requisito se ha eliminado para numerosos delitos que se entiende presentan tal gravedad que deben ser tipificados por todos los Estados, entre ellos los delitos de terrorismo, trata de seres humanos, tráfico de drogas, los delitos de corrupción, el homicidio o los delitos de competencia de la Corte penal internacional.

Para estos delitos exentos del requisito de la doble incriminación

se exige que estén amenazados en la legislación del Estado emisor de la orden con pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos tres años, de lo contrario no se excluirá el requisito de la doble tipificación.

Además de todo lo dicho, es motivo para la no ejecución de la orden de detención europea la amnistía y el indulto otorgados por el Estado de ejecución cuando este tuviera competencia para perseguir ese delito según su propio Derecho penal, la existencia de una condena por los mismos hechos (*ne bis in idem*), la minoría de edad, y facultativamente la prescripción, la competencia del Estado de ejecución por el principio de territorialidad y el no reconocimiento de la perseguibilidad extraterritorial del delito en el Estado de ejecución.

Así mismo, el Estado de ejecución puede someter la entrega a determinadas garantías, de las que España solo ha incorporado la revisión de la condena o aplicación de medidas de clemencia en caso de pena o medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad y la devolución a España para la ejecución de la pena de los nacionales españoles entregados para ser juzgados en el otro país.

En cambio no se exige la aportación de pruebas razonables de la culpabilidad del sujeto. En este aspecto se parte de la mutua confianza en los sistemas judiciales. Según el art. 11 de la Decisión Marco y el art. 13 de la Ley 3/2003 la autoridad judicial no puede pronunciarse sobre la legalidad de la orden, sino que deberá limitarse a verificar la procedencia del mandato y la identidad de la persona buscada y a comprobar si la detención se llevó a cabo conforme a Derecho. El Estado de ejecución no puede ni debe entrar en el estudio del fondo del asunto.

III. DERECHO PENAL INTERNACIONAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

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

los mismos en Derecho internacional.

Es imprescindible por tanto no confundir justicia universal, que es el nombre que se da a un principio de aplicación de la ley penal en el espacio por el que los tribunales nacionales pueden conocer, aplicando derecho nacional, de los delitos cometidos fuera de su territorio y con independencia de la nacionalidad del autor, basándose en que tales delitos afectan a los intereses de toda la comunidad internacional, con justicia internacional, que hace referencia a la jurisdicción que sobre ese tipo de delitos ejercen tribunales internacionales aplicando Derecho penal internacional.

Aunque sus orígenes filosóficos y doctrinales son muy antiguos y pese a que hubo intentos fallidos ya tras la primera guerra mundial, o incluso antes, de crear tribunales penales internacionales, la primera aplicación práctica del Derecho penal internacional puede verse en los juicios celebrados tras la segunda guerra mundial para castigar los crímenes cometidos por los nazis y sus aliados. Pero los juicios celebrados ante los Tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, contra los mayores criminales nazis y japoneses, fueron merecedores de muchas críticas por infringirse los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal y ser tribunales de vencedores contra vencidos. A pesar de ello en 1950 Naciones Unidas aprobó los principios de Nuremberg, que pueden verse como el primer texto acordado internacionalmente que sienta las bases y los principios fundamentales del Derecho penal internacional.

Los siete principios de Nuremberg recogen las siguientes reglas fundamentales: **1.** La consagración de la responsabilidad penal individual por infracción del Derecho internacional; **2.** La independencia del Derecho penal internacional respecto del derecho nacional; **3.** La irrelevancia del cargo oficial o inexistencia en Derecho penal internacional de inmunidades e inviolabilidades; **4.** La negación a la obediencia debida del carácter de eximente a menos que el sujeto no tuviese la posibilidad de actuar de otra forma; **5.** La proclamación del derecho a un juicio justo; **6.** La definición de los crímenes internacionales: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; **7.** Se declaran punibles tanto la autoría como la participación en crímenes internacionales.

Tras la actuación del Tribunal de Nuremberg comenzaron en el seno de Naciones Unidas los trabajos de elaboración de un Código penal

internacional y un Estatuto del tribunal penal internacional, que se prolongaron durante más de cincuenta años, ralentizadas por la Guerra Fría y por las discrepancias acerca de la definición del crimen de agresión. Después del naufragio de varios proyectos, y cuando la empresa parecía ya inviable, la Comunidad internacional asistió a un acontecimiento que hizo revivir el interés y la confianza en aquellos trabajos; la constitución por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de Tribunales penales internacionales *ad hoc* para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales cometidos en los conflictos de la ex Yugoslavia y de Ruanda y sus Estados vecinos. Y finalmente en 1998 se concluyeron con éxito los trabajos de elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). El Estatuto de la CPI, conocido como el Estatuto de Roma, fue aprobado a través de un Tratado internacional al que los distintos Estados se adhieren libremente, y entró en vigor el 1 de julio de 2002.

El Estatuto de la Corte penal internacional contiene una parte material y otra procesal, es decir, ha refundido en un solo texto los dos proyectos que venían elaborándose. La parte material es un auténtico Código penal internacional con una parte general y otra especial. Los crímenes competencia de la Corte se limitan a los más graves y reconocidos como pertenecientes sin duda al Derecho penal internacional: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

La competencia de la Corte no es universal, pues depende de que el Estado en cuyo territorio se cometió el delito o del que es nacional el presunto responsable sea parte en el Estatuto, o bien, si no lo es, al menos de su consentimiento para que la Corte conozca de la situación, salvo en los casos en que es el Consejo de Seguridad de la ONU quien remite esa situación a la Corte porque considera que representa una amenaza para la paz y seguridad internacionales, pues en tales casos la Corte tiene competencia para juzgar aunque el Estado no sea parte ni dé el consentimiento.

Además, la competencia de la Corte es complementaria de la de los Estados, teniendo estos preferencia en el enjuiciamiento, de manera que la Corte solo interviene cuando el Estado que tiene jurisdicción sobre el asunto no quiere o no puede enjuiciarlo, o bien celebra un proceso fraudulento, dirigido únicamente a garantizar la impunidad del acusado.

Tras la aprobación del Estatuto de la Corte penal internacional se ha abierto en los diferentes Estados miembros, entre ellos España, un proceso de adaptación de las legislaciones internas a las exigencias de cooperación de la Corte, que por lo general ha supuesto la incorporación de las figuras y de diversas previsiones recogidas en el Estatuto de Roma en los códigos penales o en leyes penales especiales

internas, y la elaboración de Leyes de cooperación con la Corte.

SEGUNDA PARTE: TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

LECCIÓN 5. EL CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO

I. LÍMITES DEL CONCEPTO DEL DELITO: LA CLASIFICACIÓN FORMAL DE LAS INFRACCIONES PENALES EN NUESTRO CÓDIGO

En la primera lección de este Curso definíamos el delito desde un punto de vista material como una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y atenta gravemente contra las concepciones ético-sociales, jurídicas, políticas y económicas fundamentales de una sociedad. A ello añadíamos otro factor: desde una perspectiva formal es preciso que dicha conducta se encuentre recogida en las leyes penales bajo la amenaza de una sanción penal.

Esta última afirmación aporta un dato fundamental para el análisis de los límites del concepto del delito: todas las infracciones que las leyes penales recogen bajo la amenaza de una pena son delitos. Parece obvio, pero hay que recordar que hasta su reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo, nuestro Código penal diferenciaba dos grandes grupos de infracciones penales: delitos y faltas, distinguiendo dentro del primero entre delitos graves y menos graves; de este modo solo interpretando el término delito en sentido amplio podíamos englobar en el mismo a las tres categorías de infracciones penales.

El hecho de que el Legislador español se decantara en 1995 por esta clasificación tripartita frente a la bipartita seguida por el Código penal de 1973 —diferenciaba simplemente entre delitos y faltas—, tuvo en su momento una trascendencia más bien estética, que quizá podía traer consigo efectos preventivo generales al llamar especialmente la atención sobre la gravedad de algunas infracciones, los delitos graves, pero no mucho más.

Ya respecto a la regulación vigente, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, suprimido el Libro III del Código, «*Faltas y sus penas*», se mantienen sin embargo tres categorías de infracciones penales e incluso el mismo criterio de diferenciación, basado en la gravedad de las penas que les son aplicables —a partir de la escala recogida en el art. 33 CP—. El cambio fundamental se encuentra en que en el nuevo

esquema el lugar de las «faltas» ha sido ocupado por los denominados «delitos leves».

Sin detenernos en la más que dudosa conveniencia de combinar los términos «delito» y «leve» y suprimir el históricamente asentado de «falta» para denominar a una de las categorías de las infracciones penales, la base de la actual clasificación la encontramos en el art. 13 CP, según el cual:

Art. 13:

«1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.

2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.

3. Son delitos leves las infracciones que la Ley castiga con pena leve.

4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve».

¿Cuál es la trascendencia real de este cambio? Pese a lo que pudiera parecer en una primera lectura de los cambios en el art. 13 CP y pese a que la supresión de las faltas fue anunciada como un proceso de despenalización, si analizamos el conjunto del Código no podemos valorar la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ni como meramente nominativa ni como despenalizadora: las antiguas faltas no solo no han sido despenalizadas en su mayor parte, sino que han sido transformadas en delitos leves e incluso en delitos menos graves, aumentando considerablemente en algunos casos las penas aplicables a las mismas —véase lección 2 y, especialmente, el ejemplo 2.1— y cambiando en gran medida su tratamiento.

En efecto, frente al sistema anterior —que de cara al cálculo de la pena de las faltas entregaba al arbitrio judicial la toma en consideración de las distintas circunstancias y que excluía expresamente la punición de la tentativa salvo para el caso de las faltas contra las personas y el patrimonio—, la nueva nomenclatura supone que el tratamiento de las tres clases de delitos quede equiparado en cuestiones como los grados de realización —se pena la tentativa siempre que la estructura típica lo permita—, las formas de participación o la concurrencia de circunstancias eximentes incompletas. Es en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal donde se mantiene la regulación anterior a la

supresión del término falta: su incidencia en los delitos leves queda al prudente arbitrio de jueces y tribunales, equiparándose en este punto su tratamiento con el de los delitos imprudentes (art. 66.2 CP).

Por último, otras consecuencias —como la determinación de los órganos judiciales competentes para conocer de unos u otros delitos o los plazos de prescripción— siguen sin atenerse estrictamente a los tres grupos establecidos por el art. 13 CP.

En todo caso, concedamos la trascendencia que concedamos a esta clasificación formal, de cara al análisis que ahora comienza, lo cierto es que desde un punto de vista estructural los tres tipos de delitos comparten en lo básico los mismos caracteres, por lo que las afirmaciones que hagamos en lo sucesivo serán predicables tanto de los delitos graves y menos graves como de los leves.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO: EL SENTIDO DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

La moderna Ciencia del Derecho penal utiliza el pensamiento sistemático como base del análisis de la estructura del delito. Los resultados de este proceso analítico configuran la denominada teoría jurídica del delito. Su estudio nos va a permitir conocer las características comunes a las distintas clases de infracciones penales, constituyéndose en el núcleo central de la Parte general del Derecho penal y en herramienta básica para la aplicación práctica del mismo.

Uno de los principales hitos de la teoría jurídica del delito, si no el principal, es la sistematización del proceso de determinación de las situaciones que dan lugar a la intervención de la justicia penal, esto es, que son constitutivas de delito.

Para ello es preciso llevar a cabo una serie de juicios sucesivos mediante los cuales los fenómenos asociados al ser humano son decantados progresivamente. El objeto de este proceso es obtener aquellos a los que según la ley penal vigente es posible aplicar una consecuencia jurídica del delito, sea una pena o una medida de seguridad. De este modo también se obtienen los datos necesarios para la concreción del tipo y medida de la hipotética consecuencia.

La delimitación de las diversas categorías del análisis ha de basarse en criterios materiales. Es decir, a pesar de que la distinción entre los caracteres del delito va a tener una innegable utilidad didáctica y es un instrumento válido como esquema de argumentación para la resolución de casos prácticos, solo si un determinado componente tiene una función propia que cumplir dentro del delito tendrá sentido concederle una posición independiente.

Con base en estas consideraciones es posible distinguir cinco categorías que configuran lo que podemos denominar concepto

analítico del delito:

1. La concurrencia de una conducta —acción u omisión—.
2. Su tipicidad, o correspondencia de la acción u omisión con los elementos que fundamentan lo injusto de una conducta tipo, recogida en la ley.
3. La antijuridicidad, o contrariedad al derecho de la conducta típica.
4. La culpabilidad, o reprochabilidad personal de dicha conducta antijurídica.
5. La punibilidad de la misma.

Dichos elementos están vertebrados por una relación lógica de carácter secuencial: solo una acción o una omisión puede ser típica; solo una acción u omisión típica puede llegar a ser antijurídica; solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable; y solo una acción u omisión culpable puede llegar a ser punible. Se trata por tanto de un sistema piramidal recorrido por una relación lógica necesaria entre sus diversos elementos —véase fig. 5.1—.

De esta conexión interna se deriva que para comprender el contenido del delito como un todo y conocer el alcance dentro del sistema del Derecho penal de cada uno de sus componentes sea preciso que antes describamos el resto de elementos que le preceden lógicamente. Del mismo modo, para comprobar la concurrencia en el caso concreto de uno de ellos, con anterioridad habremos de verificar que se dan los anteriores.

Figura 5.1

Concepto analítico del delito

Como resultado de este análisis estaremos en condiciones de afirmar si a la conducta objeto del mismo le corresponde algún tipo de reacción jurídico-penal o no, así como su naturaleza y medida. Estamos ante uno de los principales logros de la moderna Ciencia del Derecho penal, pilar básico de la seguridad jurídica en un Estado social y democrático de Derecho.

Ej. 5.1: Miguel Ángel G. S. causa la muerte de Mario A. C. Para determinar si es necesario imponer a Miguel Ángel algún tipo de consecuencia jurídico penal y cuál ha de ser su naturaleza y medida habremos de seguir el siguiente proceso: primero tendremos que comprobar que concurre tal conducta; después analizar si es típica, esto es, si en la misma se dan los elementos que fundamentan lo injusto específico de alguna figura delictiva, en este caso de las distintas formas de homicidio reguladas en los arts. 138 y ss. CP; si es así pasaremos a analizar el carácter

antijurídico de la misma, esto es, su contrariedad al Derecho, comprobando, entre otras cuestiones, que no concurre causa de justificación alguna; una vez establecida la antijuridicidad de la conducta analizaremos la culpabilidad, medida del juicio de reproche que corresponde al sujeto por tal conducta ilícita; por último, determinada la culpabilidad de la conducta estudiaremos las posibles incidencias en sede de punibilidad.

III. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO Y DE SUS CARACTERES CONSTITUTIVOS

La estructura secuencial que hemos descrito es el fruto de una larga evolución conceptual, jalonada por las aportaciones de numerosos científicos y prácticos del Derecho penal, con frecuencia agrupados en auténticas escuelas o corrientes de pensamiento. Dicha evolución ha afectado no solo a la identificación de los distintos elementos del delito sino al contenido que se asocia a cada uno de ellos e incluso a su propia existencia o independencia.

Sin perjuicio de que estudiemos este proceso para cada uno de los caracteres del delito en los capítulos monográficos que les vamos a dedicar, es momento de aportar una visión de conjunto del mismo, esto es, de la evolución histórica de las concepciones sobre el concepto analítico del delito, sus caracteres y las relaciones subyacentes a los mismos.

Esta primera aproximación integral resulta imprescindible para comprender las características de los concretos elementos del delito, como parte que son de un sistema que vertebra su estructura. Es en este sentido que se puede afirmar que el estudio de la teoría jurídica del delito necesita de un referente global, sin que quepa adentrarse en la misma con el horizonte limitado a las dos concretas páginas por las que se abre un manual. De ahí la importancia de los próximos apartados para la comprensión de las propiedades que caracterizan el proceso de atribución de responsabilidad penal.

1. CONCURRENCIA DE UNA ACCIÓN O UNA OMISIÓN: LA BASE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

El primer elemento de la estructura del delito, sustantivo del que se ha de predicar el resto de calificativos que la conforman, es la concurrencia de una conducta humana.

Las normas, en su pretensión de influir sobre el comportamiento humano, deben adaptarse a la naturaleza del mismo; si la desconocieran, su efectividad podría quedar seriamente comprometida. Por ello, al analizar el contenido de las normas, nos

encontramos con que adoptan dos formas diferenciadas:

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

De hecho es frecuente que los ordenamientos jurídicos hagan referencia a esta base dual de la estructura del delito. Así, según el art. 10 CP: «*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*».

De lo dicho hasta aquí se desprende una primera conclusión: dos tipos de comportamiento humano van a poder ser objeto de regulación jurídico penal, acciones y omisiones. Se crea así un sistema, en principio binario, en el que en el primer caso un sujeto actúa pese a existir la prohibición de llevar a cabo ese tipo de acciones; mientras que en el segundo el sujeto no realiza una acción que la norma ordenaba.

Por ello podemos afirmar que en la base de la estructura del delito, de modo previo a cualquier valoración sobre su trascendencia jurídica, se sitúa bien una acción, bien una omisión —véase fig. 5.2—.

Figura 5.2

La acción y la omisión como primer elemento del delito

La definición que hagamos de ambas formas de comportamiento va a tener una influencia capital en el resto de la estructura del delito, pues se asienta sobre las mismas. Precisamente por ello, la delimitación de los conceptos de acción y de omisión ha sido uno de los principales campos de discusión de la Ciencia del Derecho penal y sus escuelas de pensamiento, fundamentalmente a lo largo del pasado siglo XX.

El mantenimiento de esta polémica durante décadas ha derivado en una constante evolución del pensamiento penal sobre la acción y la omisión. A muy grandes rasgos nos interesa destacar tres momentos en dicho proceso:

1. A partir de los primeros intentos de definir las con base en su pretendida eficacia causal —propios del cientificismo de la escuela causalista, concentrada en la cara objetiva del comportamiento humano—.
2. Se fraguaron las construcciones ontologicistas del finalismo —centradas en la cara interna del comportamiento—.
3. Hasta llegar a las últimas versiones normativistas —que llevan la problemática al ámbito puramente jurídico y prescinden del carácter independiente de la acción y la omisión como primer

elemento de delito, quedando integradas en el siguiente nivel, la tipicidad—.

De modo paralelo se producía la discusión en torno a la posibilidad de construir un único supraconcepto de comportamiento que englobara a acción y omisión, polémica determinada porque el Código penal vigente en Alemania —epicentro de la Ciencia del Derecho penal durante gran parte del siglo XX— utilizaba para definir el delito un único término, «acción», sin distinguirlo de la omisión.

Atenderemos a todas estas cuestiones en las próximas lecciones, pero en este momento del análisis podemos ya decir que en el modelo explicativo que vamos a asumir en este Curso nos situaremos en el ámbito de las teorías que mantienen a acción y omisión en la base de la estructura delictiva, con un contenido propio y previo a su valoración por el Derecho.

Ello supone por una parte que de todos los fenómenos asociados al ser humano, solo nos interesan como hipotéticos constitutivos de una infracción penal los que puedan ser definidos como acción o como omisión, lo que implica la exclusión de la esfera del delito del resto — por ejemplo, de los meros pensamientos, los movimientos corporales de quien sufre un ataque de epilepsia o de quien duerme o los reflejos en sentido estricto—. Por tanto, solo cuando un sujeto realice un comportamiento activo u omisivo será posible proseguir el análisis para comprobar si estamos ante un fenómeno con trascendencia jurídico-penal.

Pero además, situar las distintas formas de conducta en la base del delito implica que de modo previo al análisis estrictamente jurídico, «del deber ser», hemos de determinar cuáles son las características que definen a acción y omisión en el plano ontológico, «del ser», características que influirán en la posterior valoración jurídica de ambos elementos.

Para concluir este primer contacto con los conceptos de acción y omisión, podemos señalar que entre las numerosas corrientes de pensamiento nos vamos a situar en la órbita de la escuela finalista del Derecho penal, cuyo creador es el penalista alemán Hans WELZEL. En este sentido podemos definir la acción como ejercicio de actividad finalista, esto es, dirigida por la voluntad a la consecución de un fin; mientras, la omisión es la no realización de una acción finalista cuando se tiene la concreta capacidad de llevarla a cabo.

2. LA ACCIÓN U OMISIÓN HA DE SER TÍPICA: LOS ELEMENTOS QUE FUNDAMENTAN LO INJUSTO ESPECÍFICO DE LA FIGURA DELICTIVA

Resulta evidente que no toda acción u omisión tiene relevancia para el

ordenamiento jurídico penal. Los resultados obtenidos, si bien de gran trascendencia en la configuración de la estructura del delito, son hasta el momento cuantitativamente exiguos desde el punto de vista jurídico-penal. Aún es preciso someter al conjunto acotado en el primer análisis a un nuevo filtro, el constituido por los denominados *tipos de lo injusto* —véase fig. 5.3—.

Efectivamente, dada la trascendencia del principio de legalidad en este sector del ordenamiento jurídico, solo aquellas acciones u omisiones que estén recogidas en las leyes penales o, con mayor exactitud, que contengan los elementos que fundamentan lo injusto específico de una determinada figura delictiva, podrán llegar a ser jurídico-penalmente relevantes.

A esta cualidad se le llama tipicidad: hemos de identificar en la conducta real los elementos que fundamentan lo injusto específico, característico de la conducta tipo, conducta ideal recogida por la ley, fruto de una abstracción de la realidad. Nos encontramos ante un juicio central dentro de la estructura del delito.

Ej. 5.2: Así, si Miguel Ángel G. S. dirige su acción hacia la producción de la muerte de Mario A. C. y finalmente este muere como consecuencia del peligro creado por la conducta, podremos decir que ha realizado el tipo de lo injusto del delito de homicidio doloso por acción, recogido en el art. 138 CP; la acción de Miguel Ángel G. S. será, por tanto, típica.

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

Ej. 5.3: Por ello, si Miguel Ángel G. S. conduce su vehículo observando las reglas del cuidado debido y atropella fortuitamente a Mario A. C., que había invadido la calzada, con el resultado de que finalmente este muere, la conducta de Miguel Ángel G. S. no podrá ser declarada típica al no concurrir dolo ni imprudencia.

Figura 5.3

La tipicidad como segundo elemento del delito

El origen de la concepción actual del tipo de lo injusto se encuentra en los trabajos del penalista alemán Ernst BELING a principios del siglo XX. Situado en la órbita de la escuela causalista y siguiendo las pautas objetivas que recorrían la concepción del comportamiento propio de esta corriente de pensamiento penal, describe un tipo de lo injusto

conformado exclusivamente por elementos objetivos, esto es, externos, dejando el análisis de la cara subjetiva del delito para el cuarto elemento de la estructura delictual, la culpabilidad.

De este modo se sentaban las bases de la denominada concepción clásica del delito, aceptada durante buena parte del pasado siglo y que se caracteriza por el contraste objetivo—subjetivo entre injusto y culpabilidad, esto es, por analizar en los primeros caracteres de la estructura del delito —acción-omisión, tipicidad y antijuridicidad—, únicamente elementos objetivos, dejando todos los aspectos subjetivos del mismo para su estudio en la culpabilidad.

Esta concepción entró en crisis y, a partir fundamentalmente de los aportes de la escuela finalista de Hans WELZEL, se considera que también elementos de carácter subjetivo —como el dolo (conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo) en los delitos dolosos— forman parte del tipo de lo injusto, entendido como conjunto de elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva.

Pero no solo se ha producido una transformación en la comprensión de los elementos que integran el tipo de lo injusto, también se ha discutido sobre su existencia como concepto independiente, proliferando en las últimas décadas las construcciones que integran tipicidad y antijuridicidad en un único nivel, si bien en este Curso vamos a mantener la independencia de ambos.

Por último, ya desde una perspectiva estructural, con base en el concepto de tipicidad y si bien cada figura delictiva contiene sus propios elementos típicos, que precisamente la caracterizan como distinta a las demás, la doctrina ha elaborado una serie de modelos a los que se acogen las distintas infracciones penales. Y así, podemos hablar de los tipos de los delitos de acción y omisión, de los delitos dolosos e imprudentes, de tipos de simple actividad, de resultado, propios de omisión, de comisión por omisión... que presentan una serie de características definitorias comunes y que ayudan a la comprensión e interpretación de los tipos delictivos concretos.

3. LA ACCIÓN U OMISIÓN TÍPICA HA DE SER ANTIJURÍDICA: EL JUICIO DE CONTRARIEDAD OBJETIVA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para llegar a la conclusión de que la conducta típica puede ser calificada como delito, es aún necesario llevar a cabo otros análisis; el primero de ellos el de la antijuridicidad. Solo cuando la acción u omisión típica sea además antijurídica, esto es, objetivamente contraria al Derecho o, lo que es lo mismo, ilícita, podremos hablar de una infracción penal en sentido estricto y se abrirá la posibilidad de

aplicar una pena o una medida de seguridad —véase fig. 5.4—.

Pero ¿el que una conducta sea típica no debería implicar ya su antijuridicidad? La respuesta es negativa. La tipicidad es el fundamento de la antijuridicidad pero, si bien desde una perspectiva cuantitativa, estadística, la mayoría de las conductas típicas son además antijurídicas —es claro, por ejemplo, que quien mata intencionadamente a otra persona actúa por lo general contra el ordenamiento jurídico—, no es menos cierto que existen ciertas situaciones, taxativamente determinadas por la concurrencia de las denominadas «causas de justificación», que implican que lo que es típico no sea antijurídico, sino que sea plenamente lícito, conforme a Derecho.

La explicación se encuentra en que los tipos de lo injusto llevan implícitos mandatos o prohibiciones cuya vulneración supone la antijuridicidad de la conducta salvo que interfiera el precepto permisivo de signo contrario que subyace [intrínseco o que integra] a las causas de justificación. En estos casos el comportamiento típico será conforme al ordenamiento jurídico. Es decir, la realización de la conducta prohibida, en el caso de los delitos de acción, o la no realización de la conducta ordenada, en los supuestos de delitos omisivos, será plenamente lícita cuando concurra una causa de justificación.

Podemos citar como causas de justificación, que determinarán la licitud de aquellas conductas típicas que contengan sus elementos, la legítima defensa (art. 20.4 CP), ciertos casos de estado de necesidad (art. 20.5 CP), el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP) y algunos supuestos de consentimiento del sujeto pasivo.

En el caso de que no concurra ninguna, la conducta típica será antijurídica, esto es, objetivamente contraria al ordenamiento jurídico, y podremos seguir con el análisis de los restantes caracteres del delito.

Ej. 5.4: Por tanto, si Miguel Ángel G. S., protagonista del ejemplo anterior, que acaba voluntariamente con la vida de Mario A. C., actúa amparado por la causa de justificación de la legítima defensa, su conducta, pese a ser típica, no será antijurídica sino acorde con el ordenamiento jurídico. De no concurrir causa de justificación alguna, podremos calificarla de ilícita.

De lo anterior no hemos de deducir que la antijuridicidad sea un concepto meramente negativo, que se agote en la concurrencia o no de las causas de justificación. Muy al contrario, con su análisis también es posible determinar la gravedad del hecho antijurídico, comprobando

la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes que puedan suponer una mayor o una menor gravedad de lo injusto.

Dichas circunstancias, entre las que se encuentran las causas de justificación incompletas, actuarán como factores de modulación de la pena que —previa concurrencia del resto de requisitos que aún hemos de analizar, esto es, culpabilidad y punibilidad— se imponga finalmente.

Ej. 5.5: Y así, en el caso de que concurra una única agravante de aprovechamiento de tiempo que dificulte la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe —por ejemplo, el delito se comete aprovechando la oscuridad de la noche, art. 22.2 CP—, según las reglas de determinación de la pena (art. 66.3 CP) se aplicará la mitad superior de la pena que la ley fije para el delito —todo ello, por supuesto, siempre y cuando se den el resto de elementos propios del análisis de la culpabilidad y la punibilidad—.

Figura 5.4

La antijuridicidad como tercer elemento del delito

El concepto de antijuridicidad así descrito ha sido también objeto de un proceso evolutivo. En primer lugar, bajo la influencia de la escuela causalista, se mantuvo el carácter objetivo de sus elementos, sin embargo, una vez roto el dogma de la oposición objetivo-subjetiva entre injusto y culpabilidad, se admitió sin problema la existencia de elementos subjetivos en este ámbito.

Por otra parte, como ya hemos apuntado con anterioridad, frente a planteamientos que mantienen la independencia de antijuridicidad y tipicidad, en las últimas décadas se ha abierto paso una corriente que engloba ambos caracteres del delito en un único concepto amplio de tipicidad. De este modo los elementos que configuran las causas de justificación pasan a constituirse en auténticos «elementos negativos del tipo» —negativos pues no han de concurrir para que la conducta pueda ser declarada típica—. En este ámbito de discusión en el presente Curso vamos a mantener la separación conceptual de tipicidad y antijuridicidad, no solo por razones didácticas, sino fundamentalmente materiales, pues los elementos que pertenecen a ambas esferas presentan características distintas.

Para concluir este apartado señalar que la concurrencia y valoración de la tipicidad y la antijuridicidad determinarán lo «injusto» del delito, esto es, la gravedad material de la conducta y el resultado, lo que técnicamente se conoce como desvalor de la acción y desvalor del resultado.

4. LA ACCIÓN U OMISIÓN ANTIJURÍDICA HA DE SER CULPABLE: EL JUICIO DE REPROCHE

La antijuridicidad de la conducta supone por tanto que esta es objetivamente contraria al ordenamiento jurídico, ilícita; sin embargo, ello no es suficiente para determinar la aplicación de una consecuencia jurídica del delito, aún es preciso analizar la culpabilidad de la misma o —con otras palabras y siguiendo una doctrina que en la actualidad podemos considerar mayoritaria—, si es posible y en qué medida es posible reprochársela a su autor —véase fig. 5.5—.

La culpabilidad es pues la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica. Una vez comprobado que el sujeto ha llevado a cabo una conducta no solamente típica, sino objetivamente contraria al ordenamiento jurídico, es momento de determinar si es posible reprocharle, echarle en cara a ese concreto autor, la realización de la conducta en las concretas condiciones en que se desarrolló la misma.

Descendemos pues de un plano general, en el que se determina lo que está prohibido para todos, a un plano individual, en el que hemos de ponderar las circunstancias del concreto sujeto en relación con el hecho ilícito que ha realizado.

Se trata por tanto de un momento de la mayor trascendencia desde el punto de vista del análisis jurídico-penal. Como elemento de la estructura nuclear del delito y a expensas de posibles variaciones en el ámbito de la punibilidad, la determinación de la culpabilidad del sujeto y de la medida de la misma va a suponer un paso decisivo en la configuración de la necesidad, el tipo y la medida de la posible consecuencia jurídica a aplicar.

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

Figura 5.5

La culpabilidad como cuarto elemento del delito

Sin embargo, no siempre se ha mantenido esta visión de la culpabilidad. Su caracterización ha sido objeto de una larga polémica en la que se ha cuestionado desde su significado hasta su propia existencia. Tradicionalmente se señalan tres momentos en la evolución del concepto de culpabilidad:

- a) A finales del siglo XIX y principios del XX desde las filas del causalismo se defendía la denominada concepción psicológica de la culpabilidad. Según este planteamiento, influido por el

marcado cientificismo dominante en la corriente que le sirve de base, la culpabilidad era el nexo psicológico existente entre el individuo y el resultado delictivo.

- b) Así entendida, la culpabilidad podía adoptar dos formas: el dolo, más grave cuando el sujeto tenía conciencia y voluntad de la producción del resultado delictivo; y la imprudencia, más leve, cuando simplemente había previsto o había podido prever su producción y no había observado el cuidado al que estaba obligado. Junto a ello, como requisito previo, se consideraba imprescindible que el sujeto tuviera capacidad de culpabilidad: la denominada imputabilidad.
- c) La principal característica del modelo causalista se encontraba en que concentraba en la culpabilidad el análisis de la cara subjetiva del delito, mientras que, como vimos, reservaba lo injusto para los aspectos objetivos.
- d) Pese a su aparente claridad, pronto se mostró poco convincente. En primer lugar por la propia crisis del modelo dual «objetivo-injusto/ subjetivo-culpabilidad», provocada fundamentalmente por la inclusión del dolo y otros elementos subjetivos en los tipos de lo injusto, que dejaban por tanto de ser meramente «objetivos». Pero también incoherencias internas de la propia caracterización psicológica de la culpabilidad —en torno a sus posibles formas, dolo e imprudencia— influyeron decisivamente en la superación de la teoría psicológica de la culpabilidad, propiciando la creación de otras propuestas.
- e) La situación descrita impulsó el desarrollo de las denominadas teorías normativas, que —según la descripción más extendida de las mismas—, consideran que la culpabilidad es un juicio de reproche que se vincula de forma estrecha a la libertad del individuo de actuar de un modo distinto al que lo hizo.
- f) Es decir, es preciso determinar si el autor de la acción u omisión típica y antijurídica, en las concretas circunstancias en las que se encontraba, podía haber actuado de un modo lícito o si, por el contrario, no era libre de hacerlo y por tanto no es posible reprocharle su comportamiento. Será pues la capacidad del sujeto de actuar de un modo distinto, ajustado a las normas jurídicas y por tanto lícito, lo que determinará la concurrencia y medida de la culpabilidad.
- g) A partir de aquí la discusión toma otros derroteros. La polémica se centra en el propio núcleo del concepto, en si es posible determinar empíricamente si el sujeto podía o no actuar de otro modo. Es precisamente la cuestión del libre albedrío, es decir, la concepción determinista o indeterminista del ser humano y su posible comprobación, lo que caracteriza este momento del

desarrollo de las teorías de la culpabilidad.

- h) De este modo, para algunos penalistas, desde una perspectiva más o menos cercana al determinismo, la imposibilidad práctica de establecer si el autor podía haber actuado de otro modo invalida el planteamiento propuesto. Desde aquí se buscan fórmulas alternativas, como el pensamiento preventivo o las capacidades de motivación «personal» o «normal», planteamientos que no llegan a suponer una opción convincente frente a la construcción original.
- i) En el lado contrario, parte de la doctrina considera que con base en la posibilidad de comprobar empíricamente aspectos parciales de la capacidad de actuar de otro modo y con un apoyo normativo podemos fundamentar el juicio de reproche.

Descrito el anterior panorama y sin perjuicio de que es una cuestión que será tratada convenientemente en su momento, estamos en condiciones de adelantar que en este Curso nos situaremos en la esfera de las últimas propuestas apuntadas.

Y así, basaremos el juicio de reprochabilidad en la libertad de la voluntad, solo en parte empíricamente demostrable, pero elemento básico de nuestra autocomprensión y de nuestra forma de interactuar en sociedad.

Es decir, fundamentaremos la culpabilidad en el análisis de la capacidad del sujeto de actuar de otro modo. Pero, dando un paso más, no podemos desconocer que el propio Derecho admite situaciones en las que se considera no culpables determinadas infracciones de la norma pese a que existe capacidad para evitarlas; ello es debido a que el juicio de reproche propio de la culpabilidad tiene un alto contenido normativo, valorativo, de modo que, teniendo en cuenta al sujeto concreto, autor de la acción u omisión típica y antijurídica, se pretende realizar la igualdad real, tratando de modo diferente lo que es distinto.

Diseñado el concepto de culpabilidad, para desarrollarlo en la práctica llevaremos a cabo una serie de juicios sucesivos, los correspondientes a la imputabilidad del sujeto —donde analizaremos la concurrencia o ausencia de causas de inimputabilidad (enajenación mental y trastorno mental transitorio, intoxicación plena por determinadas sustancias, síndrome de abstinencia y alteraciones en la percepción)—, la conciencia de la antijuridicidad —donde se sustancian los problemas del error sobre la antijuridicidad de la conducta— y la exigibilidad de la conducta —ámbito de análisis de las causas de exculpación basadas en la inexigibilidad de la obediencia al Derecho—.

Dicho proceso estará desde un principio orientado por el objetivo de valorar la capacidad del sujeto de actuar de un modo distinto, de ajustar su comportamiento al ordenamiento jurídico teniendo en

cuenta los matices normativos que hemos señalado. El fin de dicha comprobación será determinar la idoneidad de imponer una consecuencia jurídica del delito al autor de la conducta antijurídica, a la vez que establecer la medida de la misma —también en el seno de la culpabilidad contamos con atenuaciones y agravaciones que pueden afectar a sus distintos elementos—. Ambas ideas constituyen las líneas directrices que orientan y dirigen el análisis de la culpabilidad.

Ej. 5.6: De esta manera, si Miguel Ángel G. S., protagonista del ejemplo que hemos venido manejando, acaba voluntariamente con la vida de Mario A. C. sin estar amparado por una causa de justificación, todavía habremos de analizar si concurre alguna causa de inimputabilidad, error de prohibición o causa de exculpación basada en la inexigibilidad de la conducta para determinar la posible aplicación de una pena y/o medida de seguridad. A lo largo de este proceso también se tendrá en cuenta la concurrencia de atenuantes o agravantes que afecten a su culpabilidad.

5. EL ELEMENTO DE CIERRE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO: LA PUNIBILIDAD

Llegados a la conclusión de que el sujeto es culpable, la última categoría que configura la estructura del delito es la punibilidad. Una vez que hemos determinado que el comportamiento es reprochable, es preciso aún superar un nuevo filtro, valorando la concurrencia o no de diversos elementos que se encuentran íntimamente relacionados con consideraciones de conveniencia, de oportunidad, de carácter político criminal —véase fig. 5.6—.

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

Figura 5.6.

La punibilidad como quinto y último elemento del delito

Una de las constantes que se repite en los estudios sobre la punibilidad es la de afirmar la escasa trascendencia práctica —si queremos, estadística o cuantitativa—, de las consideraciones que se llevan a cabo en esta categoría del delito con respecto a las ya tomadas en las anteriores. Se señala que son muy pocos los supuestos en los que los resultados obtenidos en el análisis de la culpabilidad son

puestos en entredicho, aquilatados, con base en consideraciones posteriores —a través, por ejemplo, de la intervención de excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad, elementos en los que se sustanciaría el análisis de esta quinta categoría de la estructura del delito—. De ahí que se llegue a concluir que pese a tener un contenido propio, no es correcto considerar la punibilidad como un carácter esencial de la estructura del delito.

Estaríamos por tanto ante un elemento estructural pero no esencial del delito. Por ello, podríamos obviar su tratamiento en un capítulo que, en definitiva, no pretende analizar todos y cada uno de los interrogantes que afectan al delito, sino solo algunos de los más sobresalientes, presentando una perspectiva global de su estructura.

A lo largo de este Curso nos alinearemos con quienes plantean una función más destacada de la punibilidad como carácter fundamental para la realización última del principio de subsidiariedad en la aplicación del Derecho penal. El legislador toma en este nivel decisiones finales sobre la necesidad de la pena y su medida. Decisiones que en algunos casos estarían basadas en razones de prevención del delito pero no siempre, pues frecuentemente es la mera oportunidad la que se encuentra tras este tipo de consideraciones. Es por ello por lo que resulta conveniente dedicar unas líneas a reivindicar una mayor atención sobre esta categoría de cierre del delito.

En la punibilidad se trataría por un lado de tomar decisiones sobre el propio recurso a la sanción penal, lugar donde aparecen las clásicas referencias a las condiciones objetivas de punibilidad ya las excusas absolutorias. Pero, por otra parte, como vimos que ocurría en las anteriores categorías del delito, tampoco en el caso de la punibilidad estamos ante un mero concepto negativo, un mero «ser o no ser». Lejos de ello, en el juicio de punibilidad también es posible tomar decisiones sobre la magnitud de la sanción.

Consideraciones político criminales pueden determinar que en una concreta situación sea conveniente la aplicación de una pena más leve sin que ello suponga una menor gravedad de lo injusto o de la culpabilidad. Este tipo de situaciones estarían determinadas de nuevo por razones de conveniencia, que aconsejarían la atenuación de la pena adecuada a lo injusto culpable. De este modo, en los códigos penales actuales es cada vez más habitual la inclusión no solo de eximentes sino de atenuantes radicadas en ese último elemento del delito —no así de agravantes, pues su aplicación sería contraria al principio de culpabilidad—.

Supuestos de esta naturaleza ya aparecen regulados en nuestro Código penal en atenuantes como las de confesión de la infracción (art. 21.4 CP), de reparación del daño (art. 21.5 CP), las dilaciones

indebidas (art. 21.6 CP) u otras análogas que podamos imaginar (art. 21.7 CP) y, desde luego, estamos ante circunstancias que en ningún caso podemos considerar extrañas a la práctica diaria del Derecho penal.

Ej. 5.7: Siguiendo con nuestro ejemplo, una vez determinada la culpabilidad de Miguel Ángel G. S., autor de la muerte de Mario A. C., si se produce un retraso extraordinario e indebido en la tramitación del procedimiento, que no le sea atribuible y no guarde proporción con la complejidad del mismo, se habrá de aplicar una atenuante de dilaciones indebidas que influirá en la determinación final de la pena.

Con la verificación de esta última categoría habremos concluido el análisis de la responsabilidad penal de un concreto sujeto por un concreto hecho. El resultado de este complejo proceso nos llevará a la conclusión de si es merecedor o no de pena o medida de seguridad alguna así como a la concreción de la naturaleza y magnitud de las mismas.

IV. RECAPITULACIÓN: EL CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO

A modo de resumen y a partir de la descripción desarrollada en el apartado anterior podemos definir el delito desde un punto de vista analítico como una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Dichos elementos están recorridos por una relación lógica de carácter secuencial, de tal modo que la concurrencia de uno de ellos presupone necesariamente la de los anteriores.

La base de la estructura del delito está constituida por una conducta, sustantivo del que se han de predicar el resto de elementos, que actúan como calificativos del mismo. Dicha conducta puede consistir bien en una acción, entendida como ejercicio de actividad finalista, dirigida por la voluntad a la consecución de un fin, bien en una omisión, esto es, en la no realización de una acción finalista cuando el sujeto tenía concreta capacidad de llevarla a cabo.

El delito es pues una conducta, pero no cualquiera. Una vez comprobada la concurrencia de una acción u omisión, es preciso determinar si es típica o, lo que es lo mismo, si se dan en ella los caracteres del tipo de lo injusto de una figura delictiva, elementos que fundamentan lo injusto específico de la misma. Podemos pues afirmar que el delito es una conducta típica, pero no toda conducta típica es delictiva.

Y es que tras la verificación de la tipicidad de la acción u omisión será preciso comprobar la concurrencia o ausencia de causas de

justificación. El objetivo es establecer si la conducta típica es antijurídica, contraria al Derecho, o no. Si se dan los elementos de una causa de justificación, la conducta típica es lícita y no será posible aplicar consecuencia jurídica del delito alguna; con ello el análisis estrictamente penal de la conducta típica habría concluido. Con otras palabras: para calificar un comportamiento como delictivo es preciso que la conducta no solo sea típica sino antijurídica.

Pero no basta con ello, aún han de concurrir otras características, la siguiente es la culpabilidad o reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Se trata de un juicio con alto contenido valorativo en el que, teniendo en cuenta las posibilidades de obrar de un modo distinto que tuvo el autor de la conducta antijurídica, se pretende realizar la igualdad real, tratando de modo diferente lo que es distinto. En este nivel analizaremos la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

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

LECCIÓN 6. LA TEORÍA DE LA CONDUCTA

I. LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO PRIMER ELEMENTO DEL DELITO. LAS FUNCIONES DE LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN

El primer elemento de la estructura del delito, sustantivo del que se ha de predicar el resto de calificativos que la conforman, viene dado por la concurrencia de una conducta humana, que se puede presentar bajo dos formas, la acción y la omisión —véase fig. 5.2—.

En un sistema de control social como el penal, en el que las normas, con su objetivo de evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, pretenden influir sobre el comportamiento de los ciudadanos, se hace necesario tener en cuenta cuál es la naturaleza de este último. Los mandatos y prohibiciones tienen tras de sí acciones y omisiones cuyas características influyen en la configuración del conjunto del sistema y de hecho, como vimos, es frecuente que los ordenamientos jurídicos hagan referencia a esta dualidad. Ejemplo de ello es el art. 10 CP, según el cual: «*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*».

En nuestro afán por comprender la estructura del delito y las interrelaciones entre sus elementos es pues preciso contar con una definición de las formas de conducta humana, definición que reúna los elementos necesarios sobre los que desarrollar el posterior análisis jurídico penal.

Han sido muy numerosos los modelos propuestos con ese objetivo, algunos con una base ontológica —pretendidamente alejados de cualquier valoración—, otros de carácter normativo —integrando parcial o plenamente los conceptos de acción y omisión en el ámbito de las valoraciones—. La adopción de una u otra caracterización es una de las prioridades de esta lección. Sin embargo, para evitar cualquier conclusión apresurada, hemos de establecer en primer lugar cuáles son nuestras expectativas, esto es, qué funciones han de cumplir dichos conceptos.

Como punto de partida la doctrina coincide en señalar que fue un penalista alemán, MAIHOFER, quien en la década de los cincuenta del pasado siglo XX sintetizó con acierto cuáles son las funciones que ha de cumplir un concepto de acción —entendido en sentido amplio, como comprensivo de la acción y la omisión— que pretenda ser de utilidad en el ámbito de la concepción sistemática del delito.

Tres líneas destacó MAIHOFER: El concepto de acción ha de actuar como:

1. Elemento básico, unitario, del sistema de la teoría del delito.
2. Como elemento de unión o enlace de las distintas fases del análisis.
3. Y como elemento límite, que establezca las fronteras con aquellos fenómenos irrelevantes para el Derecho penal.

Detengámonos en cada una de estas funciones.

1. LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO BASE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO (FUNCIÓN LÓGICA)

La primera de las funciones que han de cumplir los conceptos de acción y omisión, es la de constituirse en elemento básico del sistema, sustantivo al que habrán de ser aplicados los calificativos que componen el resto del sistema del delito. Se trata de describir la estructura sobre la que se asientan los demás elementos, esto es, establecer aquellos caracteres de los que predicar los requisitos materiales o valorativos que permitirán calificar la conducta como delictiva.

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

Ej. 6.1: Y así, por ejemplo, la definición de acción y omisión deberá ser suficientemente amplia para servir de base tanto a las formas delictivas dolosas —la conducta de quien intencionadamente atropella a un viandante causándole unas lesiones— como a las imprudentes —la de quien se salta un semáforo sin percatarse de que está en rojo y causa esas mismas lesiones—.

Obsérvese que hablamos en plural, nos referimos a dos conceptos, el de acción y el de omisión, que se constituyen en base binaria de la estructura del delito. Ello es así porque, como tendremos ocasión de comprobar en los próximos apartados, ambas son dos formas de comportamiento con características específicas que hacen imposible alcanzar un único supraconcepto con un contenido mínimo útil para el Derecho penal.

Y sin embargo MAIHOFER, y con él la doctrina mayoritaria, durante décadas buscaron una única definición, la de acción, que englobara en su seno tanto a los comportamientos positivos como a la omisión. De ahí que frente al modelo binario que acabamos de presentar, MAIHOFER hablara de la función del concepto de acción como elemento básico «unitario», una suerte de supraconcepto en la base del delito.

La búsqueda de dicho supraconcepto estaba motivada, al menos en su origen, porque el Código penal vigente en Alemania —epicentro de la Ciencia del Derecho penal durante gran parte del siglo XX— utilizaba para definir el delito un único término, «acción», sin distinguirlo de la omisión. La distinta naturaleza de acción y de omisión, unida a este vicio de raíz, provocó que los numerosos esfuerzos que se hicieron para definir la acción en sentido amplio no dieran sus frutos, dando lugar a no pocos problemas sistemáticos. Finalmente se llegó a calificar dicha pretensión como una de las más estériles de la Ciencia del Derecho penal moderna.

Superada esta limitación, que por otra parte no comparte el Derecho penal español —ya que tradicionalmente el Código en su definición del delito ha mencionado y menciona expresamente tanto a la acción como a la omisión—, podemos pues señalar sin problema que son dos los conceptos que se encuentran en la base de la estructura del delito: la acción y la omisión, elemento básico, aunque binario, del sistema de la teoría jurídica del delito.

2. LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO ENLACE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO (FUNCIÓN SISTEMÁTICA)

La segunda de las funciones que se predicán de los conceptos de

acción y omisión es la de enlace o unión entre todas las fases del análisis jurídico penal, esto es, han de reunir las características que les permitan actuar de hilo conductor de los demás elementos del delito. Ello se traduce en que las definiciones que construyamos deberán ser valorativa y descriptivamente neutrales, de tal modo que no prejuzguen caracteres que solo más adelante —en la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad— han de ser analizados. Se cumple así con el papel sistemático de ambos conceptos.

Ej. 6.2: Los conceptos de acción y de omisión no deberán por ejemplo valorar si quien las realiza tiene capacidad de comprender que su conducta es ilícita, pues se trata de un juicio que tiene su lugar sistemático en sede de culpabilidad y no hemos de anticiparlo. Obsérvese que la estructura sistemática del delito implica que solo tras la declaración de que la conducta es ilícita, esto es, antijurídica, sea posible valorar si el sujeto podía comprender dicho extremo; se trata por tanto de una cuestión que debemos analizar justamente tras la antijuridicidad, en sede de culpabilidad.

3. LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO LÍMITE DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO (FUNCIÓN PRÁCTICA)

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

Ello es reflejo de la propia estructura sistemática del delito. Estamos ante el primero de los escalones del proceso de decantación progresiva en que consiste el análisis de los fenómenos potencialmente delictivos. De todos los fenómenos asociados al ser humano habremos de limitar nuestro análisis a aquellos que por ser definidos como acción u omisión puedan llegar a ser calificados como delictivos —sobre esta cuestión volveremos más abajo, en el apartado IV de esta misma lección—.

Ej. 6.3: Por ello no podrán caber en dichas definiciones fenómenos que no tengan su origen en un ser humano —como los provocados por animales o las fuerzas de la naturaleza—, el mero pensamiento no puesto de manifiesto por actos externos o los actos reflejos.

Los conceptos que desarrollemos habrán pues de cumplir con estas tres funciones. Su definición trascenderá al resto del sistema del

delito: del modo en que estén configurados dependerán en buena parte las características de las estructuras que sobre ellos se van a asentar.

II. LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN EN LA MODERNA CIENCIA DEL DERECHO PENAL: PLANTEAMIENTO Y CRÍTICA DE LOS DIVERSOS MODELOS

Durante el pasado siglo XX la Ciencia del Derecho penal — fundamentalmente la alemana pero también la española— dedicó una buena parte de sus esfuerzos a delimitar los conceptos de acción y de omisión. El modo de entender ambos elementos y su repercusión en el resto de la estructura del delito fue el semillero de auténticas escuelas de pensamiento, denominadas según su comprensión de la conducta humana. Todo ello provocó una auténtica evolución —y en algunos momentos revolución— del pensamiento penal a lo largo de décadas. Podemos señalar tres grandes corrientes que aún siguen presentes en mayor o menor medida en la Ciencia del Derecho penal contemporánea:

1. La representada por el causalismo de finales del siglo XIX y principios del XX y sus derivaciones.
2. La finalista, desarrollada a partir de los años treinta del pasado siglo.
3. Las últimas propuestas de carácter más o menos pronunciadamente normativista.

Sin desconocer que existen otros muchos planteamientos, a ellas dedicaremos los próximos apartados.

1. EL CONCEPTO CAUSAL DE ACCIÓN: EL CIENTIFICISMO DE VON LISZT Y BELING

Imbuido por el científicismo imperante y dentro de los modelos de comportamiento que podemos calificar como ontológicos — encuadrados en la esfera del ser y por tanto prejurídicos—, a finales del siglo XIX y principios del XX se propone el concepto causal de acción.

Desarrollado por autores como VON LISZT y BELING, en un primer momento se tradujo en la conocida como concepción clásica del delito, y más adelante, con la influencia del pensamiento neokantiano de penalistas como MEZGER, dio lugar a la concepción neoclásica, caracterizadas ambas por el contraste objetivo-subjetivo entre injusto y culpabilidad.

En el origen del concepto causal de acción se encuentra un esfuerzo por desarrollar una visión genuinamente científica de los distintos

elementos del delito, que en el ámbito del concepto de acción se traduce en su objetivación y mecanización, centrándose en su faceta causal, de donde toma el nombre.

1.1. Planteamiento del modelo causal de acción

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

Manifestación de voluntad, relación de causalidad y resultado son pues los elementos que configuran el concepto causal de acción, si bien es el segundo de ellos, la relación de causalidad, el punto central del mismo y el que le va a conceder sus notas más características. El modelo gira por tanto en torno a un «impulso causal voluntario».

Esta definición, de corte marcadamente naturalista, se centra en la cara externa del comportamiento, persiguiendo la mayor objetividad posible: cualquier componente subjetivo queda expresamente apartado de la misma. De ahí que tras la manifestación de voluntad se exija exclusivamente la voluntariedad en la realización del movimiento o en la ausencia del mismo, siendo el contenido de la voluntad totalmente ajeno al concepto causal de acción.

La consecuencia principal de esta visión de la acción —y, en principio, de la omisión— es que a la misma pertenecen todos los resultados causalmente producidos, sin importar que fueran queridos o no por el autor, lo que, como vamos a ver, acabó por convertirse en uno de sus principales problemas.

1.2. La crítica al modelo causal de acción

El modelo causal de la acción supuso un paso fundamental en el desarrollo de la teoría jurídica del delito y, aunque en su versión más pura ha sido abandonado, aún es posible encontrar su impronta en doctrina y jurisprudencia. No obstante, pronto se pusieron de manifiesto algunas deficiencias que sirvieron de acicate para la formulación de otras teorías.

Las principales objeciones se refieren a los problemas que plantea el concepto causal como elemento límite y a la dificultad de incluir en el mismo a las conductas omisivas.

1.2.1. *Un concepto excesivamente amplio*

La crítica al modelo causal de acción parte precisamente de su pretendida objetividad. El hecho de que se trate de una concepción fundamentalmente mecánica de la acción humana lleva aparejada su falta de límites: cualquier resultado causalmente unido a una

manifestación de voluntad pertenece a la acción, es parte de la misma, y la causalidad, como ley de la sucesión interfenoménica, es un concepto imposible de acotar desde una perspectiva naturalista — sobre el concepto de causalidad volveremos en la lección 7—.

Este hecho, de por sí criticable, se hace inasumible cuando —como era el caso en la concepción clásica del delito— viene unido al mantenimiento de la objetividad en los siguientes niveles de la estructura del delito —tipicidad y antijuridicidad—.

En efecto, si sumamos ambas ideas, se producen dificultades tanto para mantener la responsabilidad penal dentro de unos límites adecuados como para que cada uno de los caracteres del delito cumpla su función en el sistema: con base en el concepto causal de acción y mientras la tipicidad era entendida como mera causación de resultados, supuestos que directamente deberían ser declarados atípicos solo podían ser resueltos adecuadamente en sede de culpabilidad.

Ej. 6.4: Así ocurre en el clásico ejemplo de quien causa unas lesiones leves a otro con tan mala fortuna que la víctima fallece en un accidente de tráfico mientras era trasladada a un centro hospitalario. Si aplicamos un modelo causalista puro, el resultado de muerte, unido causalmente a la acción, pertenece a la misma, con lo que podemos calificarla de acción de matar. De este modo la conducta en su conjunto realiza el tipo de lo injusto del homicidio —que en el modelo causalista únicamente consta de elementos objetivos— y solo al analizar la culpabilidad —dolo o imprudencia en la concepción clásica del delito— será posible excluir la responsabilidad por homicidio y reconducir dicha valoración a unas simples lesiones.

Para evitar estos problemas se desarrolló una intensa búsqueda de un concepto de causalidad limitado, búsqueda que, como veremos en la siguiente lección, no dio los frutos esperados: el modelo causal de acción no satisface las expectativas de constituirse en elemento límite en la base de la estructura del delito.

1.2.2. *Las fricciones entre el modelo causal y los comportamientos omisivos*

El concepto causal de acción presenta también problemas en su descripción de los comportamientos omisivos, entendidos como modificaciones causales del mundo exterior debidas a la no realización voluntaria de un movimiento corporal.

En primer lugar, en sus formulaciones más extremas, como la defendida por BELING, la omisión aparecía expresamente como un

fantasma sin sangre, como la ausencia total de movimiento. En aras de llevar el naturalismo hasta sus últimas consecuencias, chocaba de frente con la experiencia común de que omisión y movimiento no son conceptos excluyentes y, desde el punto de vista jurídico penal, carecía de utilidad alguna.

Pero más allá de ello, algunas de las principales fricciones se centran en el binomio causalidad-omisión. Sin perjuicio de las precisiones que haremos más adelante sobre la existencia de causalidad en algunas omisiones, según el principio latino *ex nihilo nihil fit*, de la nada nada surge, y la omisión es la nada en el ámbito físico, por lo que no puede causar resultado material alguno.

Ej. 6.5: Javier A. R. pide auxilio al verse arrastrado por la corriente del río en el que se está bañando. Agustín V. S., que dispone de una cuerda con la que salvarlo, contempla impasible la escena. Finalmente Javier A. R. fallece ahogado. Independientemente de la posible responsabilidad penal en que pudiera haber incurrido por su omisión, desde el punto de vista previo del análisis de su conducta, no podemos decir que Agustín V. S. haya causado con su omisión la muerte de Javier A. R., en todo caso no la ha evitado.

En definitiva, quien omite en el mundo físico simplemente no evita un resultado provocado por un curso causal ajeno, de ahí que no se pueda aceptar con carácter general la visión causal de los comportamientos omisivos.

Comprobados los problemas que plantea el concepto causal de omisión en el ámbito de la causalidad, lo cierto es que tampoco el requisito de la voluntariedad es necesariamente un elemento de los comportamientos omisivos. Existen omisiones voluntarias, pero también se dan casos de omisiones inconscientes y, por tanto, involuntarias.

Ej. 6.6: Arsenio E. A., socorrista de la piscina municipal, charla animadamente con varios bañistas sin percatarse de que Esther N. B. reclama su auxilio. La falta de socorro provoca que finalmente Esther N. B. se ahogue. La omisión de Arsenio E. A. es involuntaria.

Podemos pues concluir que el concepto causal de comportamiento no solo plantea problemas por su falta de límites, la noción «impulso causal voluntario» tampoco es apropiada para explicar los comportamientos omisivos que se pueden encontrar en la base de un delito.

2. EL CONCEPTO FINALISTA DE ACCIÓN: WELZEL Y LOS ASPECTOS SUBJETIVOS DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

Tras la formulación del modelo causal de acción, el principal hito en el desarrollo de las teorías penales de la conducta durante el siglo XX viene de la mano del concepto finalista de acción de Hans WELZEL.

Superando el excesivo peso del naturalismo y la radical separación entre las esferas del ser y el deber ser imperantes en los distintos planteamientos del modelo causal, la propuesta de este autor alemán, penalista y filósofo del Derecho, parte de la existencia de una serie de estructuras lógico-objetivas, ontológicas [se ocupa de la naturaleza y organización de la realidad, es decir de lo que «existe»], del mundo del ser, que el legislador ha de tener en cuenta en su regulación.

El desarrollo de esta idea no solo afectó a la comprensión del comportamiento como tal, sino a la del conjunto del sistema del delito, que se vio transformada radicalmente por la inclusión de elementos subjetivos en los niveles previos a la culpabilidad —extremo que ya había sido apuntado desde otros planteamientos pero que alcanzó su impulso definitivo con el finalismo—. El fin del dominio de los modelos basados en el contraste objetivo-subjetivo entre injusto y culpabilidad estaba sellado.

2.1. Planteamiento del modelo finalista de acción

En opinión de WELZEL una de las señaladas estructuras lógico-objetivas es precisamente la estructura finalista de la acción humana. Para conseguir sus objetivos, el Derecho no puede pasar por alto que lo que caracteriza a la acción humana en la esfera ontológica es que el sujeto dirige su conducta hacia un fin. La acción es por tanto ejercicio de actividad finalista.

La visión del comportamiento humano como mera causación de resultados queda atrás. WELZEL introduce un decisivo componente subjetivo en su definición de la acción humana, caracterizada de este modo porque el sujeto, gracias a su saber causal, puede prever dentro de unos límites las consecuencias de su conducta, asignarse fines y dirigir su actividad hacia un determinado fin.

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

La acción así entendida no es la mera suma de una serie de manifestaciones de carácter objetivo y subjetivo, sino una auténtica unidad, constituida en torno a la dirección finalista del individuo, al contenido de su voluntad de realización. WELZEL lo explica señalando que mientras que la causalidad es ciega, la finalidad es vidente.

De ahí que pertenezcan al concepto de acción finalista todas pero solo aquellas consecuencias que se encuentran comprendidas por la finalidad. La finalidad define pues los límites externos de la conducta activa. Si un resultado no está comprendido en la voluntad de realización, no será parte del contenido de la acción finalista, con lo que en principio se superan algunos de los problemas del modelo causal de acción.

La delimitación del contenido que abarca la voluntad de realización del sujeto es por tanto decisiva en la determinación de los límites de la acción. Podemos trazar tres círculos —véase fig. 6.1—:

a) En primer lugar, pertenecen a la acción aquellos resultados que constituyen el fin que persigue el autor:

Ej. 6.7: Elías M. M. se plantea causar unas lesiones a uno de sus alumnos de Penal I y agrediéndole con la mano de un almirez [mortero] las causa. Las lesiones, fin principal de la conducta, son parte constitutiva de la acción de Elías M. M.

b) La acción incluirá también aquellas consecuencias que el sujeto considera necesariamente unidas a la consecución de su fin principal:

Ej. 6.8: Pedro Luis L. L. quiere aparcar el coche en el garaje de su propiedad, ante cuya puerta duerme el mendigo David P. G.; pese a percatarse de que solo atropellándolo puede seguir adelante, Pedro Luis L. L. entra en el recinto causando graves lesiones a David P. G. Las lesiones de David P. G. no constituyen el fin principal de Pedro Luis L. L., que no es otro que aparcar su coche, sin embargo, están incluidas en su voluntad de realización y son parte de la acción pues aparecen como necesariamente unidas a la consecución de su objetivo principal.

c) Por último, están incluidas en la voluntad de realización y por tanto pertenecerán a la acción en sentido finalista, aquellas consecuencias de la misma que el sujeto entiende como meramente posibles pero con cuya producción cuenta:

Ej. 6.9: Ricardo B. O. llega con retraso a tomar un avión por lo que decide conducir a gran velocidad por una zona peatonal, contando con la posibilidad de atropellar a algún

viandante; finalmente atropella a Florencia N. M. causándole graves lesiones. Las lesiones de Florencia N. M. no constituyen el fin principal de Ricardo B. O., que ni siquiera las contempla como necesariamente unidas a la consecución de su objetivo, no perder el vuelo, sin embargo, están incluidas en su voluntad de realización y pertenecen a su acción ya que ha contado con su producción.

Más allá de los límites descritos, es evidente que resulta posible que de una acción se deriven consecuencias no incluidas en la voluntad de realización del sujeto, bien porque habiéndolas previsto confiara en que no se produjeran, bien porque ni siquiera habían sido previstas. Estas consecuencias, producidas de un modo meramente causal, no finalista, no pertenecerán a la acción entendida como acción finalista, si bien, obviamente, pueden tener trascendencia penal.

Ej. 6.10: Pensemos en el caso de que Eugenio E. A., sin percatarse de que se salta un semáforo en rojo, atropelle a varios viandantes. Las lesiones causadas no pertenecen a su acción finalista al no encontrarse comprendidas por la voluntad de realización del mismo. Han sido provocadas causalmente, no finalmente.

Precisamente de este último dato se derivaron importantes críticas al modelo de WELZEL.

Figura 6.1

Contenido de la voluntad de realización (finalidad)

Ya en el terreno de los comportamientos omisivos, la teoría finalista, incapaz de encontrar un supraconcepto de comportamiento, define a la omisión como la no realización de una acción finalista cuando se tenía la capacidad de llevarla a cabo.

2.2. La crítica al modelo finalista de acción

Tampoco el concepto finalista de acción ha estado exento de críticas. En su caso, junto a nuevos problemas en el campo de la omisión se planteó que resultaba excesivamente limitado para su aplicación en los delitos imprudentes. Como vamos a comprobar estas críticas no son convincentes.

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

Los resultados que no se encuentran comprendidos por la voluntad de realización, por la finalidad del individuo, no pertenecen a su acción finalista. De esta afirmación se deriva toda una línea de crítica al concepto finalista de acción. El punto de mira se sitúa en las dificultades que plantea en los delitos imprudentes donde, por definición, el resultado no es querido y queda al margen de la acción finalista.

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

Tras numerosas vacilaciones fue el propio Welzel quien dio respuesta a esta crítica: en los delitos imprudentes existe en todo caso una acción finalista y el análisis de sus elementos ontológicos es precisamente lo que nos va a permitir la declaración de imprudencia. Son los medios utilizados y las formas de dirección finalista de esa conducta los factores que permiten determinar si el sujeto actuó o no imprudentemente. Mientras, el resultado y la relación de causalidad — ciertamente externos a la acción finalista— constituirán requisitos del siguiente nivel del análisis, esto es, de la tipicidad de los delitos imprudentes.

Ej. 6.11: Así, volviendo sobre el supuesto anterior, si Eugenio E. A. conducía su automóvil con el objeto de acudir a una cita y se salta un semáforo en rojo causando lesiones a varias personas, dichas lesiones no pertenecen a la conducta finalista pues no están incluidas en su voluntad de realización. Ahora bien, cuando en el nivel de la tipicidad analicemos el comportamiento, para determinar si estamos ante un delito imprudente o no, habremos de tener en cuenta cómo dirigía su conducta hacia la consecución del fin, en definitiva, si los medios y formas de hacerlo eran acordes o no al cuidado objetivamente debido. La conducta finalista constituye por tanto el centro del análisis y contiene los datos necesarios para desarrollar la valoración jurídica característica de la imprudencia.

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

declarados como imprudentes. Cumple pues con la función de elemento básico del sistema, al menos en lo que respecta a la acción.

2.2.2. *La omisión en el ámbito del finalismo*

También se ha cuestionado la validez del concepto finalista de acción en el terreno de la omisión. Entendida entre los finalistas como la no realización de una acción cuando se tenía capacidad de acción, las críticas en este punto vienen forzadas por dos cuestiones que ya conocemos: el afán por encontrar un supraconcepto de acción capaz de englobar a acción y omisión y los problemas de ligar omisión y causalidad.

Efectivamente, la finalidad, núcleo de la conducta finalista, no supone otra cosa que el manejo de los cursos causales hacia un fin. De ahí que la omisión, que en el plano físico es la nada y por lo tanto no es causal en dicho ámbito, tampoco pueda ser finalista al no suponer el manejo de curso causal alguno, sino precisamente la renuncia consciente o inconsciente a su control.

Reconociendo que lo afirmado en el párrafo anterior es correcto, hemos de relativizar la trascendencia de este tipo de críticas, que tienen vigencia en la medida en que queramos encontrar un supraconcepto de acción y omisión basado en la finalidad, pero carecen de valor si, como vimos más arriba y estimamos más correcto, partimos de que no es posible desarrollar dicho supraconcepto. Sobre esta cuestión volveremos en el punto III de esta misma lección, cuando optemos por un concreto concepto de acción y de omisión.

3. LOS CONCEPTOS SOCIAL Y SIGNIFICATIVO DE LA CONDUCTA: LOS INTENTOS DE SUPERAR LOS MODELOS ONTOLÓGICOS DE COMPORTAMIENTO

Los dos modelos explicados hasta el momento se caracterizan por situar la acción en un plano previo al de cualquier valoración. Causalistas y finalistas pretendían que las estructuras puramente jurídicas se asentaran sobre una base cuya firmeza estaba avalada por su naturaleza ontológica; consideraban que solo así se garantizaba la corrección del sistema.

Sin embargo, las supuestas deficiencias de ambas teorías impulsaron la formulación de nuevos patrones que incluían en el primer estrato de la estructura del delito elementos de carácter abiertamente valorativo. Entre todos ellos podemos destacar los conceptos social y significativo de acción.

3.1. El concepto social de acción

Partiendo de las consideraciones que sobre los modelos causal y

finalista hizo Eberhard SCHMIDT, una nueva generación de penalistas alemanes, entre los que destacaron en un primer momento ENGISCH y MAIHOFER y más tarde JESCHECK y WESSELS, desarrolló el denominado concepto social de acción. La novedad se encuentra precisamente en añadir un elemento de carácter valorativo al concepto de acción: la relevancia social de la conducta.

Así para JESCHECK la acción humana es toda conducta socialmente relevante, y lo será siempre que afecte a la relación entre el individuo y la sociedad, repercutiendo sobre la misma sus consecuencias. De un modo similar, WESSELS considera que la acción es una conducta socialmente relevante, bien dominada por la voluntad bien dominable por la misma.

La crítica a esta nueva corriente se ha centrado principalmente en su falta de concreción, que afecta tanto a su papel como elemento básico del sistema como a las posibilidades de constituirse en enlace entre las distintas categorías.

Más allá de su inconcreción, en el desarrollo del modelo social de acción es frecuente encontrar referencias al requisito de la previsibilidad objetiva de los resultados, con lo que se quiebra el principio de que el concepto de conducta no prejuzgue caracteres propios de otros niveles del delito (función sistemática) —como veremos en las siguientes lecciones, el juicio de previsibilidad objetiva es un elemento tanto de la imputación objetiva como de la determinación del cuidado objetivamente debido, lo que sitúa su lugar sistemático en la tipicidad—.

3.2. El concepto significativo de acción

Más recientemente, desde la perspectiva de la filosofía del lenguaje se ha formulado el concepto significativo de acción, que opta también por centrarse en el significado social de la conducta. El núcleo de este tipo de planteamientos se sitúa en que, si bien no se niega la existencia de un sustrato ontológico, se destaca que lo que realmente define al comportamiento no es este sino la atribución social de sentido. Dentro de este grupo podemos situar a penalistas como MUÑOZ CONDE o VIVES ANTÓN.

Se ha criticado a este tipo de teorías que necesitan en cualquier caso de una base a la que atribuir ese sentido social, por lo que queda pendiente la cuestión de la determinación de las características de ese sustrato, tarea que nos devuelve a un plano previo del análisis —así por ejemplo MUÑOZ CONDE sitúa dicho sustrato en la concepción finalista—.

4. LA CRISIS Y RENUNCIA DE LA CONDUCTA COMO BASE DE LA

ESTRUCTURA DEL DELITO

Como es fácil de imaginar, la secular búsqueda de un concepto de conducta que satisficiera las expectativas generadas unida a los constantes giros de la doctrina desembocaron en la crisis del modelo que se encontraba en su base. Fue este el caldo de cultivo de una corriente que en sus versiones más contemporizadoras cuestiona las expectativas puestas en el desarrollo de un concepto de comportamiento como base del delito y en su línea más radical declara abiertamente la inutilidad de su formulación y autonomía.

Así, dentro del primer grupo se han desarrollado en las últimas décadas una serie de modelos que renuncian a algunas de las funciones atribuidas al concepto de conducta, integrando abiertamente en el mismo caracteres propios de otros elementos del delito, como la tipicidad o la culpabilidad.

Otras líneas de pensamiento optan por la ruptura, prescindiendo directamente de la autonomía de acción y omisión como primer elemento del sistema, integrándolas bien en la tipicidad, que pasa a ser el primer elemento del delito, bien en la antijuridicidad, que absorbiendo también los contenidos de la tipicidad pasa a ocupar la base de la estructura del delito. Consecuentemente la exposición de la teoría jurídica del delito comienza en estos planteamientos por el análisis de la tipicidad o de la antijuridicidad.

III. CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

Después de haber repasado las principales propuestas desarrolladas en poco más de un siglo en el marco de la teoría de la acción y la omisión, hemos de plantear nuestro propio modelo. Es importante subrayar que las conclusiones a que lleguemos aquí trascienden este primer estrato y habrán de ser tenidas en cuenta en la formulación de las características del resto de juicios que constituyen el sistema del delito.

La anterior afirmación viene determinada porque vamos a partir de un concepto ontológico, prejurídico, de la conducta. Entroncando con el finalismo de WELZEL, entendemos que los conceptos de acción y de omisión son estructuras lógico-objetivas que han de ser tenidas en cuenta por el Derecho penal para alcanzar su objetivo de protección de los bienes jurídicos.

Ello no supone que las decisiones del legislador vengan preestablecidas por la realidad; en sus manos queda la decisión de determinar qué aspectos de la misma son relevantes para alcanzar sus objetivos. Y en el ámbito que nos ocupa consideramos que solo conociendo la naturaleza de la conducta humana las normas podrán optimizar su función y alcanzar su objetivo. Es por ello que en la base de la

estructura del delito, *de modo previo a cualquier valoración sobre su trascendencia jurídica*, se sitúa bien una acción, bien una omisión.

1. CONCEPTO DE ACCIÓN

La acción es ejercicio de actividad finalista. Asumimos plenamente el desarrollo de la teoría de la acción finalista que hemos presentado en el apartado anterior, al que nos remitimos. El sujeto mediante el manejo de los cursos causales dirige su conducta a la consecución de un fin; es precisamente esta la característica fundamental de la acción humana que no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico. Se trata pues de un concepto ontológico, del mundo del ser, sobre el que el Derecho desarrollará sus valoraciones.

El ámbito de la acción viene determinado por el contenido de la voluntad de realización, articulado en tres niveles: los resultados que constituyen el fin principal de la conducta; aquellos que se encuentran necesariamente unidos al mismo; y aquellos que ve como posibles y con cuya realización cuenta —véase fig. 6.1—. Solo estas consecuencias, incluidas en la finalidad del individuo, pertenecen a la acción. El resto de resultados, causalmente producidos, no forman parte de dicha acción finalista.

Con estos presupuestos nos queda comprobar si hemos conseguido desarrollar un concepto de acción que cumpla con las expectativas que apuntábamos al inicio de esta lección:

- a) Desde un punto de vista lógico, el concepto finalista de acción se erige como parte del binomio base de la estructura del delito, abarcando junto con el concepto de omisión —que explicaremos a continuación— todos los fenómenos que puede llegar a tener relevancia penal, sin que sea correcto argüir que plantea problemas en el campo de la imprudencia. En efecto, si bien algunos elementos de los delitos imprudentes, el resultado y la relación de causalidad, quedan al margen del concepto finalista de acción, en el concepto finalista de acción se encuentran los aspectos fundamentales que sirven de base para determinar el núcleo esencial de la imprudencia, la inobservancia del cuidado objetivo.
- b) Desde una perspectiva sistemática, como comprobaremos a lo largo de las lecciones dedicadas a la teoría jurídica del delito, el concepto apuntado es valorativa y descriptivamente neutral, sirviendo de enlace entre el resto de los caracteres del delito sin prejuzgar su contenido.
- c) Por último, el concepto de acción como ejercicio de actividad finalista, tiene el significado práctico de limitar el ámbito del comportamiento, excluyendo aquellos fenómenos que por si

solos carecen de trascendencia penal —dedicaremos el apartado IV de esta misma lección al análisis de este aspecto—.

2. CONCEPTO DE OMISIÓN

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

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

1. En primer lugar el sujeto debe tener *conocimiento o poder conocer la situación* real en la que desarrollar la conducta.

Ej. 6.12: Para poder afirmar que Fátima Patricia A. N. ha omitido la acción de salvar a su hijo Jaime E. A. de perecer ahogado, se deberá dar en primer lugar una situación de peligro para la vida del mismo, situación que Fátima Patricia ha de conocer o poder llegar a conocer en las concretas circunstancias en las que se encuentra.

2. Además, deben concurrir las *circunstancias materiales externas* y estar disponibles los *medios e instrumentos necesarios* para poner en práctica la acción y el sujeto ha de conocer o poder conocer este extremo.

Ej. 6.13: Para poder afirmar que Fátima Patricia A. N. está en condiciones de salvar a su hijo Jaime E. A. de perecer ahogado —y en caso de que no lo haga que ha omitido la acción de salvamento— será preciso —además de lo señalado en el ejemplo anterior— que la concreta situación y los medios disponibles permitan que Fátima Patricia desarrolle su actividad tendente al salvamento, por ejemplo, porque con la lancha de que disponga sea posible recorrer la distancia que separa a Jaime de la orilla antes de que este perezca ahogado. A ello se ha de sumar el hecho de que Fátima Patricia conozca o pueda conocer este extremo.

3. Por último, el hipotético omitente ha de contar con los *conocimientos y capacidades* precisos para realizar la acción,

pudiendo tomar conciencia de ambos hechos. Especialmente relevante es que el sujeto conozca o tenga la posibilidad de conocer el modo en que, habida cuenta del conjunto de factores concurrentes, tanto externos como internos, es posible dirigir su conducta hacia el objetivo. Es decir, no se puede afirmar que el sujeto es capaz de acción si, a pesar de conocer o poder conocer la situación y contar con los medios necesarios y las capacidades para ponerlos en funcionamiento, desconoce el modo en que coordinarlos. En definitiva, el sujeto ha de ser capaz de conectar los distintos elementos objetivos y los conocimientos de que dispone o puede disponer y dirigir el sistema hacia el resultado perseguido. Con otras palabras: ha de tener la concreta capacidad de dirección finalista de la conducta.

Ej. 6.14: Así, en el ejemplo anterior, de poco servirá que se den el resto de elementos si Fátima Patricia no sabe nadar o desconoce el mecanismo para poner en funcionamiento la lancha motora que se encuentra a su disposición —véase también el ejemplo 12.11—.

En el ámbito de su trascendencia causal, la omisión, como la nada física que es, tiene vetado el camino de la causalidad en el mundo físico: la nada, nada causa —*ex nihilo nihil fit*—. Por tanto, en su concepto no es posible incluir resultado físico material alguno, y consecuentemente en este ámbito tampoco podemos hablar de finalidad en el sentido descrito para la acción. El sujeto no puede dirigir su omisión hacia la producción de un resultado físico. Como comprobaremos cuando estudiemos el tipo de lo injusto de los delitos de omisión, todo esto implica que para asociar un resultado físico material a un comportamiento omisivo será imprescindible el empleo de criterios valorativos de imputación.

Sin embargo, el ser humano no solo se interrelaciona con el medio circundante a través del manejo de cursos mecánicos, sino aprovechando determinadas estructuras y consideraciones socio-culturales. Precisamente por ello es posible encontrar auténticas omisiones causales y por tanto finales. En efecto, si bien el comportamiento omisivo es, ciertamente, la nada mecánica, en ningún caso es la nada social; en este ámbito, debido a su contenido positivo, puede provocar modificaciones en el entorno socio-cultural en el que se verifica. Se entenderá por tanto que lo señalado no supone en ningún caso una revisión del principio *ex nihilo nihil fit*, que mantiene su plena vigencia.

Ej. 6.15: Pensemos, por ejemplo, en las consecuencias que

produce que Pablo P. B., destacado miembro de la sociedad, no acuda a una importante cita con Juan M. E., alcalde de su municipio.

En estos supuestos, el resultado será parte del comportamiento omisivo si está incluido en la voluntad de realización del sujeto, es decir, si ha dirigido su omisión hacia la producción del mismo. Podemos pues afirmar que en estos casos el omitente dirige finalistamente su omisión a la producción de un concreto resultado.

Supongamos que en el ejemplo anterior, Pablo P. B. no acude a la cita con la intención de irritar a Juan M. E., lo que finalmente acontece.

Es decir, junto a omisiones no causales existen omisiones auténticamente causales y por tanto susceptibles de ser dirigidas finalistamente, con una estructura similar a la del comportamiento activo.

En cuanto a la cara subjetiva, la omisión no requiere un acto de voluntad actual, es pues posible omitir por olvido. Sin embargo, existen omisiones voluntarias e incluso se dará una auténtica voluntad de realización dirigida a la consecución de un fin en las omisiones causales.

El modelo que hemos formulado describe un comportamiento omisivo de naturaleza ontológica, su existencia es previa a cualquier juicio de valor y sus características habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de desarrollar los distintos elementos que completan la estructura de los delitos de omisión. Esto es, no es necesaria la concurrencia de una expectativa penal o extra penal, jurídica o prejurídica para que se dé una omisión.

Podemos concluir señalando que el concepto de omisión complementa al de acción en su papel de elemento básico binario, de enlace y límite de la teoría del delito.

IV: LOS LÍMITES DE LA CONDUCTA: CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

Definidas la acción y la omisión, es preciso hacer un alto en su función práctica como elemento límite de la estructura del delito. La situación de ambas en el primer peldaño del concepto analítico del delito tiene el efecto de excluir como posible sustrato delictivo a todos aquellos fenómenos que no cuentan con los requisitos que las caracterizan. Estamos pues ante el primer escalón del proceso lógico de decantación que se encuentra tras el sistema del delito.

1. LA EXCLUSIÓN DE LOS SUCESOS QUE NO TIENEN SU ORIGEN EN UNA PERSONA FÍSICA

En el análisis que hemos hecho hasta el momento hemos presupuesto en todo caso la existencia de una persona física como autora de la conducta. Finalidad en la acción y capacidad de dirección finalista en la omisión, son conceptos hechos a la medida del ser humano, este dato excluye de la base del delito a fenómenos que no tengan su origen en una persona física.

1.1. Fenómenos de la naturaleza o provocados por animales

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

Ahora bien, ello no es obstáculo para que puedan ser fuente indirecta de responsabilidad penal. En efecto, si dichos fenómenos guardan relación con una conducta humana —por ejemplo, de falta de control o de provocación—, la misma puede constituirse en base de la responsabilidad penal de su autor —ello es frecuente en el ámbito de los delitos de omisión—.

Ej. 6.16: El perro de Elena L. L., que no se encontraba debidamente controlado, muerde a José C. B. causándole lesiones graves. La omisión de las medidas de control por parte de Elena L. L. puede ser base suficiente para que se la declare culpable de un delito de lesiones graves en comisión por omisión siempre que se den el resto de requisitos.

Pero también puede ocurrir que Elena L. L. azuce conscientemente a su perro para que ataque a José C. B., causándole lesiones graves. En este caso Elena sería autora de un delito de lesiones graves por acción y el perro el instrumento utilizado.

1.2. Actos de las personas jurídicas

Más compleja es la situación de los actos de las personas jurídicas. Por una parte, la exigencia de una conducta humana parece indicar que, tal y como se desprende del clásico principio *societas delinquere non potest* [las sociedades no pueden delinquir], están excluidas como posibles autoras de un delito; pero en la dirección contraria apunta el hecho de que, como veremos inmediatamente, las últimas políticas penales se han decantado por incluir a las personas jurídicas como sujetos activos del delito, acabando con la vigencia del citado principio. Pues bien, este último hecho no afecta a la teoría de la conducta que

hemos elaborado. La responsabilidad penal de las personas jurídicas presupone en todo caso la existencia del comportamiento de una persona física, incluso en supuestos extremos en los que no haya sido posible establecer con claridad quién en concreto. Es decir, como tales, los actos de las personas jurídicas no son acciones y omisiones por lo que directamente de los mismos no se deriva responsabilidad penal alguna, la misma tendrá en todo caso su origen en una acción u omisión realizada por una persona física —sobre esta cuestión volveremos inmediatamente, cuando analicemos el tema de los sujetos activos de la conducta—.

2. LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS FENÓMENOS CON ORIGEN EN LAS PERSONAS FÍSICAS

La función limitativa de los conceptos de acción y omisión tiene también su influencia en el campo de los fenómenos con origen en las personas físicas. Se trata de excluir de la base del delito todas aquellas manifestaciones del ser humano que no presenten las características de la acción y la omisión tal y como las hemos descrito. De que los resultados en este ámbito sean satisfactorios depende la corrección de los conceptos elaborados.

2.1. El pensamiento

La necesidad de que en la base de la estructura del delito concurra una acción o una omisión tiene como fundamental consecuencia la exclusión de los pensamientos del ámbito de los fenómenos potencialmente punibles. Se trata del principio *cogitationis poenam nemo patitur* [nadie debe ser castigado por sus pensamientos].

Evidentemente con ello no se excluye al pensamiento del ámbito del interés del Derecho penal: los conceptos de acción y omisión de los que partimos giran en torno a los elementos internos de la conducta —salvo en el caso de las omisiones inconscientes— y la cara subjetiva del comportamiento resulta decisiva para determinar su alcance, significado y trascendencia penal. Sin embargo, dicha cara interna solo tendrá relevancia en cuanto haya sido puesta de manifiesto por actos externos, mediante una acción o una omisión.

Por tanto, podemos excluir de los conceptos de acción y omisión incluso aquellos supuestos en los que el sujeto ya haya tomado la resolución de delinquir o tenga una determinada tendencia a hacerlo. Ni la resolución delictiva, ni la disposición de ánimo o talante son base suficiente para la aplicación del Derecho penal salvo que sean puestas de manifiesto por actos externos.

2.2. La fuerza irresistible

La fuerza irresistible, en los supuestos de vis absoluta [consiste en que una fuerza humana —o fenómeno de la naturaleza— exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien], que no deja otra opción a quien la sufre, elimina tanto la voluntad de realización como la capacidad de dirección finalista de la conducta, por lo que queda excluida la concurrencia del primer elemento de la estructura del delito y cualquier tipo de responsabilidad penal del sujeto objeto de la misma —a salvo de otras posibles conductas concomitantes [que van asociadas u obran conjuntamente]—.

En sentido contrario, no cabe excluir la acción o la omisión en los supuestos de *vis compulsiva* [la presente e inmediata amenaza de empleo de la violencia], en los que, si bien queda condicionada la voluntad de realización o limitada la capacidad de dirección finalista de la conducta, no quedan eliminadas.

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

En este segundo supuesto será preciso analizar la conducta del tercero para determinar su posible responsabilidad como autor de un hipotético delito en el que el sujeto sometido a la fuerza irresistible aparecería como un instrumento sin responsabilidad penal ninguna —véase art. 28 CP—.

Ej. 6.17: La fuerza irresistible proviene de un fenómeno de la naturaleza en el siguiente supuesto: Laura S. L., única controladora en la torre de control del Aeropuerto de C., queda encerrada por un golpe de viento en una habitación sin comunicación con el exterior; al no dirigir la maniobra de aterrizaje, el vuelo IB XXXX sufre un accidente. Pero también puede ocurrir que sea Carolina R. L. quien encierre a Laura S. L. con el objeto de provocar el accidente; en este supuesto la fuerza irresistible proviene de un tercero. En ambos casos queda excluida la existencia de una omisión.

Y no existe acción en el supuesto de que Isabel L. P., que pasea con su nieto Diego C. L. por un parque, al ser golpeada por una rama que se ha desprendido de un árbol, caiga sobre aquel causándole graves lesiones.

2.3. Otros movimientos corporales

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

podrá ser declarado delictivo.

No obstante, como en los supuestos anteriores, hemos de recalcar que ello no significa que no sea posible que este tipo de fenómenos acaben por ser objeto de análisis jurídico penal, pero en ningún caso constituirán por sí solos base suficiente para su declaración como delictivos. Serán conductas concomitantes las que finalmente puedan ser objeto del reproche penal.

2.4. Supuestos límite

Es discutido que otros casos, como los de hipnosis y narcosis, excluyan el primer elemento de la estructura del delito. En estos supuestos se opta más bien por la admisión de la existencia de una conducta en sentido estricto y la aplicación de atenuantes o eximentes en sede de culpabilidad —al no tener o tener disminuida la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o actuar conforme a dicha comprensión—. No excluyen por tanto la conducta humana.

V. LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN Y OMISIÓN Y LA DETERMINACIÓN DEL TIEMPO Y LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO

Algunos autores como ROXIN mencionan una cuarta función del concepto de conducta: la de determinar el tiempo y lugar de comisión del delito. Cuestiones de la trascendencia de la aplicación de la ley penal en el tiempo y el espacio e instituciones como la prescripción de los delitos dependen directamente de la fijación del momento y lugar de comisión de la infracción penal y por tanto de la conducta que le sirve de base. Se trata pues de una cuestión con importantes consecuencias en el establecimiento de la responsabilidad penal.

Ahora bien, una vez que hemos definido los límites conceptuales de acción y omisión no podemos desconocer que algunos de los elementos necesarios para concretar el tiempo y el lugar del delito pueden quedar al margen de las mismas. En efecto, el resultado en los delitos imprudentes y en gran parte de los omisivos —aquellos que requieren de un resultado material físico—, no es parte de la conducta y, sin embargo, ha de ser tenido en cuenta para determinar dónde y cuándo se cometió el delito. La concreción del tiempo y lugar del delito es pues una cuestión que se encuentra a caballo entre la teoría de la conducta y la de la tipicidad; por tanto, no puede incluirse en puridad entre las funciones de los conceptos de acción y omisión.

Hecha esta precisión sistemática, aquellos delitos en los que la conducta y el resultado se producen en el mismo lugar y momento y aquellos que consisten en la mera realización de una acción u omisión —incluida la tentativa no presentan problemas para determinar ambos

parámetros.

Ej. 6.18: Como ejemplos de lo anterior podemos citar los siguientes supuestos de hecho: Isidoro M. D. tras haber tenido un altercado en la barra de un bar con Koldo G. F. lo espera en la puerta y dispara sobre él por la espalda, causándole la muerte de inmediato (art. 139 CP); David P. G. se percató de que Miguel Angel G. S., como consecuencia de un accidente de circulación, se encuentra desamparado en peligro manifiesto y grave y no hace nada por socorrerle pese a que no suponía riesgo para él ni para terceros (art. 195 CP).

Pero la rica casuística de la realidad se traslada a la estructura del delito y no son poco frecuentes los supuestos en los que conducta y resultado están separados en el tiempo y en el espacio —por las concretas circunstancias del caso o porque así lo exige la estructura típica, como en los delitos complejos o en los casos de delitos continuados— o en los que aquella se prolonga por un espacio de tiempo más o menos largo —caso de los delitos permanentes y habituales—.

Ej. 6.19: Ejemplos de los supuestos descritos son respectivamente: en el primer caso del ejemplo anterior, Koldo G. F. no muere inmediatamente sino que es trasladado urgentemente a un hospital situado a varios kilómetros del lugar de los hechos y fallece en el mismo varias semanas después; Gonzalo L. L. abandona en un descampado a su hijo de doce años Sergio L. D., tras varios días desorientado el menor es encontrado por las fuerzas de seguridad en grave estado de deshidratación (art. 229.3 CP); Pedro Luis L. L., apoderado del Banco P., se apropia semanalmente de cien euros de la caja durante un periodo de seis meses (art. 253 CP en relación con art. 74 CP); Ildefonso R. G. secuestra a Jaime P.M. con el objeto de cobrar una cantidad de dinero, finalmente lo pone en libertad a los quince días de cautiverio (art. 164 CP); Gustavo P. L. ejerce habitualmente violencia psíquica sobre su cónyuge Claudia S. B. (art. 173.2 CP).

Tal y como se señaló en las lecciones 3 y 4, para la determinación del tiempo y lugar del delito se han propuesto tres teorías:

- a) Teoría de la actividad: el delito se comete en el momento y lugar en que se desarrolla la actividad.
- b) Teoría del resultado: el momento y lugar del delito vienen determinados por el momento y lugar de producción del

resultado.

- c) Teoría de la ubicuidad, unitaria o mixta: para establecer el momento y lugar del delito se pueden utilizar tanto los relativos a la conducta como los que se refieren al resultado.

La aplicación práctica de estas tres teorías demuestra que ninguna de ellas es asumible en detrimento de las demás. Estamos ante una cuestión valorativa y la utilización de una u otra dependerá de las características del delito o institución objeto de análisis y sus concretas necesidades; no es pues posible seguir un único criterio.

En algunos casos el propio Código penal nos ofrece las pautas a seguir. En la lección 3 ya vimos que de cara a la aplicación de la ley penal en el tiempo el art. 7 CP asume el criterio de la acción o actividad. Sin embargo, para otras cuestiones el Código no se pronuncia con claridad. Es el caso de los plazos generales para la prescripción, en los que se remite al momento de la comisión de la infracción punible. Actividad y resultado forman parte de la infracción punible dejando abierta la puerta a la interpretación; no obstante, por influencia del art. 7 CP, se suele optar por la teoría de la actividad. Así, según el art. 132.1 primer inciso CP: *«Los términos previstos en el artículo precedente [para la prescripción] se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible...»*.

Algo más concreta es la regulación que el mismo art. 132.1 CP establece para la prescripción de ciertos tipos de delitos: *«...En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta»*. Se exceptúan de la aplicación de esta regulación determinados delitos cuyas víctimas son menores de edad. El art. 132.1 CP en su segundo párrafo sigue señalando: *«En la tentativa de homicidio y en 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, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento»*.

Por lo demás, el Código guarda silencio sobre el criterio general para determinar el lugar de comisión del delito. Siguiendo lo ya dicho en la lección 4, lo más correcto será aplicar la teoría de la ubicuidad ya que permite considerar que el delito ha sido cometido tanto en el lugar en que se desarrolló la conducta como en el que se produjo el resultado, aumentando el ámbito competencial de la jurisdicción española y evitando posibles lagunas punitivas.

Ej. 6.20: Carmen S. R. confecciona un artefacto explosivo en España y lo envía a Francia, donde finalmente estalla provocando la muerte a dos personas y lesiones graves a otras cuatro.

VI. LOS SUJETOS Y LAS CONSECUENCIAS DE LA CONDUCTA: SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO DEL DELITO, OBJETO Y PERJUDICADO

Tratamos en este apartado los conceptos relacionados con los sujetos y consecuencias de la conducta: el autor y las personas y cosas que se ven afectadas por la misma. Para clasificarlos introduciremos un componente valorativo, el de su consideración por el Derecho penal. De este modo será posible distinguir entre sujetos activos y pasivos, objetos del delito y perjudicados por el mismo.

1. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO. EXCURSO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sujeto activo del delito es quien realiza la conducta. Por tanto y habida cuenta de los conceptos de acción y omisión que hemos adoptado y de las precisiones que hemos hecho al analizar sus límites, son sujetos activos del delito las personas físicas, sin que puedan serlo los animales ni las cosas inanimadas.

Mucho se ha escrito sobre la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser consideradas sujetos activos de un delito. Durante mucho tiempo imperó el principio *societas delinquere non potest*, según el cual únicamente las personas físicas pueden ser responsables penalmente; los conceptos de acción y omisión, así como la estructura de algunos de los elementos del sistema del delito, apuntan en esta dirección.

Pese a ello y siguiendo una corriente generalizada en el Derecho penal continental —en el anglosajón ya se admitía sin problemas—, la reforma del Código penal por LO 5/2010, de 22 de junio, incluyó expresamente la posibilidad de que también las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de conductas delictivas. Así, según el art. 31 bis.1 CP: «**1.** *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

- a) *De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro*

de la misma.

- b) *De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».*

Es decir, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se construye sobre la existencia de auténticas acciones y omisiones llevadas a cabo por personas físicas, representantes legales y administradores de hecho o de derecho, que actúen en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, o subordinados sobre los que no se ha ejercido el debido control.

Sin embargo, ello no significa que para declarar la responsabilidad penal de una concreta persona jurídica sea imprescindible que la persona física que ha llevado a cabo la acción u omisión sea finalmente individualizada o declarada responsable. Según el art. 31 ter.1 CP: *«La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella...».*

Es decir, con esta regulación el principio *societas delinquere non potest* queda definitivamente desterrado de nuestro Derecho penal positivo, si bien podemos seguir señalando que en la base de la estructura del delito existe en cualquier caso una acción o una omisión que responderá a las características con que las hemos definido en los apartados anteriores. Dedicaremos la quinta parte de este Curso al estudio detallado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. EL SUJETO PASIVO DEL DELITO: SU DISTINCIÓN DEL OBJETO DE LA CONDUCTA DELICTIVA Y DE LOS PERJUDICADOS POR LA MISMA

Sujeto pasivo del delito es el portador del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Cuando analizamos el concepto de bien jurídico en la lección 1 señalamos que podía ser el individuo o la comunidad. Ahondando en este aspecto podemos afirmar que sujeto pasivo puede ser tanto una persona física o jurídica como un grupo de ellas, la sociedad, el Estado o incluso la comunidad internacional.

Si bien en algunos casos se pueden solapar, el concepto de sujeto pasivo no coincide con los de objeto de la conducta delictiva y

perjudicados por la misma. Su distinción es necesaria para la correcta exégesis [es un concepto que involucra una interpretación crítica y completa de un texto] y aplicación de los preceptos penales.

Objeto de la conducta es la persona o cosa sobre la que recae la acción u omisión delictiva. En algunos casos coincide con el sujeto pasivo del delito pero no siempre será así —por lo que tampoco tiene por qué coincidir con el objeto del bien jurídico—.

Ej. 6.21: En el delito de homicidio del art. 138 CP sujeto pasivo, objeto de la conducta y objeto del bien jurídico coinciden: la persona sobre la que recae la conducta —objeto de la conducta— es la portadora del bien jurídico vida —sujeto pasivo del delito y objeto del bien jurídico—. Por el contrario, no coinciden dichos conceptos en el tipo básico del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis.1 CP pues el sujeto pasivo es el Estado —portador del bien jurídico interés del Estado en el control de los flujos migratorios, bien jurídico que no se encarna en un objeto material concreto—, mientras que el objeto de la conducta son los ciudadanos extranjeros inmigrantes o potenciales inmigrantes en circunstancias irregulares —personas sobre las que recae la conducta—.

Junto a ambos conceptos se sitúa el de perjudicado, con perfiles más amplios que el de sujeto pasivo. Así entre los perjudicados junto al portador del bien jurídico pueden encontrarse tanto familiares como terceros. A ello hace expresa referencia la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en el art. 113 CP: «*La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros*».

Ej. 6.22: Volviendo al supuesto en el que Isidoro M. D. acaba con la vida de Koldo G. F., perjudicado será obviamente este último, pero también pueden serlo sus familiares y las personas que de él dependieran.

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

I. CONCEPTO Y LÍMITES DE LA CAUSALIDAD

Comenzamos esta lección definiendo la causalidad y deteniéndonos en el alcance de dicha definición, frecuentemente asociada a una visión mecánica de la realidad pero que, como vamos a ver, está dotada de unos límites más amplios.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA CAUSALIDAD

En su Parte general del Derecho penal Welzel, uno de los principales críticos del concepto causal de acción, aceptaba sin embargo la visión de la causalidad sobre la que se construía aquel y le concedía un papel central en el modelo finalista de la conducta, como eje sobre el que ejercer la dirección final de la acción. En sus palabras:

«...El concepto de causalidad no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Tampoco es una mera relación lógica, ni mucho menos imaginada, entre varios acontecimientos, sino la ley de sucesión, no perceptible, pero mentalmente captable, del acontecer real y es, por ello, tan real como el acontecer mismo. También el Derecho tiene que partir de ese concepto «ontológico» de causalidad (isi bien no todos los cursos causales son también jurídicamente relevantes!)...».

Podemos aceptar esta definición sin salvedad alguna. La causalidad aparece como la ley de la sucesión interfenoménica y se presenta como un concepto ontológico, común a todas las ciencias. Se da en un plano avalorativo, neutral, previo al de su consideración por cualquier norma; es pues un concepto sólido sobre el que operar las valoraciones propias del Derecho penal.

Pero quizá por ello es especialmente importante la última llamada de atención de WELZEL: solo una vez verificada la existencia de un nexo causal es posible analizar si resulta jurídico penalmente relevante o no; es en este plano posterior en el que entrarán en juego valoraciones propias de los distintos sistemas de referencia penal. La causalidad se mueve por tanto en un plano previo al de la atribución de responsabilidad y no siempre deriva en esta.

2. ALCANCE DEL CONCEPTO DE CAUSALIDAD: CAUSALIDAD EN EL MARCO FÍSICO NATURAL Y CAUSALIDAD EN EL ÁMBITO SOCIO CULTURAL

Como heredero del causalismo, el concepto adoptado asume su visión mecánica de las relaciones causales. De ahí que su alcance se haya visto lastrado por la perspectiva naturalista propia de la concepción clásica del delito, que fue asumida por gran parte del finalismo y pasó

a otras corrientes de pensamiento. Por ello es común la idea de que la causalidad se mueve exclusivamente en el campo físico natural. Esta visión supone sin embargo una importante limitación habida cuenta de que la realidad de la que participa el Derecho no es simplemente física sino fundamentalmente social y cultural.

En efecto, es claro que existen ciertas situaciones en las que la naturaleza material de las cosas nos indica la existencia de una relación lógica, necesaria, natural, entre dos fenómenos; el círculo formado por este tipo de procesos comprende los incontestables casos de causalidad en un marco físico natural.

Ej. 7.1: En el campo penal se ilustra comúnmente este ámbito por la situación típica del delito de homicidio por acción: el sujeto activo dispara su arma, la bala se aloja en un órgano vital de la víctima y esta fallece —no resulta aventurado afirmar que esta situación típica se encuentra de un modo más o menos velado tras una gran parte de las construcciones sistemáticas del delito, constituyendo una auténtica rémora en el análisis—.

Pero en ciertos supuestos, en absoluto extraordinarios, el entendimiento externo del comportamiento no nos permite aún conocer el contenido, el significado de la conducta humana, no meramente mecánica, que se encuentra tras ellos.

Ej. 7.2: Así ocurre en casos como los que se encuentran tras los delitos de injurias y calumnias o las estafas, que no pueden ser entendidos con una interpretación mecánica de las conductas que se encuentran en su base.

Tal conclusión no solo es válida en relación con la comprensión del comportamiento en su conjunto, sino que es posible y necesario extenderla a sus caracteres individuales y, por tanto, en concreto y con una significación especial, al análisis de los procesos causales subyacentes, cuya existencia solo puede ser entendida con plenitud desde la introducción de ciertos sistemas de valores que se alejan de su concepción mecánica. Junto a la tradicional interpretación física de la causalidad, aparece un nuevo campo que entronca con la realidad social y cultural en la que se desarrollan los acontecimientos.

Con ello no se rompe el concepto de causalidad como ley de la sucesión interfenoménica, sino que se precisan los distintos modos en que puede configurarse ese sustrato real que, según WELZEL, caracteriza a las relaciones causales y que se sitúa en un nivel previo al del análisis de su relevancia jurídica; en definitiva, no se produce fractura alguna en el seno del concepto de causalidad, pero es

conveniente precisar que esta puede asentarse sobre estructuras de distinta naturaleza.

Ej. 7.3: Acudiendo al ejemplo de las injurias, solo la introducción de elementos valorativos, que hagan referencia a su concreta relevancia social, permite comprobar que unas determinadas declaraciones «...*lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación...*» (art. 208 CP). Únicamente el empleo de parámetros inequívocamente valorativos puede servir de base para la determinación de un resultado de este tipo; la dignidad no representa objeto material alguno sobre el que operar de un modo mecánico y, sin embargo, puede sufrir mermas de muy distinta consideración. Lo mismo podemos decir del delito de estafa, tampoco resulta posible sustraernos al empleo de elementos de carácter normativo para establecer si se ha utilizado «...*engaño bastante para producir error en otro...*» (art. 248 CP). Según el marco socio cultural en el que se desarrollen los acontecimientos y los concretos sujetos involucrados en ellos, un mismo comportamiento «producirá» unos efectos u otros.

Hay algo que distingue los nexos de unión presentes en los anteriores ejemplos de los cursos de carácter mecánico que generalmente se sitúan bajo el manto del pensamiento de la causalidad. La situación viene no solo condicionada, sino que está abiertamente determinada por procesos de distinta naturaleza, relativos al ámbito social, cultural, en el que se desarrolla el comportamiento causante y su reflejo en la esfera individual. Por ello, a este tipo de configuraciones de la causalidad, podemos denominarlas de «causalidad en un marco socio cultural».

En este ámbito *resultado y relación de causalidad son absolutamente reales, existen con anterioridad y con independencia de la aplicación de un concreto conjunto de normas con el objeto de comprobar su concurrencia, son previos a tal comprobación*; su naturaleza es, por tanto, prejurídica, ontológica. No obstante, el hecho es que solo el desarrollo de la conducta en el seno de un determinado sistema de referencia, este sí de carácter valorativo, ha posibilitado la aparición del resultado. Se trata de elencos de valores interiorizados por el individuo y la comunidad que dotan de sentido a la conducta humana.

Puede llamar la atención que caractericemos como ontológica a la causalidad así entendida, sin embargo, la vertiente social del comportamiento humano aparece ya como elemento fundamental de la realidad en la obra de WELZEL. Utilizando sus

propias palabras:

«...la realidad que se encuentra en la base del Derecho es la realidad de la vida social que se da en la conducta práctica. Ciertamente desde él punto de vista de la Ciencias naturales contiene algunos elementos subjetivos ... pero, por otra parte, muestra estructuras que no pueden ser incluidas en el cuantitativo mundo de las Ciencias naturales... La realidad práctica de la vida es infinitamente más rica que el ser científico-natural...».

En definitiva, el pensamiento de la causalidad muestra una fractura, no en cuanto a su significado básico como real correlación entre distintos fenómenos, sino en cuanto a la naturaleza material de las estructuras que le sirven de base. El ser humano no solo se interrelaciona con el medio circundante a través del manejo de cursos mecánicos, sino también aprovechando determinadas estructuras y consideraciones socio culturales. Se trata del inevitable reflejo de su condición como ser esencialmente social en la trascendencia de sus comportamientos.

De la anterior argumentación se deduce que los modelos causales de la caracterización del comportamiento humano —incluyendo aquí a gran parte de la corriente finalista—, debido a su cientificismo, abandonan el análisis de las características de hacer y omitir antes de agotarlo en todos sus matices, lo que equivale a abrir la posibilidad de que resulten erróneos en la medida en que son incompletos.

Revisando sus conclusiones, es claro que desde el punto de vista científico natural, las acciones conllevan el manejo de cursos causales que pueden desembocar en resultados externos, de modificación de la situación preexistente; mientras, en las conductas omisivas no es posible apreciar relación material alguna con cambios en el mundo exterior. Los nexos causales «físico naturales» son ajenos al mundo de la omisión. El no actuar se caracteriza precisamente por su intrascendencia física, por no intervenir en la configuración causal material del mundo exterior. Es decir, *la nada física tiene vetado el camino de la causalidad en el mundo físico*. Estamos pues ante la plasmación del clásico principio *ex nihilo nihil fit* —de la nada, nada surge—.

Pero completando el análisis de los fenómenos causales con la vertiente «socio-cultural» de la causalidad, en ese ámbito no existe una radical diferencia entre proceder activo y omisivo. Si una conducta activa puede producir efectos que solo pueden ser correctamente entendidos introduciendo las variables valorativas de un concreto ámbito socio cultural, nada se opone a que una omisión pueda causar auténticos resultados que a su vez sean susceptibles de ser objeto de valoración desde los más variados prismas, entre ellos el del Derecho

penal.

Cuando hablamos de la producción de efectos en una esfera valorativa cualquiera, lo fundamental es que el ser humano lleve a cabo una manifestación, sea activa o sea omisiva, con la que exprese su posición con respecto a su entorno próximo y que tal manifestación sea percibida de uno u otro modo por elementos sensibles del sistema receptor. De esta manera, se hace posible conectar la conducta omisiva con un cambio producido en dicho sistema.

Ej. 7.4: En el marco de una recepción diplomática, los miembros de la delegación de la República de G. se cruzan con el cónsul del Reino de E.; los diplomáticos de G. saludan y obtienen por respuesta el silencio del representante de E. Tal conducta produce graves efectos en las relaciones de ambos Estados. El omitente con su impasibilidad buscaba precisamente dicho resultado.

Agustín B. P., aquejado por una fuerte depresión, deja de comunicarse oralmente con su hija de tres años, encargándose exclusivamente de su nutrición y limpieza; tras un año de silencio se comprueba que la menor ha sufrido graves secuelas psicológicas.

Véase también el ejemplo 6.15.

La causalidad no es por tanto una nota exclusiva del comportamiento activo, las omisiones pueden tener trascendencia causal en el ámbito socio cultural. El planteamiento, correcto desde un punto de vista físico natural, de que la omisión es la nada y por tanto no puede causar modificación física alguna, pierde radicalmente su validez al aplicar el punto de vista de su significado social.

Por ello, el sólido principio *ex nihilo nihil fit* no queda comprometido por la aceptación de causalidad en determinados casos de comportamientos omisivos. Desde tal perspectiva, no es asumible que la omisión sea la nada. *El comportamiento omisivo es, ciertamente, la nada mecánica, pero en ningún caso la nada social*; en este ámbito, debido a su contenido positivo, puede provocar modificaciones en el entorno socio cultural en el que se verifica.

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

II. TRASCENDENCIA DE LA CAUSALIDAD: SIGNIFICADOS PRÁCTICO Y SISTEMÁTICO

Una vez definida la causalidad y perfilados sus límites es preciso que nos detengamos a concretar su relevancia práctica y sistemática. Esto es, cuál es su papel tanto como requisito de la responsabilidad penal como dentro de la estructura del delito.

1. EL SIGNIFICADO PRÁCTICO DE LA CAUSALIDAD: LA CRISIS DEL DOGMA CAUSAL

Gran parte de las argumentaciones que desarrollamos durante la lección anterior hacían referencia al papel de la causalidad entre los elementos de la conducta humana. Causalistas y finalistas hacen girar total o parcialmente sus modelos de comportamiento en torno al sólido eje de la causalidad. No es fruto del azar. Durante mucho tiempo el establecimiento de la responsabilidad penal descansaba una parte fundamental de su peso sobre el denominado dogma causal: los delitos eran entendidos como causación de la lesión de bienes jurídicos, la constatación de una relación de causalidad aparecía como requisito imprescindible para la imposición de una pena.

Por ello no es de extrañar que el primero de los conceptos de conducta que analizamos se denominara concepto causal de acción y descansara sobre la causalidad, que pretendía extender a los comportamientos omisivos. Por su parte, el modelo finalista de la acción, cuyas líneas generales hemos asumido, sigue siendo deudor del pensamiento causal mientras la finalidad se entienda como capacidad de manejar los cursos causales hacia un fin.

Sin embargo, hace décadas que el dogma causal entró en crisis; paulatinamente se ha encauzado el desbordado papel que había llegado a ocupar la causalidad, o más exactamente la determinación de una relación de causalidad, en el ámbito de la responsabilidad penal. Todo ello en dos sentidos.

En primer lugar se ha puesto de manifiesto que la existencia de una relación de causalidad no es requisito imprescindible para el establecimiento de la responsabilidad penal. No se precisa la concurrencia de una relación de causalidad en los supuestos de tentativa o en los delitos de simple actividad, aunque las conductas que les sirvan de base supongan la utilización de factores causales. Y tampoco es posible encontrar una relación de causalidad en los delitos de omisión pura, ni en los de comisión por omisión o de omisión no causal y resultado regulados expresamente —todas ellas formas delictivas que estudiaremos en las lecciones siguientes—. En todos estos casos existe responsabilidad penal al margen de una relación de causalidad que la fundamente.

Pero por otra parte, se ha insistido en relativizar el papel de las

relaciones de causalidad en aquellos casos en los que concurren. Causalidad no es igual a responsabilidad. Existen relaciones de causalidad jurídico penalmente relevantes y otras que no lo son. La comprobación de la existencia de una relación de causalidad entre una conducta y un resultado aún no es suficiente para predicar de ella su tipicidad; precisamente en sede de tipicidad será objeto de un análisis que determine su relevancia jurídica —la denominada imputación objetiva—.

2. LA CAUSALIDAD EN EL SISTEMA DEL DELITO: CAUSALIDAD COMO ELEMENTO DE LA CONDUCTA Y COMO ELEMENTO DEL TIPO

Ya desde una perspectiva puramente sistemática hemos de señalar que a pesar de la insistencia por situarla en el ámbito del comportamiento, lo cierto es que partiendo de los conceptos de acción y omisión que hemos asumido en la lección anterior, la causalidad no siempre será parte de la conducta.

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

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

III. LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD

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

1. LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES Y LA FÓRMULA DE LA *CONDITIO SINE QUA NON*

Sin perjuicio de que en el siguiente apartado estudiemos —y acabemos por rechazar— otras propuestas, podemos ya decir que la teoría que

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

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

Formulada a mediados del siglo XIX por el procesalista austriaco GLASER y desarrollada y difundida por el penalista alemán VON BURI, la teoría de la equivalencia de las condiciones establece que todo resultado es consecuencia de una multitud de condiciones siendo todas ellas, desde una perspectiva causal, equivalentes.

La traducción práctica de esta idea es que no cabe hacer distinción alguna entre causa y condición: todos los fenómenos que contribuyen a la producción del resultado tienen la misma eficacia causal. Desde esta perspectiva son igualmente importantes, igualmente necesarios. Y es que el concepto de causalidad es un concepto ilimitado, los acontecimientos se suceden en el tiempo y en el espacio sin que sea posible establecer diferencias valorativas desde la perspectiva causal.

Esta afirmación, que puede causar cierta sorpresa, se entenderá perfectamente si en la formulación de la teoría de la equivalencia subrayamos el adjetivo «causal» y recordamos que cuando hablamos de causalidad nos encontramos en un plano previo al de cualquier valoración y, en concreto, al de cualquier valoración jurídico penal. Las múltiples condiciones que intervienen en la producción de un resultado pueden tener muy distinta consideración dependiendo del punto de vista desde el que se las observe, pero si nos circunscribimos al de su eficacia causal esta es la misma.

Ej. 7.5: Y así, como veremos cuando estudiemos las distintas formas de intervención en el delito, no tiene la misma consideración penal la contribución de un cómplice a la consecución del resultado delictivo que la del autor —no hay más que señalar que en principio al cómplice se le impondrá la pena inferior en grado a la del autor (art. 63 CP)—. Sin embargo, desde un punto de vista causal las intervenciones de ambos son igualmente determinantes de la producción del resultado, que no habría sido el mismo en sus concretas circunstancias sin su concurrencia.

La simplicidad de esta descripción es precisamente su punto fuerte, se trata de una base sólida sobre la que con posterioridad hacer las valoraciones propias del Derecho penal. Sin embargo, como veremos, esa misma solidez se negó a convertir en un auténtico lastre para aquellas opciones teóricas que concedían excesivo peso a la causalidad

dentro de la estructura del delito.

La teoría de la equivalencia de las condiciones es seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como criterio principal en la determinación de la existencia de relaciones de causalidad —véase entre otras muchas SSTS 17/01/2001, 26/11/2008 o 27/05/2011—.

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

Fijado el marco teórico, es preciso encontrar un método que nos permita operar en el mismo; nos lo ofrece la fórmula de la *conditio sine qua non* [condición sin la cual no], que permite aplicar al caso concreto los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

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

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

Ej. 7.6: Juan Carlos R. L. empuja a Laura S. L. para evitar que la atropelle un autobús que se dirige sin control hacia ella. Con su acción Juan Carlos R. L. evita el atropello, pero Laura S. L. se golpea fuertemente en la cabeza con la pared y es trasladada al hospital. Allí la atiende la médico de guardia, Elena L. L., que al aplicar un tratamiento equivocado agrava sus lesiones. Si abstraemos mentalmente el comportamiento de Elena L. L. el resultado no se habría producido, podemos pues decir que la conducta de Elena L. L. es causa de las lesiones.

Pese a lo que pudiera derivarse de una traducción literal del aforismo latino con el que se la conoce, esta fórmula no supone verificar la preponderancia de una supuesta causa principal por encima de otras condiciones. Causa y condición son términos sinónimos en el marco de la teoría de la equivalencia y tal consideración no cambia en el ámbito de la fórmula de la *conditio sine qua non*: al aplicar la fórmula y abstraer mentalmente cualquiera de los múltiples acontecimientos causantes de un resultado este dejará de producirse tal y como se produjo.

Y así, en el ejemplo anterior, si abstraemos la conducta de Juan Carlos R. L. el resultado de lesiones también desaparece.

Estamos ante otra causa del mismo, equivalente desde el punto de vista causal a la conducta de Elena L. L., cuestión distinta será la de su valoración jurídico penal, pero no pertenece a este ámbito del análisis.

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

La principal limitación para aplicar la fórmula de la *conditio* se produce en el marco de las relaciones físico naturales, ámbito en el que para verificar la existencia del nexo causal hemos de conocer la ley causal general que rige el caso concreto. Ello ha planteado importantes problemas en supuestos en los que no se ha podido demostrar qué proceso se encuentra tras la producción de un determinado resultado.

Ej. 7.7: La trascendencia práctica de este hecho se ha revelado en casos de gran impacto mediático como el de la colza o síndrome tóxico en España o los del Contergan o del Lederspray en Alemania. En todos ellos hay un elemento en común: se desconocía el mecanismo último que conectaba un determinado producto con una serie de resultados de graves lesiones y muertes.

Como respuesta a estas dificultades y siguiendo una línea jurisprudencial condicionada por la gravedad de los casos objeto de estudio, se ha propuesto una relativización del requisito de la ley causal general. Así el Tribunal Supremo o autores como GÓMEZ BENITEZ se contentan con una versión atenuada, meramente probabilística o estadística de los nexos causales. Sin embargo, este paso supone introducir un elemento valorativo —y un cierto grado de inseguridad— en un ámbito en el que debe premiar la solidez de las conclusiones y que hemos caracterizado como ontológico.

Más correcto es por ello aceptar el planteamiento de autores que, como ROXIN, consideran que para establecer el nexo causal basta comprobar que un determinado producto ha provocado el resultado, sin que sea preciso determinar con exactitud el proceso subyacente, esto es, cuál de sus componentes o combinación de los mismos ha sido el concreto causante.

Ej. 7.8: Sin embargo, en el caso de la colza, en el que pese a los numerosos estudios que se realizaron no fue posible establecer experimentalmente que ingesta de aceite de colza

desnaturalizado fuera la causa del conocido como *síndrome tóxico*, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional. Según la sentencia del Supremo:

«...los también múltiples estudios efectuados desde otras perspectivas científicas no han confirmado hasta ahora rotundamente la conclusión epidemiológica...».

Es decir, adoptó expresamente la concepción de que no es preciso el conocimiento de la ley causal general que se encuentra tras el concreto resultado, basta con un estudio epidemiológico, estadístico, que avale la existencia del concreto nexo causal — véase STS de 23/04/1992—.

Distinta es la situación en los supuestos de causalidad en el ámbito «socio cultural», en los que no resultará excepcional que parezca imposible determinar una ley causal general. Frecuentemente tendremos que desentrañar las específicas correlaciones causales que rigen en cada concreto caso basándonos en lo que podemos denominar patrones causales generales, que no cuentan con la misma precisión. Ello viene dado por la propia estructura del sustrato que sirve de base a tales procesos, imbuido de concepciones socio culturales y de su reflejo en la esfera individual, esfera que en muchos casos resultará definitiva.

Ej. 7.9: La determinación de las consecuencias de unas manifestaciones potencialmente injuriosas deberá de realizarse teniendo presente el concreto marco cultural y social en que se han producido. La comprobación de la producción de un engaño bastante como origen de un acto de disposición, ha de hundir siempre sus raíces en la percepción de la concreta persona que lleva a cabo tal acto; de hecho se ha de tener en cuenta si *«un nivel inferior del sujeto pasivo es aprovechado por el acusado conscientemente»*, pese a que para su tipificación se introduzca el filtro de una *«persona normalmente constituida intelectualmente según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelve»* —véase SSTs de 29/03/1990 y de 27/05/2011—.

1.2.3. Casos límite

La aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non* ha dado lugar a abundante literatura penal, que se ocupa de algunos supuestos por sus características especiales o los problemas interpretativos que plantean.

A) Así se mencionan supuestos de causalidad acumulativa, esto es, en que concurren dos condiciones que por sí solas son suficientes para provocar el resultado. En este tipo de casos,

haciendo abstracción de ambas condiciones de modo alternativo el resultado sigue produciéndose con lo que la fórmula falla.

Ej. 7.10: Tanto Javier A. O. como Michela M. vierten en la comida de Sabina S. una cantidad de veneno suficiente para provocar su muerte. Sabina S. la ingiere y finalmente fallece.

WELZEL propone que en estos supuestos se haga abstracción de los dos fenómenos de modo simultáneo: en caso de que por separado el resultado no desaparezca pero sí lo haga de este segundo modo habremos de concluir que ambos fenómenos son causa del resultado.

Si hacemos abstracción de las conductas de Javier A. O. y Michela M. por separado, el fallecimiento de la víctima se sigue produciendo. Sin embargo, si abstraemos mentalmente ambos comportamientos de modo simultáneo, la víctima deja de serlo, por lo que tanto la acción de Javier A. O. como la de Michela M. son causas de la muerte de Sabina S.

B) También han sido objeto de especial interés los casos de interrupción del curso causal, esto es, supuestos en los que iniciado un determinado proceso causal, otro independiente irrumpe en el escenario, de tal manera que el resultado se produce pero como consecuencia directa del curso causal sobrevenido.

Ej. 7.11: Vincenzo C. vierte una cantidad mortal de veneno en la suculenta paella que ha preparado para Frank W. Tras ingerirla y cuando se dirige a su casa Frank W. es atropellado por Andreas P., que circulaba en su bicicleta a gran velocidad; como consecuencia del atropello Frank W. fallece al instante.

En estos supuestos se entiende que el curso causal sobrevenido interrumpe el anterior. La conclusión es evidente si tenemos en cuenta que, como ya hemos señalado, en el proceso de comprobación de la existencia de un nexo causal se ha de tener en cuenta tanto el resultado como la conducta en sus concretas circunstancias.

El curso causal iniciado por Vincenzo C. queda

interrumpido por los nuevos acontecimientos. Cuando con posterioridad analicemos el comportamiento en la esfera de la tipicidad podremos calificar su conducta únicamente como tentativa de asesinato.

C) En el extremo contrario se han analizado supuestos en los que una circunstancia de la víctima o la intervención de un tercero precipitan la producción del resultado. Se trata pues de casos de *anudamiento del curso causal*.

Ej. 7.12: Alicia S. V. participa en una reyerta con arma blanca hiriendo superficialmente a Joaquina A. N. que fallece al sufrir una hemorragia por ser hemofílica.

De nuevo la aplicación de la fórmula de la *conditio* aporta la solución en estos casos: la circunstancia sobrevenida lejos de interrumpir el curso causal lo anuda.

La conducta de Alicia S. V. es causa del resultado de muerte de Joaquina A. N. pese a que de no haber sido esta hemofílica no hubiera fallecido.

D) Por último podemos destacar determinados supuestos de acciones impeditivas caracterizados porque un sujeto impide a otro evitar un determinado resultado. En estos casos algunos autores cuestionan la existencia de una auténtica relación de causalidad.

Ej. 7.13: Lidia B. L. retiene con fuerza a Gonzalo L. L. que intenta emplear un cañón granífulgo para evitar una inminente tormenta de pedrisco. Finalmente la tormenta se produce y arrasa la cosecha.

En estos casos, la conducta supone el mantenimiento activo de las circunstancias que hacen posible la producción del resultado por lo que es causa del mismo; su eliminación mental trae consigo automáticamente la introducción de un curso causal que habría evitado el resultado y que se está impidiendo activamente.

Esta situación es distinta a la que se encuentra tras las denominadas condiciones negativas del resultado, formulación negativa de la necesidad de que se mantengan determinadas circunstancias para la producción de un resultado. En estos supuestos el sujeto simplemente no hace nada por evitarlo, de

tal modo que no se puede calificar su comportamiento —omisivo— como causal.

Si en nuestro ejemplo eliminamos la conducta de Lidia B. L., Gonzalo L. L. disparará el cañón evitando los daños en la cosecha; la conducta de Lidia B. L. es pues causa del resultado. Sin embargo, si es Gonzalo L. L. quien voluntariamente decide no emplear el cañón granífungo no podremos considerar que el comportamiento de este sea «causa» del fenómeno meteorológico.

Obsérvese que en todos los supuestos citados los resultados del análisis se refieren única y exclusivamente a la existencia o no de una relación de causalidad, cuál sea su relevancia jurídica es una cuestión que se habrá de analizar con posterioridad. De nuevo se pone pues de manifiesto que nos encontramos en un plano prejurídico, previo a la valoración que el Derecho haga de los acontecimientos probados.

2. LOS INTENTOS (FALLIDOS) POR SUPERAR LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES: LAS TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS Y LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Volvamos sobre una de nuestras anteriores afirmaciones: el concepto de causalidad es un concepto ilimitado, los acontecimientos se suceden en el tiempo y en el espacio sin que sea posible establecer diferencias valorativas desde la perspectiva causal. Esta idea, que se corresponde con la descripción de los nexos causales que hemos hecho en los anteriores apartados, no ha de plantear ningún problema si al pensamiento de la causalidad se le concede su justa relevancia en la estructura del delito: se trata de un primer paso, pero solo un primer paso, en el camino que nos ha de llevar al establecimiento o exclusión de la responsabilidad penal.

Sin embargo, la desmesurada importancia que durante mucho tiempo se le concedió al pensamiento causal en el proceso de atribución de responsabilidades, unido al mantenimiento de una concepción exclusivamente objetiva de lo injusto —común en los planteamientos causalistas—, que llevaba consigo la consideración de los tipos como mera causación de resultados, planteaba —como vimos en la lección 6— serios problemas para acotar el campo de la responsabilidad y darle un significado sistemático coherente a los distintos elementos del delito —véase ejemplo 6.4—.

Para solucionar estos y otros desajustes algunos autores intentaron buscar la solución en la acotación del propio concepto de causalidad,

pretendiendo solucionar en sede causal problemas que en realidad afectaban a la comprensión de otros elementos del delito.

De este modo se formularon teorías específicamente jurídicas de la causalidad; se abandonaba el campo de las teorías causales para adentrarse en el de las teorías de la responsabilidad, confundiendo los límites entre los distintos elementos del delito. Esta línea de investigación, viciada de raíz, no dio los frutos esperados, pero iluminó la salida hacia un tratamiento correcto de las distintas problemáticas afectadas.

2.1. Las teorías individualizadoras

Los primeros intentos por reducir el ámbito de la teoría de la equivalencia de las condiciones los debemos a las teorías individualizadoras. En línea con lo explicado en la introducción a este apartado, se centran en la superación de la de límites del concepto causal de acción. La idea que les sirve de base es sencilla, se trata de distinguir en sede causal entre causa y condición: solo las causas del resultado realizan el tipo y podrán dar lugar a responsabilidad penal.

Así, según la teoría de la causa eficiente de KOHLER condición es el factor del que depende la aparición del resultado mientras que causa es aquel del que depende su cualidad.

Ej. 7.14: Esta estructura se ilustra con el siguiente ejemplo: la apertura de la ventana es condición necesaria para la iluminación de la habitación; la causa de que se ilumine es el sol.

Este tipo de formulaciones de la causalidad fueron pronto criticadas, en muchos casos por resultar impracticables y en general por depender en gran medida de las pretensiones del intérprete, lo que daba lugar a un inaceptable nivel de inseguridad; además, sus resultados eran en gran medida irrelevantes para el Derecho penal.

Ej. 7.15: Para poner de manifiesto la debilidad del pretendidamente claro ejemplo de la ventana, GIMBERNAT planteó el siguiente caso: un loco peligroso persigue a una persona que acaba por refugiarse en casa de un tercero echando el cerrojo, sin embargo, el propietario de la casa, que pretende también acabar con la vida del perseguido, abre la puerta al loco que finalmente entra y lo mata. De seguir las mismas pautas del anterior ejemplo deberíamos declarar impune la conducta del propietario, pues solo fue condición y no causa del resultado, lo que pone de manifiesto lo incorrecto del planteamiento.

En cualquier caso, en no pocas ocasiones esta teoría ha sido seguida

por el Tribunal Supremo de modo aislado o junto con otros planteamientos —véase por ejemplo las SSTs de 05/02/1990, 16/09/2003 o 20/11/2007—.

2.2. Las teorías de la causalidad adecuada

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

La estructura de los delitos calificados por el resultado está constituida por una conducta, por sí sola delictiva, a la que se le añade un resultado posterior cuya producción supone la agravación de la pena original. El problema se planteaba por el hecho de que dicho resultado puede ser doloso, imprudente o fortuito y precisamente a la exclusión de la responsabilidad en los casos en que no se pueda reconducir al dolo o imprudencia del autor se refieren las teorías que ahora estudiamos.

Se trata de un problema que no se da en la actualidad pues el Código penal vigente en su art. 5 aleja cualquier posibilidad de exigir responsabilidad por un resultado producido fortuitamente; según el mismo: «*No hay pena sin dolo o imprudencia*».

Ej. 7.16: El art. 229.3 CP recoge un supuesto de delito calificado por el resultado en relación con el abandono de menores: «*Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual de menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección...*».

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

La diferencia entre unas y otras teorías de la causalidad adecuada se encuentra tanto en los elementos a tener en cuenta en el juicio de

previsibilidad como en el grado de probabilidad que se exige a la producción del resultado —desde que sea probable hasta que no aparezca como absolutamente improbable—.

Partiendo del primero de los criterios, esto es, de los elementos a tener en cuenta en el juicio de previsibilidad, podemos distinguir los siguientes planteamientos:

- a) Teoría **subjetiva** de la causalidad adecuada: Formulada por VON KRIES, considera que solo existe relación de causalidad entre una conducta y un resultado cuando este era previsible *ex ante* teniendo en cuenta todo el conocimiento experimental de la humanidad, el denominado saber nomológico, y las circunstancias del caso concreto que conocía o podía conocer el sujeto o saber ontológico.
- b) Esta teoría, además de incluir en el concepto de causalidad valoraciones propias de la tipicidad, llega a adelantar parte del contenido de la culpabilidad en cuanto que prejuzga la previsibilidad subjetiva al incluir en el análisis aquellas circunstancias que hubiera podido conocer el sujeto. Esta última crítica dio lugar a una reelaboración del modelo de VON KRIES de la que surgieron las siguientes variantes.
- c) Teoría **objetiva** de la causalidad adecuada: Para evitar los problemas en el ámbito de la culpabilidad, se eliminaban del análisis los componentes subjetivos. Ello suponía una objetivación excesiva: el juicio de previsibilidad *ex ante* se alejaba en demasía del caso concreto.
- d) Teoría **objetivo-subjetiva** de la causalidad adecuada: Formulada por VON HIPPEL y TRAEGER, en el análisis de la previsibilidad *ex ante* se combinan elementos objetivos y subjetivos. La conducta será causa objetiva del resultado cuando este era objetivamente previsible. En el juicio de previsibilidad objetiva se tendrán en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente y las conocidas por el autor —saber ontológico—, y la experiencia común de la época sobre los nexos causales —saber nomológico—. El problema se encuentra de nuevo en que se adelantan juicios propios del análisis de la tipicidad.

El rechazo de las teorías de la causalidad adecuada se centra pues en el error sistemático de integrar sus pretensiones en sede de causalidad. No se puede aceptar que la existencia de una relación de causalidad entre una conducta y un resultado dependa de si este era o no previsible. La causalidad se perfila como un elemento previo a toda valoración sobre el que, una vez comprobada su existencia, llevar a cabo las valoraciones oportunas.

Pese a haber desenfocado la situación, las teorías de la causalidad

adecuada suponen un importante paso en la dirección correcta: la teoría objetivo-subjetiva plantea un criterio de interpretación de la causalidad jurídico penalmente relevante cuyo lugar sistemático hemos de situar en la tipicidad. Como veremos en la lección 9, se trata de una precursora directa de la teoría de la imputación objetiva, fundamental en la tipicidad de los delitos de resultado y que finalmente ha sido aceptada por nuestra legislación.

Este tipo de planteamientos es seguido en numerosas ocasiones por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, si bien en la mayoría de los casos integrado plena y correctamente en el ámbito típico de la imputación objetiva.

IV. RECAPITULACIÓN: LA CAUSALIDAD JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE Y LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (REMISIÓN)

Del análisis de las distintas teorías de la causalidad hemos pues de sacar una conclusión: ni es incorrecta ni supone problema alguno para el Derecho penal la visión de la causalidad falta de límites que plantea la teoría de la equivalencia de las condiciones. Y no es incorrecta ni plantea ningún problema porque los ámbitos de la causalidad y de la responsabilidad no se solapan. Existen supuestos de responsabilidad sin causalidad y, lo que nos interesa en este momento, existen supuestos en los que la causalidad no deriva en responsabilidad alguna —de hecho la mayor parte—.

Y es que una vez determinada la existencia de un nexo causal aún nos queda por dar un paso decisivo desde la perspectiva del Derecho penal: establecer si dicha causalidad es jurídico penalmente relevante. Únicamente lo será cuando esté comprendida en uno de los tipos de lo injusto.

En esa dirección los pasos dados por las teorías de la causalidad adecuada no caen en saco roto, pese a lo equivocado de pretender poner límites al propio concepto de causalidad, lo cierto es que aportan criterios para la determinación de su relevancia. Dichos criterios habrán de ser aplicados en el correcto lugar sistemático, la tipicidad, y son un anticipo de lo que se ha venido a denominar teoría de la imputación objetiva, cuyo objeto es precisamente verificar la relevancia o irrelevancia penal de un concreto nexo causal. A su análisis en la lección 9 nos remitimos en este momento.

LECCIÓN 8. LA TIPICIDAD COMO CATEGORÍA DEL DELITO

I. LA TIPICIDAD

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

Ej. 8.1: El art. 138 CP recoge la figura del homicidio doloso y la describe de la siguiente manera: «*El que matare a otro*». Por tanto la conducta por la que una persona da muerte dolosamente a otra persona es una conducta típica de homicidio.

No hay que equiparar figura delictiva y tipo de lo injusto. La figura delictiva puede incluir, para describir un determinado delito, otros elementos además de aquellos que constituyen el tipo. Puede, por ejemplo, incorporar condiciones objetivas de punibilidad o elementos que se refieren a la categoría de la culpabilidad, que pueda presentar peculiaridades en esa figura. El tipo (en el sentido de tipo de lo injusto, que utilizaremos en este curso) se refiere en cambio únicamente a la parte de la figura delictiva que describe lo contrario a derecho (lo prohibido —más el resultado en los delitos de resultado— [Cuando hablamos de lo contrario a derecho es preciso especificar que se trata de lo prohibido más el resultado porque entendemos que los resultados no se pueden prohibir, solo se pueden prohibir conductas, como se explica *infra*. Pero, según la concepción mayoritaria, que también seguimos en esta obra, lo contrario a derecho, lo injusto, comprende no solo la conducta prohibida, sino también el resultado desvalorado producto de esa conducta]).

Ej. 8.2: El antiguo delito de infanticidio, que ya no existe en nuestra legislación penal, castigaba con una pena menor que la del asesinato a «*la madre que para ocultar su deshonra matare a su hijo recién nacido*». La doctrina entendía que pertenecía al tipo del infanticidio el dar muerte la madre al recién nacido, mientras que el fin «*para ocultar su deshonra*» en realidad regulaba una atenuante que respondía a la menor culpabilidad de la autora, basada en la situación de presión psicológica que

en aquellos tiempos podía suponerle el hecho de ser madre soltera. Es decir, dentro de esta figura delictiva, lo contrario a derecho era que la madre matara al recién nacido, y esto es por lo tanto lo que constituye el tipo. En cambio el móvil de ocultar la deshonra no afecta a lo prohibido, no es pues un elemento del tipo, sino que pertenece a otra categoría del delito: la culpabilidad.

Ej. 8.3: En el Código penal vigente podemos encontrar un ejemplo en el delito de asesinato del art. 139, que incorpora unas circunstancias, realizar el delito por precio, recompensa o promesa, que tienen su fundamento en un aumento de la culpabilidad, y por tanto no pertenecen al tipo de lo injusto de este delito, aunque si a la figura delictiva del asesinato.

La categoría de la tipicidad se relaciona con el principio de legalidad: solo un hecho tipificado en la ley penal con antelación a su comisión puede ser castigado como delito. Es la tipicidad, por tanto, la categoría que tiene la misión primera de seleccionar y de informar sobre las conductas prohibidas.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA TIPICIDAD Y DE SU RELACIÓN CON LA ANTIJURIDICIDAD

El concepto de tipo fue desarrollado por un autor alemán llamado BELING a principios del siglo XX. Él fue el primero en distinguir tipo de lo injusto de figura delictiva. Pero el concepto del tipo ha cambiado mucho desde la formulación de BELING, fundamentalmente en dos aspectos:

- Se creía en la Ciencia del Derecho penal que lo injusto estaba conformado solo por los elementos objetivos o externos.
- Que los elementos subjetivos de la acción, como por ejemplo la intención del sujeto, se llevaban a la categoría de la culpabilidad.

Hoy en día ya no es así, pero de esta evolución nos ocuparemos en la siguiente lección. Aquí vamos a centrarnos en un segundo aspecto de la evolución de la categoría de la tipicidad: su relación con la siguiente, la antijuridicidad.

Para BELING el tipo era solamente una descripción que no incorporaba ninguna valoración sobre el comportamiento. Pretendía así distinguir la tipicidad como mera adecuación de un hecho a la descripción contenida en un tipo delictivo, de la antijuridicidad que es la que señala la contradicción entre ese hecho y el ordenamiento jurídico en su conjunto. Pronto se abandonó esta idea y se señaló por algunos autores que la tipicidad era ya el principal indicio del carácter

antijurídico (contrario a derecho) del comportamiento. Se decía entonces que la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad era como la que existía entre el humo y el fuego. Otros autores defienden que la tipicidad no es solo indicio sino algo más: la tipicidad es fundamento de la antijuridicidad. La tipicidad ya incorpora una valoración del hecho como injusto, como contrario a derecho, aunque luego en la categoría siguiente, la antijuridicidad, pueda quedar eliminada esa valoración en el caso de que concurran causas de justificación.

La postura más extrema la representa la teoría de los elementos negativos del tipo, que fusiona ambas categorías. Por ser una teoría bastante extendida y tener repercusiones importantes en el tratamiento del error, vamos a detenernos algo más en su explicación. Según esta teoría el tipo estaría formado no solo por sus elementos positivos, aquellos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, sino también como elementos negativos (es decir, que deben no concurrir [Nótese que llamamos elementos positivos a aquellos que fundamentan lo injusto específico de un comportamiento (que forman parte del tipo en el sentido estricto en que lo definimos los no partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo) y llamamos elementos negativos a aquellos que fundamentan una causa de justificación y que por lo tanto deben no concurrir para afirmar, según la teoría de los elementos negativos del tipo, la existencia de ese tipo que construyen fusionando ambas categorías. Por tanto, no hay que confundir esos elementos negativos con los elementos positivos (en cuanto que fundamentadores de lo injusto específico del tipo en sentido estricto) pero que están expresados de manera negativa, como por ejemplo: «*Sin la voluntad de su dueño*», en el delito de hurto, o «*contra la voluntad de su morador*» en el delito de allanamiento de morada. Como veremos en la lección que explica el consentimiento como causa de exclusión del tipo, la presencia de estos elementos (al estar expresados en negativo deben no concurrir) excluye el tipo «positivo», el tipo en sentido estricto, sin necesidad de seguir la teoría de los elementos negativos del tipo]) por todos aquellos elementos o circunstancias objetivas que sirven de base a cada una de las causas de justificación.

Ej. 8.4: El tipo del homicidio no estaría constituido solo por sus elementos positivos: una acción de matar, un resultado de muerte de otra persona, una relación de causalidad entre ambos y los criterios de imputación objetiva, sino además, como elementos negativos, por la ausencia de: agresión ilegítima, necesidad de la defensa, necesidad racional del medio empleado... (y así todos y cada uno de los elementos objetivos de la legítima defensa, del estado de necesidad justificante, del

cumplimiento de un deber... etc.).

Las consecuencias de esta forma de entender la tipicidad son muy importantes, pues en primer lugar ello significa que la concurrencia de una causa de justificación, por ejemplo la legítima defensa, haría que la conducta no fuera siquiera típica, al faltarle elementos negativos del tipo. Mientras que quienes no seguimos tal teoría entendemos que solo eliminaría la antijuridicidad, dejando intacta la tipicidad del comportamiento.

Ej. 8.5: Para quienes no seguimos esta teoría, matar a otro en legítima defensa sería una conducta típica (se corresponde con el tipo del homicidio) pero no antijurídica, justificada. En cambio para los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo la conducta no sería siquiera una conducta típica de homicidio.

En segundo lugar, al entenderse los elementos objetivos de las causas de justificación como elementos negativos (deben no concurrir) del tipo, ello significa que el dolo —que definimos como la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo— debe comprenderlos (es decir, para actuar con dolo el sujeto debe conocer su ausencia, debe saber que esos elementos no concurren). Lo que supone, según esta teoría, que quien actúa pensando erróneamente que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación actúa sin dolo. En cambio, los que no seguimos esta teoría entendemos que las causas de justificación tienen su elemento subjetivo propio y diferente del dolo, pues el dolo se limita a los elementos del tipo, que entendemos son solo los positivos. Para nosotros si un sujeto actúa creyendo erróneamente que concurre una causa de justificación ello no elimina el dolo, sino que el sujeto habrá actuado dolosamente pero en un error de prohibición. Las consecuencias penales a las que se llega por una u otra solución son muy diferentes, como veremos al estudiar el error de prohibición, de ahí la relevancia de esta teoría.

[Nótese que llamamos elementos positivos a aquellos que fundamentan lo injusto específico de un comportamiento, y negativos a aquellos que fundamentan una causa de justificación y que por lo tanto deben no concurrir para afirmar, según la teoría de los elementos negativos del tipo, la existencia de ese tipo, que construyen fusionando ambas categorías.]

Ej. 8.6: Para los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo el sujeto que cree erróneamente (con un error

vencible) que va a ser inminentemente agredido de forma ilegítima por otro y reacciona defendiéndose y mata al otro (él cree que en legítima defensa) cuando en realidad aquel no iba a agredirle, actuaría sin dolo de homicidio, habría realizado únicamente un homicidio imprudente. En cambio para quienes no seguimos esta teoría el sujeto ha realizado un homicidio doloso, es decir, actuó con dolo de matar a otro, pero creyendo que en ese caso concreto estaba autorizado a hacerlo, por tanto en error de prohibición (lo que atenuará su pena). La pena a la que se llega con una u otra solución es distinta: la del homicidio imprudente en el primer caso, la del homicidio doloso atenuada en el segundo.

A favor de esta teoría se dice que no hay diferencias materiales entre elementos positivos y negativos, sino que su separación se debe solo a una cuestión de técnica legislativa. Sería muy farragoso, se dice, describir cada delito enumerando en él todas las circunstancias de cada causa de justificación que deben no concurrir.

Sin embargo aquí entendemos que la teoría de los elementos negativos del tipo no es convincente por las numerosas razones que la doctrina mayoritaria ha expuesto, entre las que destacan:

1. La diferencia esencial existente entre los elementos positivos y los elementos negativos del tipo, demostrada por el hecho de que mientras la falta de uno solo de los positivos excluye la tipicidad, en cambio es necesaria la ausencia de todos los que conforman una causa de justificación, y no basta la de uno solo de ellos, lo que demuestra que existe un tipo autónomo de la causa de justificación que responde a un precepto distinto al que subyace al tipo, un precepto en este caso permisivo.

2. La diferencia entre los elementos positivos y negativos se refleja también en el dolo, pues mientras para los primeros se exige la conciencia y voluntad actuales de su concurrencia, para los segundos basta con que el sujeto no crea que concurren los presupuestos que sirven de base a la causa de justificación y no hace falta que sepa y quiera que no concurren.

3. El contenido de injusto de la conducta de quien actúa en un error de tipo —desconociendo algún elemento positivo— no es equivalente al del comportamiento de quien actúa en un error sobre los elementos de una causa de justificación, y por lo tanto no parece correcto dar a ambos el mismo tratamiento. En el segundo caso la conciencia y voluntad de la realización de los

elementos que fundamentan lo injusto de una conducta delictiva debe servir al autor de estímulo para cerciorarse de la concurrencia real de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. Incluso algunos defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo han admitido que la tipicidad incrementa el deber de asegurarse acerca de la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación, lo que en mi opinión refuerza la idea de que el contenido de injusto no es el mismo cuando se actúa en error de tipo «positivo» y en error de «tipo permisivo», por mucho que estos autores defiendan que en ambos casos queda excluido el dolo y la solución es la misma.

Ej. 8.7: La gravedad de la conducta de quien no sabe que el bulto al que dispara es una persona, pues piensa que lo que se mueve tras el matorral es un jabalí, no es equivalente a la de quien sabe y quiere matar a otro creyendo erróneamente que aquel iba a agredirle ilegítimamente de forma inminente. Saber que se va a matar a alguien debe servir al autor de estímulo para cerciorarse de la concurrencia real de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. El protagonista del segundo supuesto debería poner más empeño en asegurarse de que ese sujeto va a agredirle, que quien simplemente no sabe que va a matar a otro.

4. Esta concepción da lugar a importantes lagunas de punibilidad en los códigos penales en los que rige el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes —no se castigan todos los delitos imprudentes paralelos a los dolosos, sino solo una selección de los más graves—, como ocurre con el Código penal español o el alemán. Cuando el legislador ha decidido no tipificar el correspondiente delito imprudente, el entender que la creencia errónea de que concurren los elementos de una causa de justificación excluye el dolo nos llevaría a la impunidad de la conducta, por no poder castigarse como delito imprudente, aun cuando ese error fuera fácilmente vencible. Y no se puede contraargumentar que las mismas razones que llevan al legislador a no castigar la imprudencia proveniente de un error de tipo «positivo» se pueden aplicar aquí a no castigar los supuestos de error sobre los elementos negativos del tipo, pues, como hemos visto, el contenido de injusto de una y otra situación no es el mismo.

[Error vencible e invencible: Vencible es aquél error cuya existencia

se debe a una precipitación o falta de diligencia del sujeto al valorar ciertas circunstancias que rodean el hecho o lo integran. Invencible será aquél que, aun con las debidas precauciones, no se pudo evitar, teniendo en cuenta las circunstancias culturales, sociales, etc..., del individuo.

Pongamos como ejemplo la legítima defensa:

Durante una pelea, **A**, en un momento dado, saca un arma, que resulta ser de juguete. **B**, creyendo que obra en legítima defensa, pues el arma le parece real, mata a **A**.

Bien, si **B** fuese, por ejemplo, agente de Policía, el error quizá sería vencible, pues por su profesión quizá debiera conocer cuándo es simulada un arma y cuándo es real.

Por el contrario, si **B** es un hombre que no ha visto un arma en su vida, el error podríamos considerarlo invencible.]

III. CONCEPTO DE TIPO SEGUIDO EN ESTA OBRA

En la concepción que vamos a seguir en este Curso, y que es también la más seguida en la doctrina española, la tipicidad y la antijuridicidad son categorías diferentes. Al tipo de lo injusto pertenecen todas aquellas circunstancias o elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva. En cambio en la antijuridicidad se expresará un juicio sobre lo injusto genérico, es decir, sobre la contradicción de ese comportamiento que el tipo ya ha seleccionado como injusto con el conjunto del ordenamiento, pudiendo en esta segunda categoría quedar neutralizado o compensado ese injusto específico por la concurrencia de una causa de justificación. La concurrencia de una causa de justificación hará por tanto que el comportamiento pase a considerarse lícito por compensarse su desvalor con el valor que aquella representa, sin que por ello el hecho deje de ser típico.

Generalmente los elementos que fundamentan lo injusto específico y conforman un tipo están descritos en las figuras contenidas en los artículos de la Parte especial (Libro II) del Código penal, o de una ley penal especial, pero no siempre es así, pues, como vimos al estudiar el principio de legalidad el tipo se configura a través de un proceso de abstracción y no siempre es posible la plena realización del principio de legalidad, teniendo el legislador en ocasiones que recurrir a leyes penales en blanco, elementos normativos, etc.

Como explicamos al principio de la presente lección no podemos tampoco equiparar el tipo con lo prohibido, con la materia de la prohibición, pues partimos en este Curso de que no se puede prohibir el resultado en sí, solo se pueden prohibir las conductas dirigidas a un determinado resultado o que supongan el riesgo de producir un

resultado. Pero como veremos nuestro Código penal tiene en cuenta también el resultado para graduar lo injusto y establecer una pena acorde con su medida, por lo que concluiremos que forma parte del tipo de lo injusto no solo lo prohibido sino también el resultado en los delitos de resultado.

No pertenecen en cambio al tipo de lo injusto ni las condiciones objetivas de punibilidad, ya que no afectan a lo injusto específico del delito, ni las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas reguladas en los arts. 21, 22 y 23 CP, ni las semigenéricas, que el legislador regula en la parte especial del Código penal como aplicables a un grupo de delitos. Pero sí pertenecen al tipo aquellas circunstancias agravantes o atenuantes de lo injusto que el legislador ha elegido para formar un tipo agravado o privilegiado de la parte especial.

Ej. 8.8: En el asesinato, pertenece al tipo de lo injusto la circunstancia de la alevosía.

IV. LA EXCLUSIÓN DEL TIPO

La inexistencia en la conducta de alguno de los caracteres o elementos, objetivos o subjetivos, integrantes de un tipo penal hará que esa conducta ya no sea típica. Pero además, la doctrina ha discutido si existen otros criterios que hagan que un comportamiento aparentemente típico, por concurrir en él todos los elementos requeridos, pueda a pesar de ello dejar de ser típico. Para excluir la tipicidad de conductas que en principio parecen formalmente típicas se han diseñado diversos criterios.

1. LOS CRITERIOS DE LA ADECUACIÓN SOCIAL Y EL RIESGO PERMITIDO

WELZEL ya planteó la idea de que los tipos eran la resultante de una ponderación de intereses tras la que subyace una concepción de los bienes jurídicos como un sistema dinámico y funcional y la aceptación de que en el mundo moderno se llevan a cabo una serie de actividades donde se realizan acciones que pueden implicar un riesgo o incluso la lesión de los mismos. Los bienes jurídicos no podían ser piezas de museo cuidadosamente conservadas en vitrinas para preservarlas de las influencias perjudiciales, sino que tenían que ser comprendidos y protegidos en su dimensión funcional y dinámica.

Por ello ideó el criterio de la adecuación social, según el cual quedarían excluidas del tipo aquellas conductas que aunque parezcan formalmente incluidas en él se mantienen dentro del orden social

histórico normal de la comunidad. Lesiones de bienes jurídicos insignificantes o conductas que a pesar de lesionar un bien jurídico se entienden como el resultado del uso normal de ese bien jurídico quedarían así excluidas del tipo.

Algunos autores han criticado este criterio por ser impreciso, afectar a la seguridad jurídica o resultar innecesario al poder excluirse la ilicitud de esas conductas la mayoría de las veces bien mediante la apreciación de causas de justificación o bien mediante una simple interpretación teleológica-restrictiva del tipo en cuestión (es decir, una interpretación que limite su ámbito en función de su finalidad: en atención al bien jurídico protegido y al tipo de lesión del que se lo quiere proteger penalmente).

Ej. 8.9: El viajar en un autobús urbano implica que el viajero no puede descender del vehículo entre paradas, al cerrarse las puertas por seguridad. Ello supone una privación de libertad. El conductor, al cerrar las puertas e impedir al viajero abandonar el autobús hasta llegar a la siguiente parada, realizaría una conducta que formalmente podría subsumirse en el tipo de las detenciones ilegales. Pero siguiendo el criterio de WELZEL diremos que no es así, pues la tipicidad queda excluida por ser la conducta socialmente adecuada. Otros autores en cambio opinan que no es necesario acudir a tal criterio, sino que el supuesto se puede solucionar apelando al consentimiento tácito del viajero como causa de exclusión del tipo o a alguna causa de justificación o haciendo una interpretación restrictiva del delito de detenciones ilegales.

Aquí entendemos que el criterio de la adecuación social es un criterio útil y necesario, si se hacen algunas precisiones, como criterio material para la realización de la interpretación teleológica [el estudio de los fines o propósitos de algún objeto o algún ser] del tipo:

1. ¿El riesgo permitido y la adecuación social son lo mismo? Aunque la doctrina ha elaborado muchos criterios para definir y distinguir estos conceptos, en la concepción que se sigue en este libro se entiende que ambas son formas de limitar el tipo —de excluir la tipicidad de una conducta— que responden a una ponderación de intereses conforme a valoraciones sociales que son asumidas por el ordenamiento. La diferencia es que la adecuación social se aplica a los delitos dolosos, porque implica que la acción dirigida por la voluntad a la lesión del bien jurídico ya no se encuentra desvalorada, al entenderse que esa misma afección del bien jurídico tampoco lo está por tratarse

precisamente de una forma aceptada de consumo del mismo.

Ej. 8.10: La privación de libertad entre las paradas de un autobús urbano, es una forma aceptada de sacrificio o consumo del bien jurídico libertad deambulatoria para permitir el funcionamiento del transporte público.

O bien por entenderse que la forma en que pudiera afectar al bien jurídico esa conducta no supone la lesión contra la que se lo quiere proteger.

Ej. 8.11: El pequeño regalo al cartero por Navidad no lesiona el correcto funcionamiento de la administración, ni la confianza de los ciudadanos en el mismo, no integra por tanto el tipo del cohecho.

En cambio el riesgo permitido se aplica a los delitos imprudentes. En ellos no se trata ya de que la propia afección del bien jurídico se valore como un consumo deseable del mismo o como un resultado no indeseable, lo que ocurre aquí es que determinadas conductas peligrosas (que pueden dar lugar a una lesión del bien jurídico), se consideran permitidas porque son útiles a la sociedad, son necesarias en nuestra vida moderna, y por ello son atípicas. Entonces un resultado producido por dichas conductas permitidas se considerará fruto del caso fortuito, por no imputable a una conducta típica. Esa lesión del bien jurídico, aunque no deseable, se entiende como el fruto de un riesgo que debemos asumir para poder utilizar los bienes jurídicos.

Ej. 8.12: Conducir un vehículo a motor es una actividad peligrosa, porque puede ocasionar multitud de lesiones a bienes jurídicos distintos. Sin embargo, también es una actividad necesaria en el mundo actual, de la que no se puede prescindir. Con base en una ponderación de intereses se considerará permitido conducir de determinada manera, sujetándose a unas cautelas que disminuyan (aunque no eliminen del todo) el riesgo, como por ejemplo conducir a determinada velocidad, por el carril derecho, etc. Quien conduzca de esta manera sigue generando ciertos riesgos, pero se consideran ya riesgos permitidos, riesgos que se asumen para poder ejercer una actividad que la sociedad considera valiosa. Así, quien, a pesar de cumplir con todas las normas de cuidado, tiene la desgracia de causar el atropello y muerte de otra persona

no habrá realizado una conducta imprudente, pues se mantuvo en el riesgo permitido, no infringió el cuidado debido. Nuestro conductor cuidadoso no ha realizado por tanto el tipo del homicidio imprudente.

Adelantamos que el Derecho no puede desvalorar resultados que no provienen de una conducta a su vez desvalorada. O dicho de otra manera, no hay desvalor de resultado que no provenga de un previo desvalor de acción. Como veremos al estudiar el delito imprudente, en este Curso entendemos el riesgo permitido como la otra cara de la moneda de la infracción del cuidado objetivamente debido. El riesgo permitido y su anverso, la infracción del cuidado objetivamente debido, serán pues criterios para definir la conducta típica en los delitos imprudentes. Es decir, criterios para desentrañar el primer y más importante elemento del delito imprudente, pero escasa y deficientemente definido en la letra de la ley: la conducta imprudente. El riesgo permitido comparte con la adecuación social que es también el resultado de una ponderación de intereses fundamentada en las valoraciones sociales que han de haber sido recogidas por el ordenamiento jurídico.

2. Solo podemos llamar adecuación social o riesgo permitido a las valoraciones resultantes de una ponderación de intereses asumida por el ordenamiento (expresamente o no, es decir, al menos sustentada por otras valoraciones legales). Ello significa que, efectivamente, allí donde no existe todavía una regulación expresa del conflicto, o esta no es absolutamente detallada, resulta posible que las valoraciones sociales doten de un cierto dinamismo a la concreción del tipo. Pero esta función será ciertamente limitada pues para entender que esa valoración no es solo social sino también jurídica tendrá que ser conforme con el resto de valoraciones expresas del ordenamiento.

3. No hay que confundir los casos de adecuación social con los supuestos de acciones típicas pero justificadas, y por ello no todos los casos de adecuación social pueden resolverse de esta última manera. Los únicos casos de adecuación social y riesgo permitido serían aquellos en los que la conducta formalmente típica es por sí misma valorada y en el caso de la adecuación social también esa afección que pasa a considerarse un consumo adecuado del bien jurídico. En cambio, cuando tenemos que añadir a la conducta típica la persecución de un fin que está más allá del fragmento que resulta ya de por sí formalmente típico

para poder considerarla valiosa, está claro que ya no nos hallamos ante un caso de adecuación social de aquella conducta, sino ante un caso de justificación. La conducta típica pasa a considerarse lícita aquí no porque ya no sea desvalorada en sí misma, sino porque forma parte de una conducta mayor cuya finalidad valiosa compensa el desvalor del fragmento típico. La distinción entre las ponderaciones que dan lugar a una exclusión ya del tipo de las que solo excluyen la ilicitud se basa en la necesidad de armar un precepto permisivo en las segundas porque solo la persecución en unas determinadas circunstancias objetivas, de un fin que está más allá de lo formalmente típico, identifica a la acción valiosa, mientras que en la exclusión de tipicidad por adecuación social o riesgo permitido sería ya la mera conducta formalmente típica la que por sí sola debería considerarse valiosa.

Ej. 8.13: El caso de la ambulancia que circula a una velocidad superior a la autorizada e invadiendo el carril contrario con el fin de trasladar urgentemente a un accidentado en peligro de muerte no es un supuesto de riesgo permitido, sino de infracción de la norma de cuidado que prohíbe conducir de esa manera, pero justificada. Si nos quedáramos solo con el segmento típico, la conducción en esas circunstancias, tendríamos que afirmar que la misma es típica. Solo el añadir que forma parte de una conducta más amplia dirigida a salvar una vida justifica, convirtiendo en lícita, la conducta típica, compensando su desvalor con ese valor añadido. Se trata por tanto de un caso de justificación y no de atipicidad.

Ej. 8.14: En cambio los pequeños regalos de escaso valor que como aguinaldo se hacen a funcionarios o a clientes — regalar al médico, al maestro, al cartero o a clientes unas botellas de vino u otros alimentos por navidad— son un claro ejemplo de adecuación social que no integraría los tipos de los delitos de cohecho o de corrupción. Aquí no hace falta añadir a la conducta formalmente típica ninguna finalidad ulterior que compense su desvalor, ya que es esa conducta en sí misma la que no se halla desvalorada.

2. EL CRITERIO DE LA INSIGNIFICANCIA

El criterio de la insignificancia propugna que quedarían excluidas del tipo lesiones de bienes jurídicos insignificantes: los casos de bagatela.

Pero la definición de lo insignificante también genera inseguridad jurídica, al ser un criterio impreciso, y podría en ocasiones contradecir la propia regulación penal, que castiga como delitos leves en ocasiones tal clase de conductas.

Ej. 8.15: La conducta consistente en ir por el carril más a la izquierda de los que integran un sentido en la autovía a escasa velocidad y no apartarse para que otros coches que quieren ir más rápido lo puedan hacer podría considerarse formalmente como un delito de coacciones, pero la afección a la libertad es tan insignificante que esta conducta no se considera típica.

3. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICO-RESTRICTIVA DEL TIPO

Muchos de los autores que han rechazado la idea de la adecuación social han pretendido sustituirla por la interpretación teleológico restrictiva. Así, no toda conducta formalmente subsumible en el tipo resultaría típica, sino que habría que hacer una interpretación restrictiva del tipo en atención a qué se quiere proteger y qué se quiere castigar, lo que nos dejaría fuera del tipo, como atípicas, todas aquellas conductas que afectan a un bien jurídico de manera distinta —insignificante, adecuada por entenderse forma normal de consumo, etc.— a aquella que se quiere evitar con la norma penal. Entendemos en este Curso que esta es la vía de solución correcta pero que no es incompatible con la aceptación de la adecuación social y el riesgo permitido como criterios materiales para la interpretación teleológica, que surgen de las ponderaciones de intereses entre la protección de bienes jurídicos y la necesidad de su utilización y consumo en la vida diaria y que tienen su fundamento en las valoraciones sociales asumidas por el ordenamiento jurídico.

V. LA ESTRUCTURA Y CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

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

1) En atención a la clase de comportamiento típico podemos distinguir entre:

- a) delitos dolosos, y**
- b) delitos imprudentes.**

2) En relación con la forma de comportamiento podemos distinguir:

- a) delitos de acción: en los que se castiga la realización de una acción, y a los que subyace por tanto una prohibición de actuar;**

b) delitos de omisión, donde lo que se castiga es una omisión, y a los que subyace un mandato de actuar.

3) En relación con el sujeto activo podemos distinguir entre:

a) delitos comunes: pueden ser realizados por cualquiera, y suelen utilizar para referirse al autor la expresión «*el que...*»;

Ej. 8.16: El tipo del homicidio: «*el que matare a otro...*». Es un delito común.

b) delitos especiales: solo pueden ser realizados por sujetos que reúnan determinadas características, condiciones o requisitos descritos en el tipo. Y dentro de estos podemos distinguir entre:

i) delitos especiales propios, son aquellos delitos que no tienen una figura común paralela;

Ej. 8.17: El delito de prevaricación solo puede ser cometido por funcionarios, jueces o magistrados, y no existe una «*prevaricación del particular*», es por tanto un delito especial propio.

ii) delitos especiales impropios, son aquellos que tienen una figura común paralela que puede realizar cualquiera.

Ej. 8.18: Existe un delito de allanamiento de morada que puede cometer cualquiera (art. 202 CP) y también un delito especial impropio de allanamiento de morada por funcionario público que solo pueden cometer los funcionarios y que conlleva una agravación de la pena (art. 204 CP).

Los delitos especiales tienen su fundamento en la infracción de deberes especiales que solo afectan a esas personas, lo que constituye el motivo del castigo de la conducta (en los especiales propios) o bien de la agravación de la pena (en los especiales impropios). Otros autores fundamentan los delitos especiales propios en que solo determinadas personas tienen acceso a ciertos bienes jurídicos y son por ello capaces de lesionarlos.

c) Una tercera categoría la constituyen los delitos de propia mano, que en principio pueden ser cometidos por cualquiera, pero es necesario que el autor realice por sí mismo los actos típicos, no pudiendo realizarse el delito a través de un tercero a

quien se maneja como instrumento, es decir, no cabe en estos delitos la autoría mediata y en general también se suele negar que la acción equivalga a la omisión a efectos de la comisión por omisión y los requisitos establecidos para la misma en el art. 11 CP.

Ej. 8.19: Tradicionalmente se ha entendido, y aun hoy es la opinión más extendida, que el delito de violación regulado en el art. 179 CP es un delito de propia mano (aunque en la actualidad un sector de la doctrina lo cuestiona).

4) En relación con la exigencia o no de un determinado resultado típico podemos distinguir entre:

a) delitos de mera actividad: en ellos se castiga la mera realización de una conducta sin exigir que de ella se derive ningún resultado;

Ej. 8.20: El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, del art. 379 CP, es un delito de mera actividad.

b) delitos de resultado, en los que el tipo exige la realización de un resultado, un efecto externo, conceptualmente separable de la acción que lo produce;

Ej. 8.21: El homicidio doloso es un tipo de resultado, pues además de la acción dirigida a matar se exige la producción del resultado de la muerte de otra persona.

Y aún dentro de los posibles resultados típicos podemos distinguir entre:

i) delitos de resultado material: cuando lo que se exige es la alteración material de un objeto;

ii) delitos de resultado de peligro concreto: cuando el resultado que se exige es una situación de peligro para un objeto;

iii) delitos calificados por el resultado: son aquellos que exigen además de la conducta básica constitutiva por lo general ya de delito, que la misma haya producido otro resultado más grave, lo que fundamenta un aumento de la pena.

Ej. 8.22: Véase el delito de abandono de menores o

personas con discapacidad calificado por el resultado de puesta en peligro de su vida, salud, integridad física o libertad sexual, reproducido en el ejemplo 7.16.

5) En relación con la consumación del delito y sus efectos podemos distinguir:

a) delitos instantáneos: la realización del tipo se agota con su consumación que se produce en un instante, aunque produzca efectos que perduren en el tiempo, cómo por ejemplo unas lesiones que tarden unos meses en curar;

b) delitos permanentes: La consumación del delito crea aquí una situación antijurídica que el autor puede mantener en el tiempo hasta que decida su cese.

Ej. 8.23: El prototipo de esta categoría es el delito de detenciones ilegales. La situación antijurídica de la privación de libertad se mantiene hasta que la víctima es liberada. También por ejemplo el delito de depósito de explosivos es un delito permanente.

Ello tiene consecuencias como ya vimos para la determinación de la ley aplicable en el tiempo, pero también para el cómputo de los plazos de prescripción, que comienzan a contarse no desde el momento en que el delito se consuma (la persona es privada de libertad), sino desde que cesa la situación antijurídica (se la libera).

6) Según la congruencia de las partes objetiva y subjetiva del tipo podemos distinguir:

a) tipos congruentes: la parte subjetiva abarca toda la parte objetiva del tipo y coincide con ella.

Ej. 8.24: El homicidio es un tipo congruente: la parte subjetiva del tipo está constituida por el dolo, que se extiende a todos y solo a los elementos objetivos, que efectivamente deben realizarse para la consumación del delito.

b) tipos incongruentes: en ellos la parte subjetiva del tipo excede a la parte objetiva, es decir, lo querido por el sujeto va más allá de lo que efectivamente tiene que realizar para la consumación formal del delito. El objetivo de estas construcciones es adelantar la consumación formal del delito a un momento anterior a la lesión del bien jurídico. Podemos

encontrar dos modalidades:

i) delitos de resultado cortado: La parte subjetiva del tipo incluye la voluntad dirigida a la producción de un resultado pero la parte objetiva no exige ese resultado para que el tipo se consume formalmente, la efectiva producción del resultado querido queda fuera del tipo objetivo;

Ej. 8.25: El art. 197.1 CP castiga al que, «...*para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico...*».

La consumación del delito exige solo el apoderamiento de sus cartas o mensajes de correo, etc. pero esa conducta debe hacerse con la intención trascendente de descubrir secretos, lo que ya no es necesario que llegue a conseguirse.

Ej. 8.26: El art. 607 CP castiga a «*Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes... 3. ...sometieran al grupo... a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud...*».

El delito se consuma con la mera colocación del grupo en esas circunstancias, sin esperar a que se produzca el resultado de destrucción del mismo, pero dicho resultado debe ser perseguido por el sujeto al realizarla conducta para que se dé el tipo.

Ej. 8.27: La tentativa acabada es también un tipo de resultado cortado. Para la realización del tipo de la tentativa no es necesaria la producción del resultado, pero el resultado debe ser querido, la voluntad de producir el resultado integra el tipo subjetivo que es así más amplio que el objetivo.

ii) delitos mutilados de varios actos: en ellos la parte objetiva del tipo exige solo la realización de una determinada conducta, pero la parte subjetiva debe incluir la voluntad de realizar otra u otras a continuación, que llevarán a lesión del bien jurídico.

Ej. 8.28: El art. 386.2 CP castiga «*La tenencia,*

recepción u obtención de moneda falsa para su expedición o distribución o puesta en circulación. No se exige que se haya producido la distribución o puesta en circulación...», para la realización del tipo, basta con la mera tenencia, recepción u obtención, pero esta conducta debe realizarse con la intención trascendente (que va más allá de lo que objetivamente debe hacerse para la consumación formal) de poner la moneda en circulación.

Ej. 8.29: La tentativa inacabada y los actos preparatorios son tipos mutilados de varios actos. Deben realizarse con la intención de seguir realizando actos posteriores.

7) Según la construcción de los tipos podemos distinguir:

a) tipos simples: El tipo comprende una conducta;

Ej. 8.30: El delito de homicidio comprende la conducta típica de matar a otro.

b) tipos compuestos: El tipo describe varias conductas que deben ser realizadas por el sujeto para cometer ese delito;

Ej. 8.31: El robo con fuerza en las cosas mediante escalamiento exige trepar para introducirse en el lugar donde se encuentran las cosas (primera conducta) y después apoderarse de cosas muebles ajenas (segunda conducta).

c) tipos complejos: es una variante del tipo compuesto caracterizada por el dato de que cada una de las conductas que se integran en el nuevo tipo constituyen ya por separado un tipo distinto;

Ej. 8.32: El robo con fuerza mediante fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados del art. 238 CP está formado por dos conductas que por separado integrarían respectivamente los tipos de daños (fracturar las arcas, armarios, etc.) y de hurto (apoderarse de las cosas muebles ajenas). Las dos conductas unidas forman un tipo diferente: el del robo.

d) tipos mixtos: el tipo ofrece diversas posibilidades o

alternativas de comisión. Se dividen a su vez en:

i) tipos mixtos alternativos: el legislador no ha encontrado una fórmula que comprendiera todas las distintas posibilidades de comisión y por ello las junta en un solo tipo de manera que quien realice una u otra o bien varias de ellas realiza solo una vez el tipo en cuestión, pues todas esas modalidades responden al mismo motivo de incriminación;

Ej. 8.33: En el delito de robo con fuerza en las cosas del art. 238 CP el legislador quiere castigar como más grave el superar los obstáculos que el propietario ha puesto para defender el bien, y lo hace a falta de una fórmula mejor, enumerando una serie de conductas que responden a esta finalidad, de manera que quien escale responde igual que el que rompa pared o cerradura y que quien haga todas estas cosas para apoderarse del bien mueble ajeno.

ii) tipos mixtos acumulativos: Se trata de supuestos que evidencian una técnica legislativa deficiente. El legislador une en la misma figura delictiva varias modalidades de ataque al bien jurídico distintas, y la realización de varias de ellas debe dar lugar a la apreciación de varios delitos;

Ej. 8.34: En el art. 245.1 CP se castiga como usurpador al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena. Quien ocupa un inmueble y además usurpa un derecho real ha realizado dos delitos de usurpación.

iii) tipos mixtos de proposiciones excluyentes: el legislador junta en un solo tipo dos conductas que corresponden a dos formas de cometer el delito excluyentes entre sí, de manera que quien realiza una no puede realizar la contraria en la misma ejecución del delito;

Ej. 8.35: El art. 145 CP castiga a la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley.

VI. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL RESULTADO TÍPICO, EL RESULTADO VALORATIVO Y LAS CUALIDADES DE LA ACCIÓN: LOS CONCEPTOS DE RESULTADO, LESIÓN, PELIGRO ABSTRACTO Y PELIGRO CONCRETO

Es necesario precisar que cuando hablamos de resultado podemos hacerlo en dos sentidos distintos. Cuando hablamos del resultado como elemento del tipo o resultado típico nos referimos a un efecto de la acción descrito en el tipo, que recae sobre un objeto. En cambio el resultado en un sentido valorativo hace referencia al efecto sobre el bien jurídico. Y lo mismo sucede cuando hablamos de peligro concreto, pues podemos estar refiriéndonos a una situación sobre el objeto de la acción descrita en el tipo, o podemos estar refiriéndonos a un efecto sobre el bien jurídico. Estas discrepancias son posibles porque aunque lo normal suele ser que el objeto de la acción se identifique con aquel objeto que encarna al bien jurídico y por lo tanto el resultado sobre aquel representa a su vez el resultado sobre el bien jurídico, lo cierto es que no siempre es así.

Ej. 8.36: La muerte de Pedro causada dolosamente por Martín es el resultado típico exigido en el delito de homicidio y representa a su vez la lesión del bien jurídico vida.

Pero como hemos dicho no siempre sucede así. En algunos delitos el objeto de la acción sobre el que se produce el resultado no coincide con el objeto o sustrato del bien jurídico.

Ej. 8.37: El delito de conducción temeraria del art. 380.1 CP castiga a «*El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas...*». Se trata de un delito de lesión del bien jurídico *seguridad vial*, pero a la vez es por su estructura típica un delito de peligro al exigir un resultado de peligro concreto para la vida o la integridad de las personas. Ello quiere decir que un delito que exija un resultado típico de peligro sobre un objeto puede a su vez ser un delito de lesión en relación con el bien jurídico protegido, ya que el objeto respecto del que se exige el resultado típico no se corresponde con el sustrato del bien jurídico protegido. Aquí el resultado de peligro sobre la vida o integridad de las personas que participan en el tráfico viario solo viene a representar una forma grave de lesión de ese bien jurídico inmaterial protegido en estos delitos: la seguridad del tráfico. En todo caso, al estudiar en concreto los diferentes delitos de la Parte especial, se verá como estas discrepancias llevan con frecuencia en la doctrina a discusiones

sobre cuál es el bien jurídico protegido en cada caso, y en el ejemplo propuesto algunos autores siguen la opinión que acabamos de expresar mientras que otros entenderán que lo protegido es precisamente la vida y la integridad de las personas y un tercer grupo construye un delito pluriofensivo en que pretende combinar la protección de estos últimos con la de la seguridad vial.

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

Además, no todos los bienes jurídicos tienen un sustrato material que se pueda identificar con el objeto de la acción. Por ello hay delitos de lesión que no exigen ningún resultado típico, sino que se lesionan con meras conductas.

Ej. 8.38: El correcto funcionamiento de la Administración pública, o la seguridad del tráfico viario, son bienes jurídicos que no se encarnan en objetos materiales y que pueden lesionarse con la mera actividad.

También podemos, por último, encontrarnos delitos —tanto si por su estructura típica son de resultado material, pero este no identifica como ya vimos la lesión del bien jurídico, como si son de mera actividad (y en esta categoría es más fácil que suceda)—, que carecen de desvalor del resultado. Un ejemplo del fenómeno descrito podemos encontrarlo en los delitos de peligro abstracto.

Aunque volveremos sobre este tema al explicar los conceptos de desvalor de acción y desvalor de resultado conviene en este punto explicar la diferencia entre el peligro concreto y el peligro abstracto.

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

En cambio en los delitos de peligro abstracto el legislador prohíbe una conducta porque generalmente es peligrosa para los bienes jurídicos.

La peligrosidad de esa conducta suele ser solo la *ratio legis* [finalidad o propósito de la Ley], el motivo por el que el legislador la prohíbe, y además es una peligrosidad que el legislador presume, pero rara vez pasa a ser definida en el tipo, y por lo tanto no pasa a ser un requisito típico cuya concurrencia deba probar el juez para afirmar la realización del tipo.

Ej. 8.39: La doctrina suele definir el delito de conducción bajo la influencia de determinadas sustancias, del art. 379 CP, como un delito de peligro abstracto. En él se castiga al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. El legislador entiende que esta conducta es peligrosa y por ello la prohíbe bajo pena, sin exigir que en el caso concreto haya producido ningún resultado de peligro concreto, y sin exigir tampoco en el tipo que en el caso concreto la conducta sea peligrosa, pues tal cosa se presume, y no se permite por tanto la prueba en contrario.

Una conducta es peligrosa si *ex ante* [antes del suceso], en el momento en que se comienza, aparece como no absolutamente improbable que de la misma se derive la producción de una lesión de un bien jurídico. Dicho de otra manera, es peligrosa aquella conducta que presenta una cierta probabilidad de producir un resultado lesivo en un juicio de previsibilidad objetiva [El criterio de lo «no absolutamente improbable» es una convención a la que se llega por el deseo de que este criterio sirviera para limitar las conductas típicas, tal y como estudiaremos en la lección siguiente, y se basa en la idea de que conformarse con que el resultado sea posible (posible es todo aquello que responde a las leyes causales, aunque sea muy improbable que ocurra) es exigir demasiado poco, mientras que exigir que el resultado aparezca como probable es quizás exigir demasiado, de manera que se elige un término medio entre lo probable y lo posible, que es lo no absolutamente improbable. Para hacerse una idea de las diferencias entre estos conceptos piénsese que si juego a la lotería es posible que me toque (según las leyes causales es posible que del bombo salga mi número), pero lo cierto es que es bastante improbable, dada la cantidad de números que hay en el bombo. La doctrina no ha precisado tampoco en qué grado de probabilidad situaría lo «no absolutamente improbable» y por otro lado hay autores que exigen grados de probabilidad mayores para afirmar la peligrosidad de la conducta]. Cuando el legislador prohíbe una conducta por ser peligrosa y exige en el propio tipo esa peligrosidad, la misma se convierte en una exigencia típica que el juez sí que tendrá aquí que

comprobar para afirmar la realización del tipo. En estos casos estamos ante una variante de los delitos de peligro abstracto conocida como «*delitos de aptitud para producir un daño*» o también como «*delitos de peligro abstracto-concreto*». Pero es preciso recordar que en contra de lo que ocurría con el peligro concreto, que calificábamos de resultado típico, la peligrosidad, aun cuando se convierta también en elemento del tipo, no es un resultado, sino una cualidad de la conducta y por tanto se ubica valorativamente en el desvalor de la acción. No es posible calificarlo, como ocurría con el peligro concreto en aquellos casos en que el objeto de la acción identificaba al bien jurídico, como un desvalor de resultado.

Ej. 8.40: El delito de elaboración o despacho de productos nocivos del art. 359 CP es un delito de peligro abstracto en la modalidad de «*delitos de aptitud para producir un daño*» pues el propio precepto exige que la conducta sea peligrosa cuando la define como «capaz de producir estragos»: «*El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos...*».

Ej. 8.41: En cambio el art. 350 CP es un delito de peligro concreto, pues exige que la vida o integridad de las personas hayan entrado en el radio de acción de la conducta y se haya producido esa situación de peligro concreto: «*...incurrirán en las penas previstas en el artículo anterior los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente*».

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

peligrosa.

Aunque el juicio de peligro —también el de resultado de peligro— siempre implica una previsibilidad, un juicio de probabilidad, y por lo tanto es necesariamente siempre un juicio *ex ante*-resultado (que se realiza antes de que se produzca el resultado de lesión o que se constate la frustración), en el peligro concreto ese juicio es posterior al juicio de peligrosidad de la acción, y en ese sentido es *ex post*-acción, pero sigue siendo *ex ante*-resultado.

Ej. 8.42: Vamos a ejemplificar las diferencias entre la peligrosidad de la conducta que sirve de fundamento a los delitos de peligro abstracto y el resultado de peligro concreto con dos ilustraciones:

En la imagen de la izquierda tenemos una conducta peligrosa: al comenzar la conducta de adelantamiento en una curva sin visibilidad aparece como no absolutamente improbable que un vehículo venga por ese carril en sentido contrario y pueda por tanto producirse un resultado lesivo. La peligrosidad es aquí una cualidad de la acción.

En el dibujo de la derecha un vehículo ha aparecido efectivamente por el carril invadido y los bienes jurídicos vida e integridad corporal de sus ocupantes entran en el radio de la conducta peligrosa. En este momento su lesión aparece como inminente, aunque después la maniobra de ambos conductores logre impedir el resultado. Estamos ante un resultado de peligro concreto.

LECCIÓN 9. EL DELITO COMO CONDUCTA TÍPICA, I: EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO

I. LAS DISTINTAS FORMAS DE CONSTRUIR EL TIPO DEL DELITO DE ACCIÓN EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Como vimos en la lección pasada, la escuela clásica y neoclásica construyen el tipo de lo injusto limitándolo, al menos en un principio, a los elementos objetivos y llevan el dolo (elemento subjetivo) a la culpabilidad. Por ello, el tipo se entendía conformado por la acción, el resultado y la relación de causalidad entre ambos. Pronto los causalistas vieron lo insuficiente de esta construcción, pues tenían que

esperar al análisis de la culpabilidad para descartar el carácter delictivo de una acción que simplemente había sido la causa de un resultado no producido de forma dolosa, ni imprudente. Sin embargo, como se vio en las lecciones 6 y 7, esto no les llevó a corregir su errónea ubicación de los elementos subjetivos en la culpabilidad, sino a intentar limitar las conductas típicas ideando nuevos criterios, más restrictivos, de la causalidad, como por ejemplo el de la causalidad adecuada, basada en la peligrosidad *ex ante* de la conducta, o juicio de previsibilidad objetiva, que se entiende hoy en día, como ya se anunció en la lección 7, no como un criterio que defina una relación de causalidad, sino como un «criterio de imputación objetiva» que explicaremos *infra*.

La aparición de la doctrina finalista supuso, como veremos en la lección siguiente, la aceptación mayoritaria de que el dolo y otros elementos subjetivos formaban parte del tipo de lo injusto, con lo que se solucionaban ya en lo injusto, pero por esta vía de negar la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, muchos de los problemas a los que la antigua doctrina había intentado dar respuesta con la causalidad adecuada y otros criterios.

Sin embargo, la antigua forma de construir el tipo objetivo, recortado por determinados requisitos normativos, ha trascendido en otras doctrinas nuevas. Y es que, hoy en día, junto a la construcción neoclásica minoritaria que sigue excluyendo el dolo del tipo, se han extendido nuevas sistemáticas (destacando dentro de ellas el funcionalismo político-criminal de ROXIN y el funcionalismo sistémico de JAKOBS, o la construcción de FRISCH), que pretenden construir un tipo objetivo desde el concepto social de acción o la conducta jurídico penalmente relevante, pero a él superponen todavía en lo injusto un tipo subjetivo, en el que integrarán el dolo y demás elementos subjetivos de lo injusto.

Estas nuevas sistemáticas asumen la llamada teoría de la imputación objetiva que, frente a la tradicional construcción causalista, supone la normativización del contenido del tipo objetivo, que ya no puede entenderse como mera descripción valorativamente neutra de un suceso físico-causal. Este enriquecimiento del tipo, de carácter objetivo-valorativo, se suma al conocido enriquecimiento subjetivo (en los delitos dolosos) impuesto por el finalismo con el tipo subjetivo. Según la teoría de la imputación objetiva, la mera causación efectiva de un resultado de muerte no es lo que identificaría a una conducta como la acción típica de matar en su aspecto objetivo, sino que más allá de esa constatación es preciso averiguar cuándo esa muerte ha sido causada por una acción de matar *en el sentido de la ley*.

Existen por ello importantes diferencias entre cómo construyen estas escuelas el tipo de lo injusto y cómo lo hace la escuela finalista (aun cuando podemos encontrar en cada escuela autores que toman

diversos elementos de las construcciones ajenas, con diferentes fundamentaciones). Ello se debe a que, como hemos visto, la teoría de la imputación objetiva pretende recortar ya el «tipo objetivo» mediante la introducción de muy diversos elementos valorativos, es decir, introduciendo, como requisitos que la conducta debe cumplir para considerarse típica determinados criterios. Algunos de esos criterios vienen arrastrándose, cómo ya hemos dicho, desde la construcción causalista, aun cuando la incorporación de un tipo subjetivo a lo injusto parecería hacer a muchos de ellos ya innecesarios, mientras que otros, en cambio, aparecen como restricciones normativas a los tipos que también aquí vamos a aceptar, pero con otro fundamento.

Las principales diferencias entre estas construcciones y la que aquí se defenderá no están, en nuestra opinión, como algunos creen, en contraponer una construcción que se fija solamente en elementos ontológicos (en la estructura material de la conducta y sus elementos) —como según algunos autores sería el finalismo—, a otra que se construye desde conceptos valorativos o normativos (la imputación objetiva). En esta obra vamos a partir de que los tipos pueden decidir normativamente qué elementos ontológicos son relevantes y cuáles no, por lo que no nos parece esa la diferencia fundamental.

Sin embargo aquí no vamos a seguir la teoría de la imputación objetiva porque, en nuestra opinión, estas construcciones comparten con el sistema clásico y neoclásico el error de construir el tipo objetivo sin tener en cuenta la necesaria relación entre el tipo y la norma de determinación.

Unas veces porque se empieza a construir el tipo objetivo desde el resultado, llevándolo todo a un problema de imputación del resultado (y para decidir esa imputación del resultado se diseñan diversos criterios de imputación objetiva) prescindiendo de la identificación de la prohibición y de la acción contraria a la misma (ROXIN), y otras porque aun reconociendo la relevancia de la acción típica como primer elemento del tipo, tras cuya constatación deberá todavía examinarse la imputación del resultado (FRISCH), la acción típica no se construye tampoco como la acción prohibida.

La teoría de la imputación objetiva suele aproximarse a la acción típica desde la exposición de casos y no desde una explicación dogmática de las relaciones entre los conceptos de injusto, norma y tipo que a nosotros nos parece más correcta. Para los defensores de aquella teoría la tarea de identificar la conducta típica es un procedimiento de interpretación de los tipos penales

que significa la conexión entre el texto de la ley y la realidad social (CANCIO). Esta forma de entender los tipos prescindiendo de las normas de determinación en la construcción del tipo objetivo cuestiona en nuestra opinión la posibilidad de concebir el Derecho penal como un instrumento de protección de bienes jurídicos mediante la prevención. Para la concepción aquí defendida, en cambio, la conducta típica es la conducta prohibida por la norma que subyace a cada tipo.

Además, los defensores de la teoría de la imputación objetiva se empeñan en construir un tipo objetivo idéntico para los delitos dolosos y los imprudentes, ya que en su opinión en el tipo objetivo se imputa normativamente si una conducta adquiere objetivamente el significado delictivo de matar, lesionar, amenazar o participar en un delito, partiendo de la idea de creación de un riesgo (FEIJOO). Para la imputación normativa del tipo objetivo no existen diferencias entre el delito doloso y el delito imprudente. Lo que es un riesgo (entendido como el conjunto de condiciones que permiten explicar un resultado) se define igual en el delito doloso que en el imprudente y las razones para no imputar el riesgo a una persona en el tipo objetivo son las mismas en el delito doloso y en el delito imprudente.

Lejos de esta concepción, en esta obra defenderemos que a los delitos dolosos y a los imprudentes subyacen normas diferentes. Bajo el tipo doloso se encuentra la prohibición de dirigir un curso causal hacia la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico, mientras que tras el tipo imprudente se encuentra la prohibición de realizar una conducta que el ordenamiento considera descuidada por entrañar un riesgo no permitido de lesionar un bien jurídico. Las conductas prohibidas en uno y otro caso son ya diferentes y por ello los tipos (también en sus aspectos objetivos) del delito doloso y del delito imprudente son distintos.

Como iremos viendo, aquí vamos a admitir también la existencia de límites normativos que restringen los tipos. Pero la diferencia fundamental con la teoría de la imputación objetiva radica en que ello no se fundamenta exclusivamente en una «valoración» de la conducta, sino que la introducción de esos límites normativos solo debe servir para acotar la materia de la prohibición (SANCINETTI).

La teoría de la imputación objetiva al convertir el tipo objetivo en una valoración de la conducta como contraria a la descripción legal, exactamente igual que hiciera el sistema neoclásico, añadiendo solo para la comprobación de la realización de la

acción típica determinados límites normativos, ha desconocido la relación entre el tipo objetivo y la norma de determinación. Con ello no llegan a explicar satisfactoriamente la pertenencia del dolo a lo injusto, que también admiten, o la explican a costa de transformar el tipo subjetivo en la exigencia de defraudación- evitabilidad individual, y llegan finalmente a un tipo objetivo disociado de la norma de determinación y al incomprensible divorcio, desde el punto de vista de las normas, del tipo objetivo y el tipo subjetivo.

En todo caso resulta fundamental para el estudiante de Derecho penal conocer que existen estas diferentes escuelas para comprender por qué los diversos autores exigen diferentes elementos en el tipo objetivo y por qué también se ofrecen distintas soluciones a ejemplos problemáticos concretos en la doctrina y la jurisprudencia.

II. LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE ACCIÓN DOLOSO

El primer elemento del tipo del delito de acción doloso es la acción. En este Curso vamos a seguir el concepto finalista de acción. Como ya se vio en la lección 6, según este concepto pertenecen a la acción todos y solo aquellos efectos que están comprendidos en la voluntad de realización del sujeto.

Por lo general, la descripción de la conducta típica es muy sucinta. El legislador define la conducta típica a través de un proceso de abstracción eligiendo unas pocas notas comunes e imprescindibles. Pero a veces se añaden a la descripción típica algunos elementos más que se consideran relevantes y que pueden referirse a determinadas características del objeto de la acción o de la víctima, a los medios o formas de ejecución, al tiempo o lugar de realización del delito, etc. De manera que si no se cumple alguna de esas especificaciones contenidas en el tipo no se realizará ese tipo en cuestión, sino quizás otro o ninguno.

Ej. 9.1: Por ejemplo, el art. 183.1 CP castiga a «*El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años...*». Si la víctima es mayor de dieciséis años ya no se estará realizando este delito sino otro, quizás el recogido en el art. 182.1 CP, si se dan sus requisitos (interviniendo engaño o abuso y sobre víctima mayor de dieciséis pero menor de dieciocho), o, en su defecto, el tipificado en el art. 181 CP (siempre que no exista consentimiento por parte de la víctima).

Ej. 9.2: El delito de allanamiento de morada del art. 202 CP

castiga a «*El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador...*», de manera que si la conducta se realizare en un lugar que no constituyera la morada de otra persona no se estaría realizando este tipo penal.

Especial atención merecen las especificaciones del sujeto activo, que como vimos dan lugar a la configuración de delitos especiales (propios e impropios), lo que será de especial relevancia en el ámbito de la autoría y participación, especialmente en relación con la responsabilidad del partícipe que no tiene las características exigidas en el tipo.

Para la descripción de la conducta típica el legislador suele utilizar elementos tanto descriptivos (captables por los sentidos), como elementos normativos (para cuya comprensión es necesaria la realización de un juicio de valor que se lleva a cabo bien acudiendo a otras normas jurídicas, bien a conceptos sociales, etc.).

Ej. 9.3: El art. 234 CP define el delito de hurto como «*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño...*». El concepto de cosa mueble es un concepto descriptivo, captable por los sentidos, que, en Derecho penal, hace referencia a los objetos que se pueden desplazar de un lado a otro. En cambio el concepto «ajena» es un concepto normativo y para dotarlo de contenido, para saber si la cosa es ajena, hay que atender a las normas del Derecho civil que regulan la propiedad y la posesión.

Como vimos en la lección anterior el tipo doloso puede describir únicamente la realización de una acción (delito de mera actividad) o la realización de una acción que produce un determinado resultado (delito de resultado).

Ej. 9.4: El delito de homicidio del art. 138 CP es un delito de resultado. El tipo exige la producción del resultado de muerte de otra persona.

En este último caso pertenecen al tipo objetivo del delito de acción doloso de resultado el actuar del sujeto, el resultado y la relación de causalidad entre ambos (que según esta obra se determinará de acuerdo a la teoría de la equivalencia de las condiciones). Además de los elementos anteriores, para afirmar que se ha realizado el tipo del delito de acción doloso de resultado (por ejemplo el tipo del homicidio doloso consumado), es necesario que se cumplan dos condiciones:

- Que la conducta no se considere socialmente adecuada, o dicho de otra manera, que además de parecer formalmente incluida en la descripción típica se considere subsumible en la misma desde una interpretación restrictiva, en atención a qué se quiere proteger y castigar, teniendo en cuenta la necesidad de utilización y consumo de los bienes jurídicos en la vida diaria.
- Que se den los criterios de imputación objetiva de la conducta y de imputación objetiva del resultado, que analizaremos detenidamente a continuación.

III. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

La moderna teoría de la imputación objetiva distingue entre criterios de imputación objetiva de la conducta, cuya ausencia hará que la conducta no sea típica, y que por tanto no se pueda castigar al sujeto ni siquiera por tentativa, y criterios de imputación objetiva del resultado. Para comprobar la existencia de estos últimos se exige la previa constatación de la existencia de la acción típica, tras lo cual se examina si se dan los criterios para decidir que el resultado producido causalmente por esa conducta típica es precisamente el resultado típico. La constatación de que no concurre en el caso concreto un criterio de imputación objetiva del resultado exigido por el tipo hará que no pueda castigarse por ese resultado, es decir, que no concorra el tipo del delito consumado, lo que sin embargo, y a diferencia del caso anterior, no impide el castigo por tentativa, ya que en este supuesto sí hemos constatado previamente la concurrencia de la conducta típica.

1. IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA CONDUCTA: LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA O PREVISIBILIDAD OBJETIVA DE LA REALIZACIÓN DEL TIPO

Que una conducta cause un resultado según la teoría de la equivalencia de las condiciones no basta, según la opinión dominante, para afirmar que tal conducta sea la conducta típica del tipo de resultado en cuestión, ni tan siquiera en su aspecto objetivo (por supuesto la conducta no será típica si no se dan además en ella los elementos subjetivos que exija el tipo doloso y que veremos en la lección siguiente). Según esta opinión, para que la conducta sea típica debe ser peligrosa.

La peligrosidad de la acción coincide con el juicio de previsibilidad objetiva. Se trata de un juicio realizado *ex ante* por una persona inteligente colocada en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las

conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la realización del tipo aparece como no absolutamente improbable la acción es peligrosa. O dicho de otra manera, para que en el análisis de un tipo doloso de resultado una acción sea considerada la acción típica, en el momento en que se da comienzo a la misma tiene que aparecer como no absolutamente improbable que dicha acción llegue a producir el resultado típico.

Ej. 9.5: Manolo discute con su compañera sentimental Lola, mientras ambos viajan en el vehículo conducido por él. En un momento de la discusión Manolo detiene el vehículo en mitad de la autopista y saca una pistola de fogeo que él mismo ha manipulado toscamente para disparar balas reales. Lola sale corriendo del vehículo mientras Manolo le dispara, pero las balas salen con escasa potencia de la pistola manipulada y no son capaces de alcanzar a Lola. Los forenses dictaminan que con esa pistola burdamente manipulada resultaba absolutamente improbable matar. El tribunal resuelve, por tanto, que Manolo no ha realizado la acción típica de matar del delito de homicidio del art. 138 CP. Manolo es absuelto de la tentativa de homicidio de la que se le acusaba (SAP Zaragoza 24/05/1996).

El primer problema que plantea este criterio de imputación objetiva de la conducta es el de determinar qué grado de probabilidad de producción del resultado es exigible para afirmar esa peligrosidad que la convierte en conducta típica. Si se elige que el resultado aparezca como meramente posible tal requisito sería de nula trascendencia, pues coincidiría con las leyes causales, se excluirían únicamente los casos de imposibilidad *ex ante* de la producción del resultado delictivo por razones ontológicas. En cambio si se opta por exigir que el resultado aparezca como probable sería excesivo el número de conductas que podrían resultar impunes. Por ello el criterio de peligrosidad suele concretarse en el sentido propuesto por ENGISCH para la teoría de la causalidad adecuada: la producción del resultado debe aparecer *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción (concepto que exige algo más que lo meramente posible pero menos que lo probable).

Sin embargo este criterio ha sido muy cuestionado, especialmente desde el finalismo, porque su inclusión en el tipo puede dejar sin castigo conductas dirigidas a la lesión del bien jurídico, nomológicamente capaces de causar el resultado (es decir, capaces de causar el resultado aplicando las leyes de la causalidad) pero no peligrosas (que no alcancen el grado de probabilidad exigido), lo que

parece desaconsejable.

Para ilustrar esta crítica suele acudir al ejemplo formulado por THYREN:

Ej. 9.6: Una persona **A**, completamente inexperta en el manejo de armas de fuego, intenta matar a otra **B**, disparándole desde una distancia desde la que incluso para un tirador experto resultaría difícilísimo acertar. La conducta de **A** aparece contemplada *ex ante* como no peligrosa, pues según la fórmula de ENGISCH la muerte de **B** a consecuencia del disparo de **A** aparece en un juicio de previsibilidad objetiva como una consecuencia absolutamente improbable. Sin embargo supongamos que **A** dispara y acierta, se da justamente esa escasísima probabilidad, y mata a **B**. Según la teoría de la imputación objetiva a pesar de que **A** al disparar quería matar a **B** y de existir una relación de causalidad entre el disparo y la muerte, **A** debería quedar impune porque al ser su conducta no peligrosa *ex ante*, la misma no puede calificarse como la acción típica de matar, por lo que no integra el tipo del homicidio o el asesinato y no se le puede castigar ni por delito consumado, ni por tentativa.

A pesar de la contundente crítica que para el criterio de la previsibilidad objetiva del resultado supone este ejemplo, y que los defensores de aquella han intentado superar de diversas maneras, aunque todas ellas suponen contradicciones con sus puntos de partida, y a pesar de que como vimos el origen del mismo está en un problema que dejó de ser tal con la inclusión del dolo en lo injusto, el criterio se ha impuesto ampliamente. Hasta el punto de que el legislador español parece haberlo introducido en la definición de la tentativa del art. 16 CP, con la intención de dejar impune la llamada tentativa inidónea. Dicho artículo dispone: «**1.** *Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*».

La doctrina mayoritaria interpreta que donde el Código penal dice «*actos que objetivamente deberían producir el resultado*» está recogiendo el criterio de la previsibilidad objetiva que acabamos de explicar. De esta manera, para que una conducta integre el tipo de la tentativa según nuestro Código penal (y por tanto también el del delito consumado, ya que este no añade al de la tentativa nada más que la producción del resultado, sin modificar la acción típica) la misma tiene que ser peligrosa, es decir, en el momento en que se comienza debe

aparecer como objetivamente previsible la realización del tipo o, dicho de otra manera, la causación del resultado como consecuencia de esa conducta debe aparecer *ex ante* como no absolutamente improbable. Si aceptamos esta interpretación ello quiere decir que ya no se prohíben en las normas que subyacen a los tipos penales de los delitos de acción dolosos todas las acciones dirigidas por la voluntad a la producción del resultado típico sino solo aquellas de las que además *ex ante* se prevea la causación del mismo como una consecuencia no absolutamente improbable.

2. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO: LA PERTENENCIA AL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

En este Curso vamos a admitir un criterio de imputación objetiva del resultado, tanto para los tipos dolosos como para los imprudentes, donde como veremos alcanza especial relevancia. Ese criterio es el del fin o ámbito de protección de la norma. Según este principio, para poder castigar como delito consumado, o dicho de otra forma, para afirmar que se han dado todos los elementos del tipo del delito consumado, y en particular, para poder afirmar que el resultado producido por la acción típica (cuya existencia hemos verificado previamente) es precisamente el resultado típico, es necesario comprobar que ese resultado es justamente el que trataba de evitar la norma infringida.

Esto puede no suceder cuando por ejemplo el resultado se ha producido causalmente según la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero a través de una anudación de distintos cursos causales o interacción de diferentes factores para cuya evitación no fue diseñada la norma infringida. En el ámbito de los delitos dolosos esto sucede, por ejemplo, en algunos supuestos en los que interviene la conducta posterior, dolosa, imprudente o incluso fortuita de un tercero con las que el sujeto que realizó la primera acción ya típica no contaba en su diseño del curso causal o cuya aparición e interacción con su propia conducta, a pesar de aparecer como posibles o incluso ser deseadas por él, no podía dominar.

Ej. 9.7: Manolo dispara a Pepe con intención de matarle pero falla el tiro y solo le acierta en un pie, causándole una herida que por sí sola no habría producido la muerte de Pepe. Sin embargo Pepe es trasladado en una ambulancia al hospital, y en el traslado la ambulancia sufre un accidente al no respetar otro vehículo la preferencia de paso del transporte de urgencia. A consecuencia del choque Pepe muere. Si examinamos la causalidad según la teoría de la equivalencia de las condiciones

afirmaremos la misma, ya que si Manolo no hubiera disparado a Pepe, este no hubiera viajado en ambulancia, no hubiera sufrido el accidente y no hubiera muerto. Sin embargo la norma subyacente al delito de homicidio doloso, que prohíbe matar a otro, concretada en este caso en la prohibición de dispararle, está pensada para evitar las muertes producidas por el disparo, y no aquellas otras derivadas de accidentes de tráfico al viajar en ambulancia. El resultado de muerte (en accidente de tráfico) queda fuera del ámbito de protección de la norma del homicidio doloso. Por ello el resultado producido no es el resultado típico, y no concurre por tanto el tipo objetivo del delito de homicidio doloso consumado. Solo se podrá imputar a Manolo la comisión de una tentativa de homicidio.

3. OTROS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA MANEJADOS POR LA DOCTRINA DE ESPECIAL RELEVANCIA EN EL DELITO DOLOSO

Como hemos expuesto al comienzo de la lección, aquellas escuelas que partiendo de una concepción diferente de lo que debe ser el tipo objetivo y su función intentan diseñar el mismo como una suma de criterios de imputación objetiva del resultado (ROXIN), o con una mejor técnica, diseñan diversos criterios de imputación de la conducta a los que luego añaden otros de imputación del resultado (FRISCH), han desarrollado una amplísima variedad de estos criterios, que en teoría deberían servir para constatar si una conducta adquiere objetivamente el significado delictivo de matar, lesionar, amenazar, etc., lo que la convertirá en la conducta típica.

Como ya se explicó, en este Curso no compartimos ni las premisas que llevan a este tipo de construcciones, ni tampoco las soluciones concretas que se dan a muchos ejemplos. Desde la concepción aquí sustentada la mayoría de los ejemplos incluidos en los distintos criterios de imputación objetiva son solucionables sin necesidad de los mismos, bastando el criterio del ámbito de protección de la norma. En otras ocasiones, como en los supuestos de disminución de un riesgo, nos parece que la solución a los ejemplos propuestos no es negar la tipicidad sino solo la antijuridicidad apreciando una causa de justificación.

Sin embargo nos parece conveniente que el estudiante de Derecho penal se familiarice con estos términos que puede luego encontrar en su vida profesional en la argumentación de jueces o colegas. No vamos a recoger aquí todos los criterios que se han ideado, sino solo algunos, dentro de los que más eco han tenido, de especial relevancia en el delito doloso. Otros criterios como los de la conducta alternativa

conforme a derecho, la prohibición de regreso y la imputación a la víctima, serán explicados al analizar el tipo del delito imprudente, pues es en ese ámbito donde tienen mayor trascendencia.

3.1. El criterio de la disminución del riesgo

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

Ej. 9.8: Antonio dirige un golpe mortal con un hacha contra la cabeza de Felipe, pero antes de que le alcance, Juan, dando un fuerte empujón al hacha, consigue desviar el golpe de Antonio, de manera que Felipe es finalmente alcanzado en el brazo, lo que salva su vida pero le produce unas lesiones. Según este principio no deberían imputarse a Juan las lesiones causadas a Felipe, de las que en definitiva ha sido también causa, dado que no han empeorado su situación sino que la han mejorado en relación con el riesgo inicial que le amenazaba.

En realidad en estos supuestos no se ve motivo alguno para excluir la tipicidad de la conducta, sino que deben ser solucionados mediante la apreciación de una causa de justificación.

3.2. El criterio de la no inobservancia del cuidado objetivamente debido o del riesgo permitido

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

Ej. 9.9: Ejemplos de este tipo, muy discutidos por la doctrina, son el de quien envía a otro al bosque en una noche de tormenta con la esperanza de que le caiga un rayo y lo mate.

Ej. 9.10: O el del sobrino que ansioso por heredar recomienda a su tío rico que viaje con frecuencia en avión, con la esperanza de que un día tenga un accidente aéreo y muera.

La doctrina discute diversos argumentos por los que estas conductas no deberían calificarse como la conducta típica de matar a pesar de constatarse la relación de causalidad entre la acción y el resultado (si el sobrino no le hubiese aconsejado volar, el tío no hubiese subido al avión, no hubiese sufrido el accidente y no habría muerto).

La respuesta tradicional del finalismo argumentaba que en estos

ejemplos falta el dolo, que no debe equipararse con un mero deseo de que algo ocurra, ya que el dolo es algo más, exige que el sujeto quiera el resultado como consecuencia de su propia acción y se atribuya alguna influencia en su producción (WELZEL, CERESO). Es decir, estos autores pretendían solucionar el problema negando únicamente el tipo subjetivo y no el objetivo.

En cambio desde la imputación objetiva se ha afirmado (erróneamente) la existencia de dolo, pero se niega la existencia del tipo objetivo con base en diferentes criterios. Así, se dice, por ejemplo, que en el caso del sobrino que recomienda viajar en avión no se cumple el criterio de imputación objetiva de inobservancia del cuidado objetivamente debido: recomendar a otro que viaje en avión es un riesgo permitido (GIMBERNAT), o que el resultado no aparece como realización de un peligro jurídicamente relevante creado por el sujeto (ROXIN).

En los últimos tiempos, sin embargo, algunos autores finalistas han admitido que, si bien es cierto que en el ejemplo no se da el dolo, porque desear que ocurra algo que no se controla no puede equipararse a tener dolo típico, ello es porque precisamente aquello que el sujeto se representa y quiere, en este caso, que la víctima se adentre en el bosque y un rayo le caiga encima, o que un avión sufra un accidente, no es el curso causal previsto en el tipo objetivo del delito de homicidio doloso. Es decir, si no hay dolo (conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo) es porque lo representado y querido por el sujeto no es típico. Si no se da el tipo subjetivo es porque tampoco aquello a lo que se extiende la voluntad del sujeto integra ningún tipo objetivo (en sentido similar SANCINETTI).

Personalmente antes que aludir al criterio del «riesgo permitido» prefiero explicar el supuesto argumentando que los cursos causales no dominables por el sujeto no forman parte del tipo objetivo de los delitos de acción dolosos de resultado, dado que la norma que subyace a los mismos prohíbe dirigir (dominar) un curso causal hacia el resultado. Esta afirmación conlleva por tanto también aceptar que el tipo objetivo del delito doloso no incluye cualquier relación de causalidad posible, sino solo las definidas normativamente como suficientemente dominables por el sujeto. Son precisamente estos cursos causales dominables por el sujeto los que trata de evitar la norma subyacente al tipo en cuestión. Y solo por ello la representación de esos cursos causales dominables será dolo.

El criterio de la no inobservancia del cuidado objetivamente debido es un criterio fundamental para averiguar la acción típica en los delitos imprudentes, como veremos en la lección 11, pero

en los dolosos resulta disfuncional. Los partidarios de la imputación objetiva, al construir un tipo objetivo común para los delitos dolosos y los imprudentes, se ven obligados, en contra de lo aquí propuesto, a afirmarlo en ambos. Sin embargo no tiene sentido hablar del cuidado debido en los casos en que precisamente el sujeto dirige el curso causal hacia la lesión del bien jurídico.

Por otro lado que «*las reglas de la imputación objetiva*» —o, desde la perspectiva aquí mantenida, más bien el contenido de la norma subyacente al tipo doloso— nos lleven a concluir que una determinada conducta que no integra el tipo objetivo del delito doloso, por falta de aquellos elementos por los que atribuimos el dominio del hecho, no significa que la conducta sea un riesgo permitido, pues puede ser un riesgo no permitido integrante del tipo del delito imprudente. Y viceversa: El enviar a otro a pasear en la tormenta puede ser considerado socialmente adecuado (un riesgo permitido), pero el hecho de que no lo fuera no lo convertiría automáticamente en doloso, aun cuando el sujeto imaginara e incluso deseara todo el curso causal posterior, pues para ello necesitaría haber dominado ese curso causal, lo que aquí no sucede.

Ej. 9.11: Onofre, deseoso de vengarse de su ex mujer Dolores, un día que tiene a su cuidado a su hija María de dos años, le abre la puerta y le anima a salir a lugar sola a la calle, con la esperanza de que la niña salga jugando a la misma y quizás pase por ahí alguna persona perversa que la secuestre o le acabe haciendo algún daño, lo que causaría un gran sufrimiento a Dolores. Onofre ha llegado a imaginar incluso que esa supuesta persona pudiera llegar a dar muerte a la niña. Onofre al abrir la puerta y animar a salir sola a la calle a la niña no ha realizado la acción típica del homicidio doloso (o del asesinato), por mucho que la conducta infrinja claramente el cuidado debido.

El tipo objetivo del delito doloso y del delito imprudente coincidirían en recoger, si se quiere, «riesgos no permitidos», pero no el mismo riesgo no permitido pues el tipo del delito doloso recoge un curso causal dominado hacia la lesión del bien jurídico, y el del imprudente no. Hay que abandonar la idea proveniente del sistema neoclásico de que el dolo y la imprudencia son dos formas de realizar un idéntico tipo objetivo. Una vez que se ha optado por las normas de determinación para construir lo injusto esta idea ya no tiene en nuestra opinión

sentido.

3.3. El criterio de la causa sustitutoria

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

Ej. 9.12: John, padre de la víctima a la que Charles asesinó, asiste a la ejecución del asesino en la prisión. Pero cuando el verdugo se dispone a bajar la palanca que activa la silla eléctrica, John lo aparta bruscamente para accionar la palanca él mismo dando así muerte a Charles.

En nuestra opinión no procede dejar de imputar un resultado por el hecho de que la causación del mismo le estuviera permitida a otra persona diferente de la que actúa, ni tampoco por el hecho de que se fuera a producir un resultado de ese tipo de todas formas por causas naturales.

LECCIÓN 10. EL DELITO COMO ACCIÓN TÍPICA, II: EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE ACCIÓN DOLOSO

I. INTRODUCCIÓN. LA EVOLUCIÓN DEL TIPO Y LA ACEPTACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO

Como hemos venido comentando en las lecciones anteriores, a principios del siglo pasado la doctrina distinguía la antijuridicidad de la culpabilidad por medio del contraste objetivo-subjetivo. Se pensaba que los elementos objetivos o externos de la acción debían ser objeto del juicio de antijuridicidad, mientras que los elementos subjetivos de la acción se analizaban en la culpabilidad y se argumentaba que ello era así, en primer lugar, porque el juicio de antijuridicidad debía ser un juicio objetivo y, en segundo lugar, porque la concepción causal de la acción, al prescindir del contenido de la voluntad en su definición, favorecía tal planteamiento.

Hoy se ve que ninguno de estos argumentos es correcto. En primer lugar porque el hecho de que el juicio de antijuridicidad sea un juicio objetivo, realizado por el ordenamiento jurídico, que evalúa la contradicción de un comportamiento y sus consecuencias con lo prescrito en las normas, no significa que ese juicio deba realizarse solo sobre los aspectos objetivos de la conducta. Y, por otro lado, porque

desde la aparición del concepto finalista de acción se entiende la conducta humana como una unidad causal-final, es decir, como una suma indisoluble de los aspectos objetivos y subjetivos del actuar. A partir del finalismo los conceptos de acción elaborados posteriormente reconocen la existencia de elementos subjetivos en la propia acción, que formarán parte, por tanto, también de la acción típica.

En realidad la decisión sobre los elementos pertenecientes al tipo de lo injusto depende directamente de los conceptos de injusto y de norma que se manejen. Así, aquella primitiva relegación de los elementos subjetivos a la culpabilidad se correspondía con un concepto causal de acción, una concepción meramente valorativa de la norma (tras los tipos penales subyacía, en opinión de aquellos autores, una «norma de valoración») y la definición de lo injusto, en consecuencia, como la lesión o peligro de un bien jurídico. En cambio, su reubicación en lo injusto era coherente con la concepción de las normas como normas de determinación (mandatos o prohibiciones) y la concepción personal de lo injusto propias del finalismo.

Sin embargo la doctrina neoclásica se vio ya incapaz de mantener la asignación de todos los elementos objetivos a lo injusto y todos los subjetivos a la culpabilidad, que era acorde con su concepto de acción, de norma y de injusto, por el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto. Y es que ya los propios autores causalistas, desde principios del siglo XX, pusieron de manifiesto que era imposible conocer qué era lo injusto específico en algunas figuras delictivas si no se tenían en cuenta elementos subjetivos.

Ej. 10.1: Así, resultaba imposible identificar qué clase de perturbación de la propiedad se pretendía castigar en el delito de hurto, si no se tenía en cuenta un elemento subjetivo como era el ánimo de lucro. El art. 234 CP que tipifica el delito de hurto castiga a quien «*con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño...*». Tomar una cosa ajena sin ánimo de lucro, como, por ejemplo, tomar una máquina cortacésped de un vecino para utilizarla y después devolverla, no es un delito de hurto, sino que constituye solo un ilícito civil. Solo si concurre el ánimo de lucro, es decir, la voluntad de apropiación de quien toma la cosa de otro, puede realizarse lo injusto específico del delito de hurto. Por ello el ánimo de lucro (elemento subjetivo) tiene que formar parte ya del tipo de lo injusto (aquellos elementos que nos definen lo injusto específico de cada figura delictiva) en el delito de hurto.

Tras esta constatación vino, como veremos, la defensa de la pertenencia del dolo también al tipo de lo injusto, que suele

mantenerse con cuatro argumentos fundamentales que explicaremos detenidamente *infra*: la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto; el castigo de la tentativa; la presencia en numerosos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas y la concepción de las normas como normas de determinación. Algunos de estos argumentos serán también los que nos sirvan para rechazar la moderna objetivización de los elementos subjetivos.

Y es que la evolución del concepto de tipo y la discusión sobre la aceptación o no de elementos subjetivos no ha terminado. Paralelas a las tendencias que vimos en la lección 6 de prescindir de un concepto de acción como concepto básico del delito, surgen en la actualidad corrientes que tienden a eliminar los elementos subjetivos de lo injusto mediante la técnica de «objetivizarlos» y «normativizarlos», negando las posiciones más extremas a prescindir de toda representación del sujeto e imputar el dolo a partir de la exclusiva concurrencia de determinados datos objetivos o de valoraciones sociales de la conducta objetiva. Estas tendencias, que en esta obra vamos a rechazar, suelen suponer una nueva concepción objetiva de la antijuridicidad como creación de peligros o riesgos desaprobados, o bien, en la rama funcionalista sistémica (JAKOBS), entienden la antijuridicidad como defraudación de expectativas normativas.

II. LOS ÉLEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO DIFERENTES AL DOLO

Como ya hemos dicho, a principios del siglo XX la propia doctrina causalista reconoció que determinados elementos subjetivos debían considerarse elementos del tipo de lo injusto, pues sin tener en cuenta esas especiales intenciones, ánimos o tendencias con las que debía actuar el sujeto, no podía comprenderse lo injusto específico del delito en cuestión.

La doctrina ha venido clasificando los elementos subjetivos de lo injusto mediante criterios semánticos, y así son frecuentes en los libros de texto las clasificaciones de los delitos que contienen elementos subjetivos de lo injusto en:

- delitos de intención, en los que pertenece al tipo subjetivo un determinado fin perseguido por el autor;

Ej. 10.2: El ánimo de lucro en el hurto sería un elemento subjetivo de esta clase.

Ej. 10.3: El propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, étnico, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, del delito de genocidio del art. 607 CP sería también un elemento subjetivo de esta clase.

- delitos de tendencia, en los que se requiere que una determinada tendencia subjetiva anime el actuar del sujeto;

Ej. 10.4: Según una parte de la doctrina (no todos los autores están de acuerdo en esto) los delitos de abusos sexuales exigirían una determinada tendencia voluptuosa que distinguiría la acción típica de, por ejemplo, una simple exploración ginecológica.

- delitos de expresión, en los que pertenece al tipo la discordancia entre lo declarado por el sujeto y lo que sabe;

Ej. 10.5: En el delito de falso testimonio del art. 458 CP se exige, según algunos autores, una discordancia subjetiva entre lo que el testigo afirma y lo que sabe, cuando se castiga a «*El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial...*».

En este Curso creemos que este tipo de clasificaciones tiene escasa virtualidad, más allá de la de ilustrar con ejemplos la existencia de elementos subjetivos de lo injusto, y preferimos por ello dar una clasificación funcional de estos elementos, es decir, clasificarlos según cuál es su función dentro del tipo.

Los elementos subjetivos de lo injusto diferentes del dolo pueden cumplir dos funciones diferentes: o adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación, o restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar.

En el primer caso nos encontramos con elementos subjetivos que definen la voluntad dirigida hacia la lesión del bien jurídico —o bien hacia la realización de una segunda acción cuyo resultado o cuya mera realización representará la lesión del bien jurídico—. La lesión del bien jurídico —o la realización de esa segunda conducta cuyo resultado o mera actividad identificará la lesión del bien jurídico— quedan fuera del tipo objetivo, no es preciso que se realicen, y por ello hablamos de tipos de consumación anticipada. En estos delitos la consumación (que es un concepto formal) se adelanta a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico, que suele ser el momento elegido generalmente para establecer la consumación. En este grupo se

encuentran los delitos de resultado cortado y mutilados de varios actos.

Véanse al respecto los ejemplos 8.25, 8.26, 8.27, 8.28 y 8.29.

El resultado material o la mera actividad descritos en el tipo objetivo y que suponen la consumación formal del delito constituyen en el plano valorativo, sin embargo, un mero acto ejecutivo o preparatorio en el camino hacia la lesión del bien jurídico que viene indicado por el elemento subjetivo trascendente (que trasciende, va más allá, del contenido del tipo objetivo). Estos elementos no pueden ser objetivados pues precisamente hacen referencia a la finalidad del autor de conseguir el resultado fuera del tipo objetivo o con frecuencia, más específicamente, a su voluntad de actuar, de realizar el siguiente acto, en los delitos mutilados de varios actos, elemento que de ninguna manera es objetivable.

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

Ej. 10.6: En este grupo se encontraría el elemento subjetivo del ánimo de lucro, que viene a identificar la forma de lesión del bien jurídico propiedad (en el sentido del conjunto de facultades que la misma otorga) que se quiere castigar en numerosos tipos delictivos, dejando, por el contrario, impunes otras formas menos graves de perturbación de dicho bien, como por ejemplo el llamado «hurto de uso». La conducta descrita en el tipo objetivo —el tomar una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño— supone, sin más, una perturbación del bien jurídico, pero el elemento subjetivo viene a reducir el ámbito de dicha conducta más amplia a aquella otra más concreta dentro de la primera que se considera realmente digna de castigo en la vía penal por perturbar el bien jurídico de una manera más grave —tomar una cosa ajena con ánimo de lucro—.

En realidad muchos de estos últimos elementos subjetivos sí podrían ser objetivados si el legislador encontrara la manera de describir correctamente la conducta lesiva.

III. EL DOLO

1. CONCEPTO DE DOLO

El Código penal español no define el dolo. Para designarlo utiliza diferentes términos, como «intención», «malicia» o «a sabiendas».

Ej. 10.7: El art. 270.5.a) CP castiga a quienes: «*Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refieren los dos primeros apartados de este artículo... sin la referida autorización...*».

Ej. 10.8. El art. 459 CP castiga a: «*...los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción...*».

Ej. 10.9. El art. 404 CP castiga: «*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo...*».

En este Curso se va a seguir la siguiente definición del dolo: El dolo es la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo.

Ej. 10.10: En el delito de homicidio el dolo consiste en la conciencia y voluntad de matar a otra persona.

La definición anterior no es unánime, pues una parte de la doctrina pretende prescindir del elemento volitivo del dolo y reducirlo al elemento intelectual, con lo que para ellos el dolo sería solo conciencia de realizar el tipo objetivo.

Cuanto mayor es la tendencia a normativizar el contenido del tipo objetivo (por ejemplo mediante la inclusión de criterios de imputación objetiva) y la disociación consecuente entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo —alimentada especialmente por las concepciones que definen el tipo objetivo como un filtro donde meramente se analiza el significado social de una conducta y el tipo subjetivo como un segundo elemento en el que se examina la evitabilidad individual del comportamiento—, mayor es también la defensa de un dolo reducido a su elemento intelectual, o incluso la tendencia a una progresiva normativización del mismo (su definición mediante criterios normativos llegando a prescindirse de las representaciones del sujeto).

Así, en la doctrina existen diferentes posturas sobre el dolo, que bien lo identifican con la representación de un determinado grado de peligro o de una clase o cualidad del peligro, o incluso llegan a imputar el dolo a partir del significado social que se atribuye a determinadas conductas peligrosas. Las posturas que imputan el dolo en relación con la magnitud o clase de peligro de la conducta (o con el conocimiento o representación de los mismos) encuentran luego serias dificultades para explicar el dolo directo con utilización de medios escasamente peligrosos, como sucede en el ejemplo de THYREN que vimos en la lección anterior (véase ej. 9.6). Quienes en cambio imputan el dolo conforme a las valoraciones sociales corren el riesgo de dejar impunes conductas cometidas con dolo directo pero que aparezcan todavía como «interpretables» conforme al rol del sujeto.

Y es que estas construcciones hacen depender lo injusto de factores aleatorios, pues, según las mismas, datos como el tipo de arma que se quiera utilizar o la profesión o el rol del sujeto, o el hecho de que conductas de ese tipo permitan alguna utilidad social, pueden hacer juzgar una conducta externamente como normal (en cuyo caso no se atribuirá dolo al sujeto, con independencia de su auténtica voluntad), lo que no parece lo más adecuado. Cuando se quiere evitar este efecto, se corre el riesgo de incurrir en la paradoja de, al contrario de lo que se predica, conceder relevancia a determinados datos y manifestaciones de la voluntad del sujeto para imputar el dolo (pero no para negarlo) o de variar esas valoraciones sociales (por lo general escasamente definidas) conforme al interés del intérprete.

2. LOS ARGUMENTOS PARA ENTENDER EL DOLO COMO ELEMENTO SUBJETIVO DE LO INJUSTO

La defensa de la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, descartando su antigua ubicación como forma de culpabilidad, es hoy mayoritariamente aceptada.

Una parte de la doctrina finalista cree que es una consecuencia necesaria de la estructura finalista de la acción humana. Estos autores creen que existen determinados datos de la realidad (las estructuras lógico-objetivas) que vinculan al legislador y le obligan a regular de determinada manera. Aquí no seguimos esa argumentación. Ello porque, aunque ciertamente el legislador no puede contradecir la realidad si no quiere negar a una regulación

ineficaz, lo cierto es que esa realidad tampoco le impone una manera concreta de legislar, pues el legislador puede elegir con criterios normativos qué parte de la realidad considera o no relevante, conforme a los fines que pretenda alcanzar y los instrumentos que utilice a tal efecto.

Consideramos por tanto aquí que son los fines del Derecho penal, la elección de las normas de determinación como instrumento para cumplir esos fines y el concepto de injusto que de esas decisiones se deriva, lo que llevará a defender la inclusión del dolo en el tipo de los delitos dolosos: Por ello, el mismo concepto de acción nos va a servir para definir el delito doloso y el imprudente, porque son las diferentes normas que subyacen a cada uno de ellos (una prohibición de dirigir un curso causal hacia la lesión del bien jurídico en el primer caso y una prohibición de realizar una conducta descuidada en el segundo) y no el concepto ontológico de acción, las que harán necesario incluir el dolo en el tipo de los primeros mientras que no es necesaria la presencia de elementos subjetivos en el tipo de los segundos.

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

1) La existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto, que, por una parte, rompen aquella pretendida correlación objetivo-antijuridicidad/subjetivo-culpabilidad, y, por otra parte, en la mayoría de los casos, exigen para su propia constatación previamente la del dolo.

Ej. 10.11: Así, en el delito de hurto, para que alguien pueda actuar con ánimo de apropiarse de algo, primero deberá conocer que no es suyo, por lo que el ánimo de lucro exige previamente el dolo, el conocimiento de que se está tomando una cosa ajena.

2) El castigo de la tentativa, cuyo injusto no es comprensible (especialmente en la inacabada) sin tener en cuenta el elemento subjetivo: la voluntad de sujeto. Si paramos la acción en un momento en que el sujeto no ha finalizado la realización de su plan (tentativa inacabada) o incluso cuando el sujeto ha realizado la conducta completamente pero no se ha producido el resultado (en el momento de la tentativa acabada), no podemos saber qué delito está cometiendo si no tenemos en cuenta su voluntad de realización, su dolo. Una misma acción, detenida en un momento inicial, constituirá o no tentativa de delito según la intención delictiva (dolo) o no delictiva

con la que el sujeto la esté realizando. Por ello la descripción de la tentativa incorpora siempre un elemento subjetivo: la voluntad del sujeto de seguir actuando (de seguir realizando el resto de actos ejecutivos que le faltan para completar su plan, en la tentativa inacabada) y la voluntad de realizar con ello los elementos objetivos del tipo (entre ellos el resultado típico).

Ej. 10.12: ENGISCH ponía el siguiente ejemplo para ilustrar lo anteriormente dicho: en un restaurante un cliente que ha terminado de comer se dirige a la salida y levanta un abrigo ajeno del perchero. Si detenemos la conducta en este instante no podremos saber si el sujeto está comenzando un hecho delictivo o no sin tener en cuenta su intención. Si su intención es salir con el abrigo ajeno sin que nadie le vea, el sujeto ha cometido ya en aquel momento en que agarró el abrigo ajeno una tentativa de hurto. En cambio, si su intención al tomar el abrigo de otro era sacar el suyo que se encontraba debajo, su conducta es atípica.

Ej. 10.13: Podemos añadir todavía otro ejemplo en fase de tentativa acabada: un sujeto quiere matar a otro y con tal fin le dispara por la espalda, pero su mala puntería hace que solo le alcance en un brazo. Objetivamente solo puede apreciarse aquí una conducta de disparar a otro, un resultado de lesiones en un brazo y una relación de causalidad entre ambos. Si no tenemos en cuenta que la finalidad del sujeto era causar la muerte, no podremos afirmar que el mismo ha realizado una tentativa de asesinato.

Si el tipo de la tentativa incorpora necesariamente la voluntad del sujeto de realizar los elementos objetivos del tipo, también lo incorporará de igual manera el tipo del delito consumado, pues el mismo no cambia en nada la acción típica, sino que solo añade a la tentativa la efectiva producción del resultado.

3) La presencia en numerosos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas también se ha argüido en favor de la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto.

Ej. 10.14: Así, se dice que los verbos usados en algunos tipos delictivos, como «utilizar engaño bastante» en el delito de estafa (arts. 248 y ss. CP) o «compeler» a hacer algo en el delito de coacciones (art. 172 CP), no pueden entenderse de una manera meramente causal.

4) La concepción de las normas como normas de determinación se ha argumentado también en favor de la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto. El tipo de lo injusto tendría una función de motivación y solo así podría conocer el destinatario de la norma cuál es la conducta prohibida de la que debe abstenerse (GIMBERNAT).

Estamos de acuerdo con esta afirmación solo si la matizamos en el siguiente sentido: las normas de determinación son el instrumento idóneo para la protección del orden jurídico al ordenar o prohibir la realización u omisión de acciones que supongan el mantenimiento o la perturbación respectivamente de situaciones valiosas. Así es como las normas penales (y no solo la pena) realizan su función de protección de los bienes jurídicos.

Pero la misión del tipo de lo injusto es informar de lo prohibido para la generalidad. De esta manera la antinormatividad (la infracción de la norma) se divide en dos partes que se asignan a lo injusto o a la culpabilidad en atención a la función que cumple cada una de estas categorías. A lo injusto llevaremos la contradicción objetiva entre la conducta y lo prescrito por la norma, su enunciado, establecido de manera general, mientras que a la culpabilidad llevaremos todo lo relativo a las condiciones personales para el cumplimiento de la norma.

Pero el contenido de una prohibición, su enunciado, si efectivamente quiere tener la forma de una prohibición y no de una mera valoración, ya tiene que poder identificar la acción prohibida (por considerarse disvaliosa, no deseada) en el momento en que esta da comienzo. Una norma que solo considerase prohibidas las conductas que *ex post* [posterior al hecho] se hubieran desarrollado de cierta manera no sería una norma de determinación sino una valoración (y en este defecto incurren con frecuencia las teorías de la imputación objetiva al diseñar el tipo objetivo). Por tanto se hace imprescindible que ya en el tipo de lo injusto la conducta prohibida sea reconocible antes de comenzarla (y aun cuando luego el hecho de si el sujeto concreto pudo reconocer o no lo prohibido se examine en la culpabilidad).

Para esta misión de identificar las conductas prohibidas *ex ante* existen dos clases de normas, que darán lugar a dos clases de tipos, los dolosos y los imprudentes, y que se corresponden con dos formas de identificación:

- 1.** las dirigidas por la voluntad hacia la lesión del bien jurídico; entonces el contenido de la voluntad (el dolo) se

convierte en elemento que identifica la conducta prohibida;
y

2. las que suponen un determinado riesgo *ex ante* que se considera no permitido y entonces ese determinado riesgo no permitido observable *ex ante* (la inobservancia del cuidado objetivamente debido) identifica la conducta como no permitida en el momento en que se la da comienzo.

Solucionado el problema de la concreción del enunciado de la norma de determinación, que es lo que nos interesa en la categoría de lo injusto, los problemas de si el sujeto concreto pudo conocer la norma y motivarse por la misma quedan al margen, para analizarlos en la culpabilidad, pero el dolo queda incluido en el tipo, sin necesidad de admitir por ello elementos subjetivos en la imprudencia.

3. LOS ELEMENTOS DEL DOLO

Si hemos definido el dolo como la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, el dolo estará formado por dos elementos, uno intelectual, la conciencia o conocimiento de los elementos objetivos del tipo y otro volitivo, la voluntad de realizar esos elementos.

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

3.1.1. *La conciencia de los elementos objetivos del tipo*

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

Por tanto, en los delitos de resultado el dolo comprende la previsión de la producción del resultado típico y del curso causal entre la conducta y el resultado, así como, si aceptamos el criterio de imputación objetiva de la previsibilidad objetiva, la conciencia de la peligrosidad de la conducta tal y como dicho criterio la exige (que la realización del tipo aparezca como no absolutamente improbable).

En los tipos agravados (en los que el legislador ha incorporado a un tipo básico una circunstancia agravante para formar un tipo calificado) y en los tipos atenuados (en los que el legislador ha incorporado una circunstancia atenuante a un tipo básico formando un tipo privilegiado) el dolo comprende los elementos objetivos de esas circunstancias agravantes o atenuantes siempre que afecten a la magnitud de lo injusto, puesto que dichas circunstancias son elementos del tipo calificado o del tipo privilegiado.

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

Cuando se trata de elementos normativos del tipo, el conocimiento que supone el dolo no se refiere a una valoración jurídicamente exacta del elemento en cuestión, sino que basta para afirmar el dolo con que esos elementos se comprendan con una «valoración paralela del autor en la esfera del profano» (MEZGER).

Ej. 10.15: Para afirmar el dolo del hurto no es preciso que el sujeto que se apropia de la cosa mueble conozca con detalle las normas que regulan la propiedad en el Código civil, basta con que sepa, con el nivel de conocimientos de cualquier persona no experta en derecho, que lo que está cogiendo no es suyo.

El dolo no exige, en cambio, conocer que esa conducta típica que se está realizando es antijurídica, contraria a derecho, pues la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad ajeno al dolo. No era entendido así en el sistema causalista. En él el dolo, entendido como forma de culpabilidad, comprendía no solo la conciencia de realizar los elementos del tipo, sino además el saber que aquello estaba prohibido (dolo malo). El finalismo, al traer el dolo desde la culpabilidad al tipo de lo injusto, cambió el concepto de dolo, pues limitó el mismo a la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo (dolo natural o dolo del hecho) y dejó la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad como un elemento de la misma totalmente independiente del concepto de dolo.

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

Si el dolo es la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, la ausencia de cualquiera de estos dos elementos determinará que no exista dolo y, por tanto, que no concurra el tipo doloso. En este epígrafe vamos a ocuparnos de la ausencia del primer elemento: la conciencia, que tiene lugar cuando el sujeto actúa en un «error de tipo»: El error sobre un elemento del tipo objetivo (falta de conciencia de que se realiza un elemento del tipo objetivo) determina la ausencia de dolo. En tal caso no se ha realizado el tipo doloso y el sujeto podrá solamente responder por imprudencia, siempre que exista el correspondiente tipo imprudente y que se den los elementos del mismo. Así lo recoge el art. 14.1 CP cuando dispone: «*El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será*

castigada, en su caso, como imprudente».

Ej. 10.16: Un sujeto va de cacería y ve moverse algo detrás de un matorral; pensando que puede ser un jabalí, apunta al matorral y dispara, pero con tan mala fortuna que lo que se movía detrás era un compañero de caza escondido para acechar a una presa. El dolo del delito de homicidio consiste en tener conciencia y voluntad de matar a otro, donde «otro» es una persona. En el ejemplo, el sujeto no sabía que estaba matando a otra persona, creía estar matando un jabalí, por lo que no se da el dolo del homicidio. Por faltar el elemento subjetivo no concurre el tipo del delito de homicidio doloso. Si el error era vencible (el sujeto se podía haber dado cuenta de que lo que estaba detrás del matorral era una persona si hubiese observado un cierto cuidado antes de disparar), y se dan el resto de requisitos, el sujeto podrá haber cometido en su caso el tipo del homicidio imprudente.

En el apartado 2 de dicho artículo se regula el error sobre una circunstancia agravante que cualifique la infracción y el error sobre una circunstancia agravante genérica: *«El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación».*

Según lo expuesto *supra* [anteriormente, más arriba] debemos entender que la expresión *«un hecho que cualifique la infracción»* se refiere exclusivamente a las circunstancias agravantes de lo injusto incorporadas a un tipo básico para formar otro calificado, y no a las que agravan por ser mayor la culpabilidad, pues sobre las mismas no se extiende el dolo, al no pertenecer aquellas al tipo de lo injusto. En los casos en que el dolo del sujeto no se extiende a los elementos objetivos de la circunstancia calificante no podrá entenderse realizado el tipo calificado, por faltar el elemento subjetivo, y el sujeto responderá solo por el tipo básico si su dolo sí se extendió a todos los elementos de este.

Ej. 10.17: El art. 235.1.1 CP castiga con una pena más grave el delito de hurto *«Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico»*. Si el sujeto desconocía el valor artístico de la cosa sustraída, porque pensaba estar tomando una mera imitación, no habrá realizado este tipo agravado, sino solamente el tipo básico del art. 234 CP.

No se prevé en este artículo qué hacer cuando no concurre el dolo sobre la circunstancia atenuante que forma un tipo privilegiado. Pero

aunque nada se diga, la solución debe ser la misma que para el tipo calificado, pues al faltar el dolo del tipo privilegiado este no se ha realizado, debiendo comprobarse si se ha dado el tipo básico (en sus elementos objetivos y subjetivos), o quizás solo una tentativa del tipo básico (lo que puede suceder si por ejemplo el tipo privilegiado consiste precisamente en la causación de un resultado de menor gravedad, que es el que el sujeto finalmente produjo, cuando en realidad él pretendía el resultado del tipo básico).

Ej. 10.18: El art. 143.3 CP castiga el homicidio consentido con una pena menor que la prevista en el art. 138.1 CP para el homicidio no consentido. Quien mata a otro desconociendo que este desea morir no tiene el dolo del homicidio consentido, por lo que no puede aplicarse este tipo privilegiado.

También regula el art. 14.2 CP, como hemos anunciado, el error sobre las circunstancias agravantes genéricas, que determinará la inaplicación de las Mismas.

Ej. 10.19: El art. 22.5 CP recoge como circunstancia agravante el: «*Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito*».

Esta circunstancia solo puede apreciarse si el sujeto conoce y precisamente quiere causar esos sufrimientos a la víctima Si el autor del delito ha elegido un método con el que piensa que no va a producir sufrimientos, pero por su desconocimiento o impericia resulta que finalmente los ha causado sin saberlo, no le podremos aplicar la agravante de ensañamiento.

El sufrimiento o los padecimientos extra producidos a la víctima de manera «imprudente», sin quererlo el autor, solo se podrá tener en cuenta como criterio general para concretar la pena, pero no como circunstancia agravante.

3.1.3. El error sobre un elemento del tipo: supuestos problemáticos

A) La desviación del curso causal

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

Ej. 10.20: Basta por ejemplo para afirmar que el sujeto ha

conocido el curso causal y lo ha comprendido en su dolo de matar, que conozca que una cuchillada dada en un órgano vital causa la muerte, aunque ignore los concretos mecanismos fisiológicos que llevan a tal resultado.

Esta afirmación, sin embargo, ha hecho correr ríos de tinta a la hora de solucionar los supuestos conocidos como de «desviación del curso causal»: el sujeto planea una forma de causar el resultado y la pone en marcha, pero finalmente el resultado se produce por un camino causal diferente del previsto.

La doctrina ha dado diversas soluciones a estos problemas. Mientras algunos autores intentan solucionar estos casos negando la imputación objetiva del resultado producido por ese curso causal desviado cuando la desviación no era objetivamente previsible (de acuerdo con el criterio de la previsibilidad objetiva) y por lo tanto los reconducen a un problema de tipo objetivo, otros lo que niegan es el dolo (el tipo subjetivo) en aquellos supuestos en los que la desviación es «esencial» (no era objetivamente previsible de acuerdo con el criterio de la previsibilidad objetiva) y también en aquellos casos en que el resultado producido no pertenece al ámbito o fin de protección de la norma.

En realidad bajo la nomenclatura «desviación del curso causal» se esconden una variedad de problemas que merecen soluciones diferentes.

Ej. 10.21: Antonio quiere matar a Pedro y con tal fin le ataca con un cuchillo, quiere alcanzarle en un órgano vital pero Pedro escapa y solo consigue producirle unos pequeños cortes superficiales, aparentemente sin importancia, en un hombro. Sin embargo, a consecuencia de esos pequeños cortes Pedro muere desangrado por ser hemofílico, lo que Antonio no conocía ni era tampoco cognoscible para un espectador objetivo.

Recordemos también el ej. 9.7: Manolo dispara a Pepe con intención de matarle pero falla el tiro y solo le acierta en un pie, causándole una herida que por sí sola no habría producido la muerte de Pepe. Sin embargo, Pepe es trasladado en una ambulancia al hospital, y en el trayecto sufre un accidente, al no respetar otro vehículo la preferencia de paso del transporte de urgencia. A consecuencia del choque Pepe muere.

Ej. 10.22: Marina quiere envenenar a Concha y cree que para ello tiene que suministrarle diez dosis de veneno, lo que ha planeado hacer introduciendo una dosis en la comida a lo largo de diez días, pero Concha muere ya al ingerir la segunda dosis.

Marina desconocía la peligrosidad de las dos dosis de veneno para el bien jurídico vida (creía que no eran suficientes para matar y por lo tanto tampoco peligrosas para la vida por sí solas) y por ello había planeado suministrar diez dosis. Sin embargo un observador imparcial con el saber nomológico de la época hubiera sabido que dos dosis eran suficientes para causar la muerte.

Ej. 10.23: Fernando tira a Miguel por el puente, aprovechando que ha quedado inconsciente por una bajada de tensión, con la intención de que muera ahogado en el río, pero Miguel muere antes de llegar al agua, al golpearse el cráneo mientras cae con una de las pilastras que sostienen el puente.

Ej. 10.24: Alicia y su amante Román son sorprendidos por Julio, el esposo de ella. Román y Julio se pelean hasta que Alicia, a petición de Román, intenta ahogar a Julio con una cuerda de tender mientras el amante lo sujeta, quedando Julio inconsciente. En ese momento Alicia y Román creen haber matado a Julio y deciden simular su suicidio sin saber que sigue vivo, para lo cual lo cuelgan de una viga por el cuello, momento en el cual se produce la muerte.

En algunos de los ejemplos expuestos, en particular aquellos en que el resultado se produce como consecuencia de un desarrollo causal más largo y complejo que el previsto por el sujeto, como vamos a ver a continuación, falta ya el tipo objetivo, cuando ese desarrollo causal ulterior no era previsible, con independencia de que además el autor no se haya representado el curso causal realmente producido, ni tampoco el resultado concreto, por lo que no podría tampoco hablarse de dolo en relación con los mismos.

Así, en el ej. 10.21 Antonio ha querido causar unas heridas mortales (aquellas que alcanzan algún órgano o estructura vital), lo que no ha conseguido. Este intento de realizar los elementos objetivos del tipo supone ya realizar la tentativa de homicidio y solo por ello podrá ser castigado. Sin embargo, todo el curso causal desarrollado posteriormente y el resultado efectivamente producido no forman parte del tipo objetivo del delito de homicidio, ya que, sí aceptamos el criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la conducta, lo cierto es que no era previsible que los pequeños cortes llegaran a producir la muerte por la circunstancia no cognoscible de la hemofilia de la víctima. Y todo ello con independencia de que además Antonio no se

representara ese curso causal y por tanto no se pueda hablar de dolo respecto del mismo y del resultado final de muerte por hemofilia. En realidad, en este caso, aunque Antonio tuviera mucha imaginación y sin ningún dato, ni conocimiento de que Pedro sufre tal enfermedad, hubiera podido imaginar una posible muerte por hemofilia, esa representación no sería constitutiva de dolo, pues si hemos afirmado que ese curso causal imprevisible (absolutamente improbable en el sentido de la previsibilidad objetiva) no es un curso causal típico, la representación mental de algo no típico no constituye dolo.

El ej. 9.7 también se soluciona negando ya el tipo objetivo, aunque aquí no por ausencia de imputación objetiva de la conducta, ya que, tal y como circulan los vehículos de emergencia, no resulta absolutamente improbable que sufran accidentes, sino negando la imputación del resultado, que no pertenece al fin de protección de la norma. Pero además, el sujeto, en este caso, como en el anterior, solo tiene dolo respecto del curso causal que él pone en marcha, dirigido a matar de un disparo, resultado que finalmente no se produce, y por ello solo se le puede acusar de tentativa de homicidio. En cambio, el resultado finalmente producido no es típico, como ya se ha explicado, y el curso causal que lo produce (el accidente de la ambulancia) no es comprendido por el dolo del sujeto (la tentativa de la que va a responder se refiere solo por ello al intento de matar de un disparo, y no al fragmento causal del accidente de ambulancia pues, por mucho que fuera previsible, este fragmento ya no era comprendido por el dolo).

Los ejemplos 10.22 y 10.23, en cambio, se solucionan exclusivamente negando el tipo subjetivo. En las hipótesis de producción anticipada del resultado, en aquellos casos en los que los actos objetivos ya realizados fuesen *ex ante* peligrosos, capaces por sí solos de producir el resultado (el resultado anticipado aparecía como no absolutamente improbable), pero no lo fueren a los ojos del autor (según su plan eran necesarios actos ejecutivos posteriores), estaríamos ante un delito imprudente en concurso con una tentativa inacabada. Ello es así porque el error sobre la peligrosidad de la acción es en nuestro vigente Código penal, a partir de la redacción del art. 16, según la doctrina mayoritaria, un error sobre un elemento del tipo, que, en consecuencia, excluye el dolo respecto del curso causal efectivamente dado y el resultado efectivamente producido (no, en cambio respecto del curso causal planeado y el resultado que quería producir el sujeto mediante su plan).

Así, en el ej. 10.22 del veneno, Marina no tenía dolo respecto del resultado de muerte a la segunda dosis, porque desconocía la peligrosidad de las dos dosis de veneno para el bien jurídico vida (creía que no eran suficientes para matar y por lo tanto tampoco peligrosas). Si un observador imparcial con el saber nomológico de la época hubiera sabido que dos dosis eran suficientes para matar, la acción era objetivamente peligrosa y se daría el delito de homicidio imprudente, del que Marina deberá responder en concurso con su tentativa de asesinato (constituida por el plan puesto en marcha de matar con diez dosis).

Otra cosa sería si Marina hubiese contado con la posibilidad de que ya la segunda dosis fuera mortal, pues entonces dicho curso causal y el resultado de muerte a la segunda dosis hubiesen estado comprendidos con dolo eventual.

Lo mismo sucede con el ej. 10.23 del puente. Si Fernando no se ha representado la posibilidad de que Miguel muera de un golpe contra la pilastra, este resultado (objetivamente previsible cuando se tira a alguien sin cuidado por un puente) aparece como producido de manera imprudente. Por ello Fernando habrá cometido un homicidio imprudente junto con su tentativa de asesinato.

También el ej. 10.24 del ahorcamiento de quien se cree ya muerto, aun no siendo un caso de anticipación del resultado, debe solucionarse apreciando un concurso entre la tentativa de homicidio y el homicidio imprudente, pues Alicia y Román tienen voluntad de matar solo en el primer momento, cuando en la pelea Alicia intenta asfixiar a su marido con la cuerda de tender, pero no consigue, a pesar de lo que cree, el resultado pretendido. En cambio, en la segunda conducta, la que verdaderamente produce el resultado de muerte, al pensar que están colgando un cadáver, carecen de dolo de matar.

No nos parecen en cambio convincentes las soluciones que afirman en estos casos el dolo por el hecho de que la desviación del curso causal sea inesencial (el resultado fuese objetivamente previsible), pues los criterios de imputación objetiva solo sirven para afirmar el tipo objetivo, pero no pueden sustituir la representación del autor, necesaria para constatar el dolo. Decir que el dolo se da cuando se produce un resultado de la misma naturaleza que el querido, pero producido por un curso causal diferente, en circunstancias y tiempo distinto del que el sujeto se ha representado, entendemos que contradice la afirmación con la que iniciábamos esta discusión: el dolo debe extenderse también al curso causal entre la conducta y el resultado típicos, lo que por supuesto se refiere al curso causal y al

concreto resultado efectivamente dados y no a otros distintos.

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

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

Ej. 10.25: Andrés, cansado de los ladridos de Marnie, el perro de su vecino Enrique, decide dar muerte al can. Un día ve pasar un perro por delante de su casa y pensando que es el molesto perro de Enrique le dispara y le da muerte. Pero resulta que el perro al que dispara no es Marnie, sino Beast, la mascota de Manuela, de la misma raza, color y tamaño. Andrés ha cometido un delito contra los animales domésticos, pues el art. 337 CP protege a dichos animales, sean la mascota de Enrique o la de Manuela, y Andrés está claro que quería y consiguió matar a un animal doméstico.

Ej. 10.26: Ángel quiere matar a su enemigo Luis, y al ver salir a un hombre de casa de Luis, creyendo que se trata de él, le dispara y le mata, cuando en realidad se trataba de su hermano Felipe. Ángel ha cometido un delito de homicidio doloso, pues el delito de homicidio prohíbe matar a otro, sea ese otro Luis o Felipe. Si quería y consiguió matar a otro se han dado todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo del homicidio doloso.

En cambio, el error en el objeto y el error en la persona pasan a ser errores de tipo relevantes cuando los objetos o las personas afectados ya no son equivalentes desde el punto de vista de los tipos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando en realidad se dirige la acción contra un objeto o persona que tiene una protección mayor o menor que aquel otro contra el cual el sujeto cree que está actuando. Las soluciones varían según la relación que exista entre el precepto intentado y el objetivamente realizado, pues hay que examinar en cada caso si concurre o no el dolo respecto de los elementos objetivos efectivamente dados. Las soluciones serán:

- Appreciar una tentativa del delito querido en concurso con el tipo

imprudente efectivamente realizado, cuando los bienes jurídicos protegidos son diferentes.

Ej. 10.27: Andrés quiere matar al perro de su vecino Enrique y, viendo a través del seto que algo se mueve en el jardín del vecino, le dispara pensando que se trata del perro, cuando en realidad lo que se movía detrás del seto era Enrique. En este caso Andrés ha cometido una tentativa de delito contra los animales domésticos, del art. 337.3 CP, en concurso con un homicidio imprudente, pues no tiene dolo de estar matando a otra persona, al creer que está matando a un perro.

- Appreciar la tentativa del tipo calificado en concurso con el delito doloso básico consumado:

Ej. 10.28: Antón quiere matar al Rey, para lo cual se sitúa en un tejado con un arma de mira telescópica y al ver a una persona pasear por la terraza del palacio, creyendo que se trata del monarca, le dispara y le mata. En realidad la persona alcanzada era un guardaespaldas que guarda cierto parecido con el Rey. Antón habrá cometido una tentativa de magnicidio (art. 485 CP), en concurso con un homicidio doloso consumado, pues en su dolo de matar al Rey está incluido el dolo de matar «a otro» (ya que el Rey es «otro») por lo que en su conducta han concurrido todos los elementos objetivos y subjetivos que exige el tipo básico del homicidio doloso consumado.

- Appreciar la mera realización del tipo básico cuando es este el que se persigue pero se causa de forma no dolosa el calificado.

Ej. 10.29: Ricardo quiere matar a Emilio, guardaespaldas del Rey, con quien está enemistado hace años y al ver a una persona pasear por la terraza del palacio, creyendo que se trata de Emilio le dispara y le mata. En realidad la persona alcanzada era el Rey. Ricardo habrá cometido en este caso un homicidio doloso consumado, pues al no abarcar con su dolo la muerte de la persona especialmente protegida no puede apreciarse el tipo doloso calificado y no existe en este caso el tipo del magnicidio imprudente, debiendo responder exclusivamente por el tipo básico. Al respecto Ricardo sí tiene dolo de matar «a otro» y efectivamente mata a otro (ya que el Rey también es

«otro»).

C) Aberratio ictus (desviación del golpe)

Atención aparte merecen los casos de *aberratio ictus* (desviación del golpe). En ellos el sujeto dirige la acción contra el objeto o persona al que efectivamente quiere alcanzar, no los confunde con otros, pero la ejecución incorrecta de la conducta hace que finalmente resulte lesionado un objeto o persona diferentes al que el sujeto quería y hacia el que dirigió su conducta:

Ej. 10.30: Maruja quiere matar a Elena y dispara contra ella, pero al agacharse Elena es alcanzada Beatriz que se encontraba detrás.

Ej. 10.31: Maruja quiere matar a Elena y dispara contra ella, pero en lugar de acertar a Elena el tiro alcanza y causa daños en el automóvil descapotable en el que viaja Elena, por valor de 81.000 euros.

La doctrina se encuentra dividida respecto de la solución que debe darse a los supuestos de *aberratio ictus*. Una parte suele dar a estos casos la misma solución que vimos para los supuestos de error en el objeto o en la persona, distinguiendo si los objetos son o no equivalentes desde el punto de vista de los tipos penales. En cambio aquí pensamos que al no tratarse de un error en el objeto o en la persona, sino de una desviación del curso causal no comprendida por el dolo, debe resolverse como se discutió más arriba al tratar aquellos problemas. Y, en concreto, en los ejemplos propuestos debería apreciarse siempre una tentativa respecto del resultado pretendido pero no conseguido, en concurso con un posible delito imprudente respecto del resultado causado, pues este último y el camino causal que efectivamente ha llevado a él no han sido previstos por el autor (salvo que el autor haya previsto como no absolutamente improbable esa desviación del golpe y haya contado con la posible causación de esos otros resultados, lo que en la práctica también puede suceder con frecuencia).

Así, pensemos que en el ej. 10.30 Maruja quería que la bala llegase a la cabeza de Elena, y nunca consideró la posibilidad de que recorriera el espacio hasta llegar a Beatriz, a quien ni tan siquiera había visto al comenzar su acción, y cuya muerte no previó. Maruja responderá de la tentativa de homicidio de Elena más el homicidio imprudente de Beatriz. Lo mismo sucede con el ej. 10.31, Maruja responderá aquí por una tentativa de homicidio

más un delito imprudente de daños por los ocasionados al vehículo, salvo que ya hubiera contado con la no absoluta improbabilidad de tales resultados, en cuyo caso responderá por tentativa de homicidio más daños dolosos —con dolo eventual—.

3.2. El elemento volitivo del dolo. Clases de dolo

3.2.1. *La voluntad de actuar*

Decíamos en el apartado anterior que el elemento intelectual del dolo consiste, más concretamente, en la conciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de comenzar la acción típica y la previsión de la realización del resto.

De la misma manera, si concretamos en el elemento volitivo del dolo tenemos que distinguir dentro de la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo varios elementos: un elemento llamado «la voluntad de actuar», que es la voluntad de seguir actuando que debe tener el autor cuando comienza la acción, es decir, la voluntad de realizar todos los actos que según su plan le llevarán a realizar el tipo, y otro elemento volitivo consistente en la voluntad de que efectivamente esos actos que quiere realizar y las consecuencias que se deriven de los mismos sean precisamente aquellos que el legislador ha elegido como elementos objetivos del tipo.

Esta diferenciación de elementos subjetivos aparece más claramente destacada en la fase de tentativa, pero conforma el tipo subjetivo de todo delito, pues aquí partimos, como ya se explicó, de que el tipo subjetivo del delito intentado y del delito consumado es el mismo, pues el último solo incorpora un plus en el tipo objetivo: la producción del resultado (en contra, algunos autores mantienen que el delito consumado y la tentativa se diferencian ya en el tipo subjetivo, por ejemplo en nuestro país MIR PUIG, en Alemania STRUENSEE).

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

En los supuestos de dolo eventual existe voluntad de actuar, el autor quiere realizar una acción, pero no tiene la seguridad ni la voluntad directa de que a través de la misma se realice el tipo delictivo (en particular, que se vaya a causar el resultado típico). En cambio, en los supuestos de falta de voluntad de actuar, el autor duda si quiere o no realizar la acción, no ha decidido todavía si quiere actuar. Cuando el sujeto únicamente cuenta con la posibilidad de realizar una concreta acción no estamos ante un supuesto de dolo eventual, pues también el dolo eventual exige una voluntad incondicionada de actuar, sino que se

trata por el contrario, de que falta la necesaria voluntad de actuar. Solo cuando el sujeto ha tomado la resolución de voluntad de realizar todas las acciones capaces de integrar el tipo, es decir, capaces de constituir los actos ejecutivos que según su plan harían que la producción del resultado aparezca como no absolutamente improbable, puede hablarse de resolución delictiva y de dolo. Para que concurra el dolo eventual respecto del resultado, el autor tiene que querer la acción que posiblemente producirá el resultado. Si el sujeto no sabe aún si querrá la realización de dicha acción, no puede decirse que acepta el resultado, o que cuenta con su producción. Por lo tanto, es siempre necesario, con independencia del grado con el que el sujeto quiera el resultado, que quiera realizar los actos de los que aparece como posible la causación de tal resultado. La voluntad de actuar falta, como venimos anunciando, y por lo tanto no se da el dolo en ninguna de sus clases, en los casos en los que el sujeto todavía duda de si realizará o no la conducta.

Ej. 10.32: No tiene dolo de matar, y por tanto no ha comenzado la tentativa de homicidio, quien apunta a otro con una pistola en el curso de una pelea, pero todavía no ha decidido si quiere disparar o solo amenazar.

No excluyen la voluntad de actuar, sin embargo, los supuestos de «resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos», ni de «decisión con reserva de desistimiento», pues se entiende que en ambos supuestos sí existe realmente una voluntad de actuar, es decir, el sujeto se encuentra en estos casos resuelto a cometer la acción típica. Así, quien decide la comisión del hecho pero hace depender su realización de condiciones que no están en su mano, actúa con dolo y también quien decide realizar la conducta típica, pero piensa que podrá desistir en el supuesto de que el hecho típico resulte finalmente innecesario (JESCHECK).

Ej. 10.33: Tiene dolo de matar el terrorista que coloca una bomba en un ciclomotor aparcado a la puerta del Ministerio del Interior con la intención de hacerla explotar solo si ese día el ministro acude al edificio.

Ej. 10.34: Tiene dolo de matar, y ha comenzado ya la tentativa de homicidio, el ex-marido que acude a casa de su ex-esposa y apretándole el cuello le anuncia que la matará a menos que en ese momento ella acceda a volver con él.

3.2.2. Clases de dolo según el elemento volitivo

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

Estas clases de dolo coinciden con el contenido de la voluntad que se explicó en la lección. 6. Y es que el dolo no es otra cosa que finalidad típica, voluntad de realizar los elementos objetivos de un tipo.

Cuando la realización del tipo (y la producción del resultado en los delitos dolosos de resultado) es el fin que persigue el sujeto al actuar se afirma que ese tipo o ese resultado han sido abarcados con *dolo directo de primer grado*.

Ej. 10.35: Ramiro quiere matar a Abel y con tal fin le pone veneno en su comida. La muerte de Abel es querida con dolo directo de primer grado.

La existencia de dolo directo de primer grado es independiente del grado de probabilidad de éxito que el sujeto asigne a su plan, pues lo que determina esta calificación es exclusivamente el elemento volitivo. Un sujeto puede dirigir una conducta hacia la producción de un determinado resultado, que es el fin de su actuar, aun sabiendo que tiene muy pocas posibilidades de éxito y aun así afirmaremos el dolo directo de primer grado. Solo es necesario, si se acepta el criterio de imputación objetiva de la previsibilidad de la conducta, que el resultado sea previsto como no absolutamente improbable.

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

Ej. 10.36: Ramiro quiere matar a Abel y con tal fin envenena la paella que cenarán él y su esposa, sabiendo que si Abel muere envenenado también morirá la esposa. La muerte de Abel es querida con dolo directo de primer grado y la de su esposa con dolo directo de segundo grado.

La existencia de dolo directo de segundo grado es independiente del grado de probabilidad con que el sujeto prevea el resultado, pues lo que determina esta calificación es exclusivamente el elemento volitivo. Si el sujeto estima que para conseguir su fin es necesario realizar el resultado típico lo abarcará con dolo directo de segundo grado, por

pocas posibilidades que asigne tanto a la consecución de su fin, como, consecuentemente, también a la producción del resultado necesariamente unido a aquel. No compartimos por tanto aquí la opinión de algunos autores de que en el dolo de consecuencias necesarias el resultado se prevé como seguro o prácticamente seguro. Solo es necesario, si se acepta el criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la conducta, que el resultado sea previsto como no absolutamente improbable.

Ej. 10.37: Salvador quiere matar a Teresa, que circula en un vehículo conducido por un chófer, y para ello elige el único medio del que dispone en ese momento, que es arrojar una granada al paso del vehículo. Pero sabe que dada la distancia que le separa de la carretera es bastante difícil que consiga arrojar la granada con tal fuerza que alcance al vehículo. Sin embargo, de alcanzarlo y conseguir matar a Teresa, necesariamente mataría a la vez al chófer. El sujeto tiene dolo directo de primer grado respecto de la muerte de Teresa y de segundo grado respecto de la del chófer, todo ello con independencia de la escasa probabilidad de éxito que atribuye a su intento.

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

Al igual que en los casos anteriores, en relación con el elemento intelectual, según la postura aquí seguida, solo es necesario, si se acepta el criterio de imputación objetiva de la peligrosidad de la conducta, que al comenzar la acción el resultado sea previsto como una consecuencia no absolutamente improbable.

Ej. 10.38: Un terrorista coloca una bomba en un ciclomotor aparcado en la acera, a la altura de un semáforo, con la intención de hacerla explotar al paso del coche del ministro. El fin que persigue con esta acción es matar al ministro, por tanto la muerte del ministro es abarcada con dolo directo de primer grado. Pero el terrorista sabe que para matar al ministro con una bomba necesariamente matará también al chófer del ministro. La muerte del chófer, por tanto, es querida con dolo directo de segundo grado. Además, dada la hora y el lugar en el que ha preparado el atentado, el terrorista ve como posible que algunos viandantes circulen por la acera o crucen la calle en el momento

de la explosión y resulten también muertos, posibilidad con la que cuenta. La muerte de los peatones es querida por el terrorista con dolo eventual.

Hasta aquí hemos dado las definiciones de las tres clases de dolo que seguimos en esta obra, sin embargo, las mismas y en especial la definición del dolo eventual, no son pacíficas en la doctrina, siendo en especial la definición del dolo eventual esencial para distinguir estos supuestos de aquellos otros de imprudencia consciente (en la que el sujeto se ha representado, igual que en el dolo, la posibilidad de realizar el resultado típico). El tema es de suma relevancia, pues negar el dolo y afirmar la imprudencia nos lleva a un tipo diferente, menos grave, cuando no a la impunidad de la conducta, en caso de que no exista el correspondiente tipo imprudente. Si ya sobre el propio concepto de dolo existen notables diferencias entre los distintos autores, para la distinción de la imprudencia consciente se han manejado gran variedad de teorías. Aquí, a efectos didácticos, vamos a tratar de resumir las más relevantes.

Según la *teoría del consentimiento* concurre dolo eventual cuando el sujeto consiente o acepta la producción de aquel resultado que previó como una consecuencia posible de su actuar, pero que no era ni su fin, ni una consecuencia necesariamente unida a la consecución de su fin. En cambio, si al realizar la conducta el sujeto, a pesar de haber previsto la posibilidad de causar ese resultado, confiaba en que el mismo no se produciría, se dará imprudencia consciente. Incluso se propuso la siguiente fórmula para aplicar la teoría en un caso concreto: Si el sujeto se planteó la posibilidad de causar el resultado y se dijo «sea así o de otro modo, yo actúo» entonces habrá dolo eventual (FRANK). Esta teoría no resulta del todo convincente pues al actuar el sujeto no acepta en realidad la producción del resultado sino solo su probabilidad.

Por ello ha habido intentos posteriores de mejorarla. Como se ha visto más arriba, aquí definimos el dolo eventual como el «*contar con la probabilidad de producción del resultado*», soslayando así la crítica anteriormente expuesta. Si por el contrario el sujeto confía en que el resultado que prevé como no absolutamente improbable no se producirá, actúa con imprudencia consciente. Pero además pensamos, siguiendo a Armin KAUFMANN, que ese «confiar» que eliminaría el dolo, llevándonos a la imprudencia consciente, no puede consistir en cualquier esperanza no fundada de que algo suceda o no suceda, sino que tiene que formar parte de una finalidad de evitación. Dicho de otra manera, el sujeto que pone en marcha un curso causal del que se puede derivar un resultado típico debe atribuirse la capacidad de evitarlo para que pueda alegar que no actuó con dolo eventual, no

bastando un mero deseo de que no se dé el resultado. Ello quiere decir que solo puede «*confiar en la no producción del resultado*» quien cree que a pesar de ser posible que el mismo se derive de su acción, todavía considera que su dominio del curso causal le permitirá evitarlo.

Modificando algo la posición de KAUFMANN, en mi opinión no es lo relevante el grado de probabilidad de realización del tipo que el sujeto asigne a su conducta, sino que lo relevante es que el grado de probabilidad que asigne a su propia capacidad de evitar el resultado, de dirigir el curso causal de manera que no se realice el tipo, sea mayor que el que atribuye a que no lo controle y se pueda realizar el tipo. De esta manera, si el suceso es poco probable, pero las posibilidades de control de esa pequeña posibilidad son todavía más escasas o nulas, es decir, el sujeto prevé más posibilidades de no poder evitar el resultado que de sí poder evitarlo con su dominio del curso causal, entonces ya no confía en poder evitarlo.

Ej. 10.39: Un sujeto conduce a 250 km/h por una carretera por la que casi nunca pasa nadie, previendo que la posibilidad de colisionar con otro vehículo es muy pequeña, pero en el caso de que se encontrara otro vehículo en la vía (posibilidad que no puede descartar) también prevé que no tendría ninguna o escasísimas posibilidades de esquivarlo y de evitar la muerte o lesiones de sus ocupantes. El sujeto no confía aquí en poder evitar el resultado, solo espera que no se dé, y esa esperanza no puede integrar su finalidad ya que no depende de su dominio del curso causal y por lo tanto no puede afirmarse una finalidad de evitación que niegue la finalidad típica (el dolo). Si se produce el choque con otro vehículo con el resultado de muerte o lesiones de sus ocupantes, tales delitos habrán sido cometidos por nuestro sujeto con dolo eventual.

El mero deseo de que algo ocurra, cuando el sujeto no se atribuye ningún dominio sobre la producción del hecho, no es finalidad de evitación que excluye el dolo, sino mero deseo irrelevante. Solo cuando el sujeto considera mayores las posibilidades de evitación del resultado mediante su dominio del curso causal que las posibilidades de que su conducción del curso causal lleven al resultado, existe una verdadera «finalidad de evitación» que excluye la finalidad de producción del resultado y con ello la posibilidad de apreciar dolo eventual.

Otros intentos de distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente a partir del elemento volitivo del primero están representados, entre otras, por las teorías del sentimiento, con fórmulas como las siguientes: si al realizar la acción al sujeto le era indiferente la realización del tipo o la causación del resultado típico, entonces actuó con dolo eventual. En cambio, si confiaba en que el resultado no se produciría, actuaba con imprudencia consciente. Como objeción a estas teorías se podría afirmar que una actitud de indiferencia sin más no sería lo que por sí sola definiría el dolo.

Otra fórmula es la que atribuye dolo eventual cuando el sujeto se toma en serio la posibilidad de realizar los elementos objetivos del tipo y de todas formas actúa, o se resigna con esa posibilidad, frente al que por ligereza, temeridad, etc. confía en la no realización de los mismos (STRATENWERTH).

Las posiciones anteriores tienen en común que hacen recaer la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia en un elemento volitivo identificado de diferentes maneras. Los tribunales españoles manejan con frecuencia este tipo de soluciones plasmándolas en expresiones que definen el dolo eventual como «tomar en serio la producción del resultado», «aceptarlo», «aprobarlo», «conformarse con él», etc.

Frente a este tipo de soluciones han surgido otras que partiendo de un concepto de dolo limitado a su elemento intelectual y rechazando por tanto la existencia de un elemento volitivo, intentan distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente según el grado de probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo que el sujeto llegue a representarse, o en otras versiones, según el tipo o clase de peligro que se represente.

Así, la teoría de la probabilidad afirma que si el sujeto consideraba probable la realización del tipo objetivo actuará con dolo eventual, mientras que si la considera solo posible actúa con imprudencia consciente.

Para otros autores la distinción estaría no tanto en la probabilidad del resultado, sino en la clase de peligro que el sujeto se representa. Así, por ejemplo, según algún autor, la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia consciente radicaría en el número de factores causales que el sujeto efectivamente conoce. Para otros, en si el sujeto se ha representado un peligro no cubierto (pues los factores conocidos son por sí mismos capaces de producir el resultado), en cuyo caso actúa con dolo eventual, o por el contrario un peligro cubierto (donde el resultado aún puede ser evitado por el propio

sujeto, la víctima u otra persona), en cuyo caso solo se daría imprudencia. Y también hay quienes consideran que un peligro es propio del dolo solo cuando observado en sí mismo expresa un método idóneo para la causación del resultado, o una estrategia generalmente apropiada para esa causación, donde la decisión de cuándo concurre un método idóneo es algo que se valora de manera objetiva.

Ya vimos más arriba al hablar del concepto de dolo las dificultades que presentan las teorías que lo limitan a un elemento intelectual —básicamente la dificultad para afirmar el dolo en supuestos en que el sujeto dirige su acción al resultado típico pero con escasas posibilidades, y que aquí calificamos como de dolo directo de primer grado— y también aquellas que avanzan hacia una normativización del dolo y que desprecian por tanto la verdadera intención del sujeto —llegando a negar la tentativa cuando el sujeto perseguía el resultado pero mediante una estrategia que no se considera normativamente apropiada— por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

El Código penal español, como ya dijimos, utiliza con frecuencia expresiones como «intención» o «a sabiendas» para referirse al dolo. Algunos autores, haciendo una interpretación semántica estricta, quieren excluir la posibilidad de comisión del tipo con dolo eventual cuando el legislador usa tales expresiones, e incluso en el caso del término «intención» defienden que el mismo se refiere a un dolo directo de primer grado. Pensamos que tal proceder es incorrecto y si no hay razones dogmáticas para excluir una clase de dolo no debe restringirse el tipo por una mera interpretación semántica que ni es necesaria ni responde la mayoría de las veces a la voluntad del legislador. Lo anterior resulta patente en los casos en que se castiga la comisión dolosa de un delito utilizando tales términos y también se castiga el correspondiente tipo imprudente, careciendo de todo sentido en tales casos afirmar que el legislador ha querido sin embargo dejar impune la comisión con dolo eventual.

Ej. 10.40: El art. 301 CP castiga en su apartado 2 «*la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos*», y el punto 3 del mismo artículo castiga los mismos hechos realizados por imprudencia grave. Carece de sentido decir que el legislador ha querido castigar la ocultación de los bienes cuando no se sabía pero se debió conocer su origen

ilícito y en cambio no se ha querido castigar cuando se previó tal posibilidad y además se contaba con ella.

IV. EL CONCEPTO DE INJUSTO PERSONAL: DESVALOR DE ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO

Frente a la tradicional concepción clásica y neoclásica de la antijuridicidad como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (exclusivo desvalor del resultado), lo que se correspondía con una concepción de las normas subyacentes a los tipos penales como meras «normas de valoración», en este Curso vamos a adoptar un concepto de injusto personal que aúna desvalor de acción y desvalor del resultado y se sostiene en una concepción de las normas como normas de determinación, a las que preceden y dotan de sentido determinados juicios de valor sobre los bienes jurídicos y las conductas que los atacan o suponen un peligro para ellos.

Partimos de que una valoración no es todavía una norma, y entendemos la «norma» como *«todo precepto jurídico independiente, obligatorio, en la forma de un mandato o una prohibición, sin referencia alguna a las consecuencias jurídicas»* (BINDING, ARMIN KAUFMANN). La norma es presupuesto de la ley y presupuesto de la norma son los juicios de valor. Las normas de determinación son el instrumento idóneo para la protección del orden jurídico al ordenar o prohibir la realización u omisión de acciones que supongan el mantenimiento o la perturbación respectivamente de situaciones valiosas. Así es como las normas penales (y no solo la pena) realizan su función de protección de los bienes jurídicos. Y por ello, el primer y principal elemento a valorar en lo injusto es la acción contraria a la norma.

Pero las normas solo pueden prohibir comportamientos, no pueden prohibir resultados. Una norma de determinación solo puede prohibir acciones dirigidas por la voluntad a la lesión de un bien jurídico (delitos dolosos) o acciones que infrinjan el cuidado debido, que supongan un riesgo ya no tolerado para los bienes jurídicos (delitos imprudentes). No se puede prohibir por tanto la mera causación de resultados.

Por ello, al incluir el desvalor del resultado en lo injusto, asumimos que lo injusto rebasa la materia de la prohibición. El problema de la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto viene resuelto de manera afirmativa por la consideración de los juicios de valor inherentes a las normas penales, que son su presupuesto lógico, y por una comprensión del efecto preventivo general positivo de la pena, que solo resulta posible partiendo de una categoría de lo injusto que cumpla el fin de informar a los ciudadanos de lo generalmente

prohibido por desvalorado. Tras cada norma subyace una valoración de los bienes jurídicos como algo positivo y una valoración de su lesión como algo negativo y por ello también de las conductas que los atacan o ponen en peligro.

El desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de bienes jurídicos, apoyada a través del fin preventivo general positivo de la pena. Lo injusto, lo contrario a derecho, comprende no solo lo prohibido, sino también la contradicción de las valoraciones que subyacen a las normas y que las dotan de sentido. Pues la pena no solo tiene la misión de reafirmar la vigencia de las normas, de recordarles a los ciudadanos que está prohibido matar, por ejemplo, sino también de confirmar en la conciencia jurídica de los ciudadanos esos valores jurídicos como mejor forma de garantizar su respeto, es decir, de recordar que la vida es valiosa y que la lesión de la vida es algo disvalioso para el Derecho y por ello las acciones dirigidas a producir la muerte también lo son.

De esta manera, lo injusto estará integrado necesariamente por el desvalor de acción, a su vez constituido por todos aquellos elementos de la acción que la identifican como contraria a la norma y que el legislador tiene en cuenta para graduar la pena, pues influyen en la valoración negativa que esa acción merece al ordenamiento y que ha llevado a prohibirla. Así, el desvalor de la acción estará constituido por el dolo, los demás elementos subjetivos de lo injusto, la infracción de deberes en los delitos especiales, el modo, forma o grado de realización de la acción y la peligrosidad de la misma.

Ej. 10.41: A mayor desarrollo externo de la acción prohibida corresponderá mayor desvalor de la acción y mayor pena, o a mayor peligrosidad del intento mayor desvalor de la acción y mayor pena. Así lo establece el art. 62 CP cuando ordena que la pena de la tentativa se calcule *«atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado»*.

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

Aunque lo injusto prototípico esté constituido por un desvalor de acción y un desvalor de resultado, ello no impide la existencia de injustos en aquellos casos en que el legislador ha decidido el

adelantamiento de la punición a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico y en el que no es necesaria siquiera la puesta en peligro del mismo. Así sucede en los actos preparatorios, en la tentativa (solo en la acabada es posible, pero no necesario, que se produzca una puesta en peligro concreta del bien jurídico), en los delitos de peligro abstracto y en todos aquellos tipos que se consuman formalmente antes de la lesión del bien jurídico, ya que materialmente se corresponden con actos preparatorios o tentativas castigados como delitos consumados y formalmente adoptan la estructura de delitos de resultado cortado o mutilados de varios actos.

Véanse al respecto los ejemplos 8.25, 8.26, 8.27, 8. 28 y 8.29.

En todos estos casos se castiga únicamente un desvalor de acción. El desvalor de acción concurre siempre en los delitos dolosos de acción y sin él no es posible fundamentar la existencia de un desvalor de resultado, mientras que este último puede faltar. Por ello, donde no hay desvalor de acción por haber sido causado el resultado lesivo por fuerzas de la naturaleza o por una acción que no es típica, no puede afirmarse la existencia de un desvalor del resultado.

Ej. 10.42: Una muerte de una persona que no es producida por una conducta típica de matar (dolosa o imprudente), como puede ser la muerte de alguien por ser alcanzado por un rayo, o por padecer un cáncer, o por una conducta humana que no es ni dolosa, ni imprudente, sino un caso fortuito, no constituye nunca el desvalor del resultado del delito de homicidio.

Frente a esta explicación, en la Ciencia del Derecho penal existen también posiciones que quieren limitar lo injusto al desvalor de la acción, excluyendo del mismo el desvalor del resultado. En su opinión, la producción del resultado sería una mera condición objetiva de punibilidad, pero no añadiría nada a un injusto ya completo con la realización de la acción prohibida.

Estas posturas, defendidas fundamentalmente por una parte de la doctrina finalista, argumentan que la norma queda plenamente infringida con la conducta (con la tentativa acabada) y que el hecho de que a partir de ese momento se produzca o no el resultado depende del azar y no aporta nada a la infracción de la norma, sino que solo debe entenderse como una manifestación externa de un injusto ya realizado (ZIELINSKI).

Estas construcciones nos parecen equivocadas, además de por entender que el desvalor del resultado juega en lo injusto un papel fundamental tal y como hemos explicado más arriba, porque estos

autores no pueden explicar entonces de manera convincente la exigencia de un resultado (especialmente en los delitos imprudentes). Su postura debería llevar, como ellos mismos reclaman, a castigar de igual manera la tentativa acabada (o en los delitos imprudentes la conducta imprudente sin resultado) y el delito consumado, lo que sin embargo no es la solución elegida por el Código penal español, que al aumentar la pena del delito consumado en relación con la tentativa acabada (o al exigir siempre la producción del resultado para castigar la conducta descuidada en los delitos imprudentes de resultado) está reconociendo al desvalor del resultado un papel cofundamentador de lo injusto.

LECCIÓN 11. EL DELITO COMO CONDUCTA TÍPICA, III: EL TIPO DEL DELITO IMPRUDENTE

I. LA INCRIMINACIÓN DEL DELITO IMPRUDENTE EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El anterior Código penal español regulaba la mayoría de los delitos imprudentes mediante cláusulas generales, contenidas en los viejos arts. 565, 586 bis y 600, que había que poner en relación con los tipos de los delitos dolosos. Se partía así de que en principio cualquier delito se castigaba tanto en su comisión dolosa como imprudente, aunque lo cierto es que luego la jurisprudencia había ideado criterios para excluir la posibilidad de comisión imprudente de ciertas figuras.

Ej. 11.1: Así por ejemplo, el antiguo art. 565 CP disponía: *«El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.*

Al que, con infracción de los reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia se impondrá la pena de arresto mayor».

Esta técnica legislativa había llevado a la doctrina a discutir si lo que se castigaba en el Código penal eran delitos imprudentes (*crimina culposa*) o un delito de imprudencia (*crimen culpae*). De hecho la jurisprudencia con frecuencia condenaba de forma errónea por la comisión de *«un delito de imprudencia con X resultados de muerte»*, en lugar de, como sería lo correcto, por X homicidios imprudentes (en concurso ideal de delitos).

En cambio el Código penal español de 1995 ha optado, como la mayoría de los códigos penales modernos, por el principio de excepcionalidad en el castigo de los delitos imprudentes.

El art. 12 del vigente CP establece: *«Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»*.

Este sistema de incriminación es alabado por la doctrina por ser más garantista que el anterior, al cumplir mejor con el principio de legalidad y responder al principio de intervención mínima. Ello quiere decir que ahora solo se castigan algunos delitos imprudentes, incluyéndose para ello por lo general en la Parte Especial del Código penal el tipo imprudente a continuación del correspondiente tipo doloso.

Ej. 11.2: Así, tras la regulación del homicidio doloso en sus formas básica (art. 138.1 CP) y agravadas (homicidio agravado del art. 138.2 CP y asesinato, arts. 139 CP y 140 CP) se castiga el delito de homicidio imprudente en el art. 142 CP: *«1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena... 2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena...»*.

Aunque en algunas ocasiones el legislador también utiliza pequeñas cláusulas generales de alcance limitado a por ejemplo los delitos comprendidos en un determinado capítulo, técnica que plantea problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica (SILVA, FEIJOO).

Ej. 11.3: Así por ejemplo, en relación con los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el art. 331 CP establece: *«Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave»*.

Además el Código penal de 1995 ha abandonado el antiguo término «culpa» que el Código penal anterior utilizaba a veces como sinónimo de imprudencia y que resultaba inapropiado por poder confundirse en el lenguaje vulgar con la responsabilidad o la culpabilidad (CEREZO).

Pero además, mientras que la antigua regulación era más favorable a la interpretación, acorde con el modelo clásico y neoclásico, del dolo y la imprudencia como dos formas de comisión del delito, dos formas de culpabilidad, la nueva regulación deja claro que la infracción dolosa y

la imprudente son diferentes e independientes, consagrando la concepción hoy mayoritaria de que dolo e imprudencia son elementos respectivamente del tipo de lo injusto doloso y del tipo de lo injusto imprudente.

II. LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE LO INJUSTO DEL DELITO DE ACCIÓN IMPRUDENTE

En los delitos imprudentes de acción de mera actividad el tipo está constituido por una acción (entendida aquí también conforme al concepto finalista de acción, pero siendo irrelevante para el tipo imprudente el contenido de la finalidad del sujeto) que infringe el deber objetivo de cuidado, y si se trata de delitos imprudentes de acción de resultado, integrará el tipo además de la acción imprudente, el resultado, la relación de causalidad entre ambos (determinada conforme al criterio de la equivalencia de las condiciones) y la imputación objetiva del resultado: que el resultado sea de aquellos que trata de evitar la norma de cuidado infringida.

Por otro lado, al igual que vimos en las lecciones anteriores, también el tipo de los delitos imprudentes puede contener especificaciones en relación con el autor (delitos especiales), el tiempo y lugar de comisión del delito, etc.

1. LA ACCIÓN CONTRARIA AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

La acción que infringe el cuidado debido es el primer elemento del tipo de los delitos imprudentes. Superada la concepción de la imprudencia como una forma de culpabilidad (mantenida en España todavía, sin embargo, por algunos autores como COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN), y entendida hoy mayoritariamente como una cuestión de tipo, la constatación del tipo imprudente ha de comenzar por la identificación de la acción típica: la acción descuidada, contraria al cuidado debido, o lo que es lo mismo, la acción que representa un riesgo no permitido de lesionar un bien jurídico. Ello implica ocuparse en primer término de la averiguación de las prohibiciones de actuar descuidadamente que subyacen a los tipos imprudentes de acción. Lo que a su vez nos lleva a indagar sobre las normas de cuidado que rigen las diversas actividades que puede realizar el ser humano.

1.1. El cuidado debido: ¿medida objetiva o subjetiva?

La primera discusión que se plantea la doctrina al tratar este tema es si el cuidado cuya inobservancia implicará incurrir en la prohibición de actuar descuidadamente y que por tanto hará que la acción sea típica, se refiere a un cuidado establecido de manera objetiva, lo que significa

admitir que existen unas normas de cuidado iguales para todos los ciudadanos, o sí por el contrario se establece de manera subjetiva, atendiendo a las capacidades de cada cual, de modo que al que puede hacer las cosas de manera más cuidadosa se le exigirá mayor cuidado y se le atribuirá una actuación imprudente si se limita a actuar con el cuidado que se le exige al resto de sujetos, menos capaces.

Algunos autores defienden que el deber de cuidado es un deber que tiene que establecerse atendiendo a las capacidades de cada cual. Esta conclusión viene forzada por las construcciones de las que parten e ilustrada con determinados ejemplos que apoyarían en su opinión la preferencia de tal solución.

Ej. 11.4: Un cirujano extraordinariamente capacitado, con gran experiencia y habilidad manual, tiene que realizar una operación de cirugía estética muy compleja pero se limita a realizarla con la habilidad común entre sus colegas para ese tipo de operaciones y que es la que exige la *lex artis* [regla de actuación de la profesión]. El paciente sufre lesiones a causa de la intervención quirúrgica realizada conforme a la técnica permitida, pero que se habrían evitado de haber usado el cirujano su habilidad excepcional.

Ej. 11.5: Un cirujano extraordinariamente capacitado, con gran experiencia y habilidad manual, tiene que realizar una operación quirúrgica muy compleja para curar una enfermedad de un paciente que corre peligro de muerte, pero se limita a realizarla con la habilidad común entre sus colegas para ese tipo de operaciones y que es la que exige la *lex artis*. El paciente muere en la mesa de operaciones porque la intervención realizada no es capaz de resolver el problema que el paciente padecía. Sin embargo, si el cirujano hubiese empleado su especial habilidad habría conseguido frenar el curso causal de la enfermedad y evitar la muerte del paciente.

Lo cierto es que resulta imposible mantener una medida subjetiva del cuidado. En primer lugar, por la constatación de que determinados riesgos, aun siendo evitables, están permitidos, lo que nos marca ya unos límites generales y objetivos al cuidado debido y, en segundo lugar, porque dejar a la capacidad de cada cual la determinación del cuidado que cada sujeto debe observar conllevaría el caos y la desprotección de los bienes jurídicos, por lo que los autores que defienden un deber subjetivo de cuidado pretenden a la vez evitar que las personas sin capacidad para cumplir con ciertas normas de cuidado establecidas objetivamente queden impunes. Para ello amplían su

concepto de imprudencia y afirman la misma, a pesar de la inevitabilidad individual, mediante el concepto de la imprudencia por asunción o por lo emprendido, lo que supone de nuevo introducir criterios generales, objetivos, para determinar el cuidado debido.

Ej. 11.6: Así, por ejemplo, Fernando se pone a conducir un vehículo sufriendo una momentánea pero grave deficiencia visual, lo que hace que al llegar al cruce no vea el semáforo en rojo y al no detenerse choque con un vehículo que venía por la perpendicular, causando lesiones a sus ocupantes. Según estos autores, y en contra del criterio aquí mantenido, no puede decirse que Fernando infringiera de manera evitable la norma de cuidado que le obligaba a detenerse en el cruce, ya que si no pudo ver el semáforo rojo tampoco pudo preverla posibilidad de que viniera tráfico por la perpendicular. Pero su imprudencia consistiría precisamente en asumir la realización de una actividad sin tener las capacidades para ello, es decir, en ponerse a conducir habiendo sufrido una merma de sus facultades visuales.

Este proceder, que adelanta la conducta imprudente a un momento previo en el que todavía le era posible al sujeto evitar su futuro estado de inevitabilidad, conlleva, además de la contradicción intrasistemática señalada, una equiparación inadecuada a efectos de conducta típica de acciones con peligrosidades diferentes, como ocurre con todos los intentos de adelantar la imprudencia a un momento previo, más lejano del resultado y condicionado por la posibilidad de acontecimientos futuros. Y el límite a esa anticipación de nuevo tendrá que ser establecido por criterios objetivos.

Ej. 11.7: Es decir, volviendo al supuesto anterior, la probabilidad de que un sujeto llegue a causar lesiones, examinada en el momento en que se pone a conducir con las facultades visuales mermadas, es menor que la probabilidad de que cause lesiones cuando se salta un semáforo rojo en un momento de tránsito por la perpendicular. En el primer caso para establecer la peligrosidad tenemos que manejar la probabilidad de una serie de sucesos (que llegue al cruce cuando el semáforo está en rojo, que en ese momento venga un vehículo por la perpendicular, que lleguen a colisionar...) que todavía son meras posibilidades abstractas, mientras que si nos colocamos en la segunda situación son estos sucesos son ya datos ciertos que aumentan la probabilidad de lesión. Por tanto la peligrosidad de una y otra conducta, y con ello la cantidad de injusto que comportan, no

son equiparables, lo que demuestra que la solución propuesta no es correcta.

Los partidarios de un deber subjetivo de cuidado tienen en común llegar desde diferentes caminos a un concepto de imprudencia como evitabilidad individual, y por tanto lo injusto imprudente ya no se corresponde con la infracción de normas de conducta generales.

Así, como vimos, los defensores de la imputación objetiva de la conducta construían un tipo objetivo común para el delito doloso y el imprudente, desligado de la norma de determinación, a modo de filtro previo cuya función es determinar si una conducta tiene el «significado social» de matar, lesionar, etc. Entre ellos también hay diferencias, pues algunos construyen el tipo objetivo desde el concepto de lesividad y por tanto caben en el mismo incluso conductas no desvaloradas, pues se trata de riesgos permitidos (con lo que no llega a entenderse la función de dicho tipo objetivo), y otros lo limitan ya por la previsibilidad objetiva y por el riesgo permitido, pero todos ellos superponen después, pero todavía en lo injusto, un «tipo subjetivo» que se dice se basa en la evitabilidad personal (siendo las dos formas de evitabilidad el dolo y la imprudencia), aunque en realidad tal evitabilidad se amplía y se limita normativamente mediante criterios que nada tienen que ver con lo personalmente evitable. El tipo objetivo pasa a ser una mera descripción de conductas ajena al fundamento de la imprudencia y el tipo subjetivo opera sobre él para decirnos si la conducta subsumible en el tipo objetivo se puede achacar a la falta de motivación adecuada. Las construcciones que acabo de comentar parten de un concepto de injusto como infracción de la vigencia de la norma, donde el concepto de infracción consiste en un proceso de imputación en el que se indaga acerca de si el comportamiento del autor expresa un no reconocimiento personal de la norma, o fórmulas similares, que hacen depender lo injusto no solo de la contradicción objetiva entre el comportamiento y el contenido de la norma, como defendemos en este Curso, sino de expresiones o faltas personales en relación con la misma.

Ello conlleva la inexistencia de normas generales y que la categoría de lo injusto no pueda cumplir la función que aquí le asignamos de informar sobre lo prohibido con carácter general y sobre las valoraciones que subyacen a esas normas y de contribuir de esta manera al fin preventivo general positivo de la pena.

Y es que finalmente estas posturas responden a distinciones entre las categorías de lo injusto y la culpabilidad que eliminan las funciones de cada una de ellas —llegando a defenderse que la distinción de las categorías es meramente didáctica (JAKOBS) o que debería eliminarse (LESCH)—.

Pero además, tampoco es cierto que se llegue a soluciones más justas en los ejemplos que se proponen. En los ej. 11.4 y 11.5 hemos planteado dos diferentes variantes para destacar que en la primera el resultado de lesiones es causado por la intervención del médico, mientras que en la segunda el resultado es causado por la enfermedad, pero la intervención del médico podría haberlo evitado. Y es que lo primero que hay que analizar al resolverlos es si estamos indagando sobre la posible responsabilidad por la causación de un resultado o por la no evitación del mismo, pues en muchas ocasiones los delitos imprudentes de acción se han confundido con delitos de omisión. La expresión «infracción del deber de cuidado» ha llevado a la frecuente confusión de castigar como delito imprudente de acción no la realización de una acción descuidada que causa un resultado, sino la no realización de una acción cuidadosa que hubiera podido evitar un resultado. Pero en realidad en los delitos de acción imprudentes lo que se castiga es la realización de una conducta imprudente que ha causado un resultado y no la no evitación (por imprudencia) de un resultado, fenómenos estos que pertenecen al ámbito de los delitos de omisión.

[Aquí se va a defender, en todo caso, que el tipo imprudente no contiene tampoco elementos subjetivos. Es decir, en la construcción seguida en este Curso el delito imprudente no tiene tipo subjetivo.]

Lo segundo que hay que dejar claro es la necesidad de distinguir los conocimientos especiales de las capacidades especiales. Los conocimientos especiales del autor sobre los datos de la realidad en la que va a actuar se tienen siempre en cuenta a la hora de diseñar la conducta correcta, porque sirven para identificar la situación sobre la que diseñarla, como explicaremos *infra*. Como veremos, todos los datos, conocidos o que se debieran haber conocido, que definan esa situación, en ese momento, deben ser tenidos en cuenta para conformar la misma como primer paso para decidir la norma que le es aplicable. Cosa distinta es el tema de las capacidades especiales (alguien corre más rápido, nada mejor, es más fuerte, más hábil con las manos, aguanta más tiempo la respiración...). Estas ya no tienen como función identificar la situación en la que se actúa con el fin de diseñar la norma y, por ello, allí donde está permitido realizar la

actividad sin esas capacidades especiales, la conducta realizada sin utilizarlas no puede ser contraria a la norma.

Pero al descartar la inclusión de las facultades especiales para establecer el límite entre el riesgo permitido y el no permitido solo hemos descartado la comisión de un delito de acción imprudente, de modo que todavía deberemos analizar si el sujeto pudo cometer otra clase de delitos. Una vez que se ha dejado claro que lo injusto del delito imprudente de acción no consiste en una omisión del cuidado debido sino en la infracción de una prohibición de realizar una acción descuidada (peligrosa no permitida), es perfectamente posible que quien no ha realizado una acción peligrosa no permitida estuviera, sin embargo, obligado por su posición de garante a realizar una acción salvadora que conscientemente dejó de realizar, y también es posible que lo esté por deberes genéricos de solidaridad de los que dan lugar a los delitos de omisión pura.

Así, volviendo al ejemplo del cirujano (ej. 11.4): en este caso estamos en el ámbito de los delitos de acción, ya que analizamos una intervención del cirujano que fue causa de las lesiones. Si el cirujano previó que su forma de realizar la operación de estética, su acción de intervención en el cuerpo del paciente, causaría las lesiones y que tenía posibilidad de evitarlas realizando la intervención de otra manera, utilizando su capacidad excepcional, pero decidió seguir adelante con su acción potencialmente lesiva (contando con la posibilidad de ese resultado), entonces el cirujano responderá por un delito de lesiones dolosas por acción. En cambio si el sujeto no previó que la técnica utilizada causaría unas lesiones, o confió en que bastaría para poder evitarlas, no podemos condenarle por imprudencia, porque la técnica o la forma de realizar la actividad que la mayoría de los médicos de esa especialidad son capaces de realizar se consideraba una conducta peligrosa permitida.

En cambio en el ej. 11.5 de lo que se trata es de que el cirujano no causó con su actuar las lesiones, sino que no evitó la muerte del paciente, que sí habría evitado si hubiese realizado la intervención quirúrgica conforme a su especial habilidad. Estamos por tanto en el ámbito de la omisión. Si el cirujano previó este resultado cuando decidió no operar de aquella manera, responderá por un delito de homicidio doloso en comisión por omisión. En cambio si no existe dolo en la omisión del cirujano no podremos castigarle por homicidio imprudente en comisión por omisión, pues también en la omisión imprudente el deber de cuidado se establece de manera objetiva, lo que significa que el sujeto solo estará obligado a realizar la acción

tendente a evitar el resultado con el mismo cuidado que se le exigiría a cualquier otro médico no especialmente capacitado.

Por todo lo dicho, en este Curso vamos a seguir la idea, por otro lado mayoritaria, de que las normas que subyacen a los delitos imprudentes de acción prohíben realizar conductas descuidadas, donde qué es lo descuidado se establece conforme a criterios generales, objetivos, iguales para todos los ciudadanos. Es decir, la acción descuidada, la acción típica, es aquella que infringe un deber objetivo de cuidado. El análisis posterior de si un sujeto tenía o no capacidad para abstenerse de realizar esa conducta prohibida, la conducta descuidada, se realizará en el ámbito de la culpabilidad.

1.2. La determinación del cuidado objetivamente debido (I)

1.2.1. El diseño de la prohibición de actuar descuidadamente

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

La norma subyacente al tipo imprudente no prohíbe cualquier acción peligrosa sino solo las que representan los peligros más graves y que no sean necesarios para la utilización racional de los bienes jurídicos. Qué riesgo es razonable correr para poder disfrutar de la utilización del bien jurídico y cuál deja de serlo se decide en una ponderación de intereses que pone en un lado de la balanza el peligro que esa conducta supone para el bien y en el otro la utilidad que la misma comporta. El riesgo prohibido no se establece, por ello, conforme a una determinada magnitud, por ejemplo estableciendo que toda conducta que presente tal grado de probabilidad de lesión del bien queda prohibida. La clase de riesgo prohibido se determina por la previsibilidad *ex ante* de que la conducta dé lugar a determinado curso causal no deseado.

El riesgo no permitido se encuentra en numerosas ocasiones reglamentado en la normativa extrapenal, donde ya se ha plasmado la ponderación de intereses realizada por el ordenamiento, como por ejemplo en determinada legislación administrativa o en la *lex artis* que regula numerosas profesiones.

Ej. 11.8: Conducir es una actividad peligrosa, pues presenta numerosos riesgos de lesión de diversos bienes jurídicos. Pero también es una actividad necesaria y de gran utilidad en la vida actual. Por ello las leyes de tráfico marcan determinadas cautelas que deben respetarse para limitar los peligros de la conducción

de vehículos sin que la misma llegue a convertirse en inútil. Y con tal objetivo se señala el límite de velocidad general de 50 km por hora en el casco urbano, límites menores en las cercanías de un colegio, la obligación de circular por el carril derecho, etc. Estas normas no eliminan todos los posibles peligros de la conducción, pero son el resultado de un compromiso entre la idea de limitar el riesgo y la de hacer posible que esa actividad útil siga realizándose.

Elo no significa, sin embargo, que la mera infracción de dicha normativa extra penal suponga la realización de la acción típica. Como vimos en la lección 2, entre el ilícito penal y el ilícito administrativo hay una diferencia cuantitativa, de gravedad de lo injusto, que se traduce exigiendo el tipo penal que la conducta descuidada presente gravedad suficiente (atendiendo al grado de peligrosidad de la conducta, la importancia de la norma infringida, el valor del bien jurídico amenazado, la separación entre las cautelas ordenadas a quien realiza esa actividad y la forma como el sujeto llevó a cabo su acción...). Además, al contrario de lo que suele suceder con las infracciones administrativas, los delitos imprudentes por lo general exigen la producción de un resultado típico, lo que conlleva la necesidad de constatar la relación de causalidad y la imputación objetiva. Son muy escasos los delitos imprudentes de mera actividad.

Sin embargo, hay actividades que no se encuentran reguladas y situaciones particulares dentro de las actividades sí reguladas para las que no está previsto expresamente el cuidado que se debe tener al realizarlas. En tales casos, la prohibición de actuar de manera descuidada deberá ser hallada por el juez. Por ello comentábamos en la lección 2, al hablar del principio de legalidad, que los delitos imprudentes son un campo especialmente propicio para la inseguridad jurídica.

Para determinar el cuidado debido en estas actividades o situaciones no reguladas y poder decidir así si la conducta infringió una prohibición de actuar descuidadamente, se ha manejado el criterio del «hombre prudente», con diversas denominaciones (por ejemplo, se habla también del criterio de la *«persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social del autor»* o variantes similares). Así, se dice que es imprudente la acción de la que se abstendría una persona inteligente y sensata. En realidad con estas expresiones no se hace referencia a un hombre medio. El cuidado debido se establece con un criterio normativo, no fáctico. El criterio del hombre inteligente y sensato, no debe entenderse sino como una metáfora o resumen de las exigencias del ordenamiento. Como el resultado de la ponderación de la que hablamos antes y que se realiza como vamos a ver a

continuación.

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

En un primer paso se debe identificar la situación en la que va a actuar el sujeto y los riesgos que representa su acción de la manera en que él ha decidido realizarla. Para ello se realiza un juicio de previsibilidad objetiva: una persona inteligente colocada en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente —lo que incluye todos los conocimientos que el ordenamiento jurídico exige a una persona que llega a realizar esa actividad y que hubiera tenido que adquirir previamente—, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico), realizará un pronóstico de las posibles consecuencias de la acción. En ese momento, a la vista de esos posibles riesgos y de la utilidad de la acción, se realiza una ponderación de los intereses en juego de la que surge la decisión final sobre la permisón o prohibición de la conducta tal y como se ha proyectado.

En contra de la opinión que aquí defendemos, JAKOBS y otros autores limitan los conocimientos a tener en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva a los propios del rol del sujeto. Esta construcción ha sido muy criticada por los resultados inaceptables de impunidad a los que lleva en algunos supuestos.

Una gran parte de la doctrina entiende que una vez realizado el juicio de previsibilidad objetiva y ya antes de realizar ponderación alguna, deben considerarse atípicas (no imprudentes) las conductas que representen una muy escasa peligrosidad: aquellas en las que el resultado lesivo aparezca como una consecuencia absolutamente improbable. Esta conclusión se defiende con el argumento de que no sería legítimo limitar tanto la libertad de acción. Sin embargo, aquí entendemos que la medida del riesgo permitido no se puede indicar de modo general mediante un porcentaje o grado de probabilidad, porque el grado de peligro admisible para cada actividad dependerá precisamente de la utilidad de cada acción en cada caso concreto. Una actividad que presente una utilidad social nula y solo peligrosidad puede aparecer como prohibida por pequeña que sea esa peligrosidad, pues la misma no es compensada con nada en la ponderación de intereses.

Ej. 11.9: Recordemos el caso Thyren, que expusimos en el ej.

9.6 y variémoslo excluyendo el dolo y convirtiéndolo en una conducta imprudente: Una persona **A**, completamente inexperta en el manejo de armas de fuego, está jugando a alcanzar con una bala la campana de la iglesia, ve que no llega y entonces apunta al monaguillo que la hace sonar, convencido de que tampoco le alcanzará. La conducta de **A** aparece contemplada *ex ante* como no peligrosa, pues según la fórmula de ENGISCH la muerte del monaguillo a consecuencia del disparo de **A** aparece en un juicio de previsibilidad objetiva como una consecuencia absolutamente improbable (aunque no imposible). Sin embargo, supongamos que **A** dispara y acierta, se da justamente esa escasísima probabilidad, y mata al monaguillo. Según la tesis arriba expuesta **A** debería quedar impune al ser su conducta «no peligrosa» *ex ante*, y todo ello con el argumento de que no debe limitarse de tal manera la libertad de actuar prohibiendo conductas escasamente peligrosas. En cambio aquí opinamos que apuntar y disparar a otra persona es una conducta que, por escasa peligrosidad que presente, debe ser prohibida al no albergar ninguna utilidad o ventaja que compense dicha peligrosidad. Por tanto consideraríamos que **A** ha realizado la acción típica del homicidio imprudente.

El comenzar la determinación de la norma de cuidado por el criterio de la previsibilidad objetiva, pero entendida esta como un determinado grado de probabilidad, es una herencia de la teoría de la adecuación (o de la causalidad adecuada —véase lección 7—) que ya no resulta necesaria (en el mismo sentido WOLTER).

1.2.3. La ponderación de intereses

En relación con el segundo momento en la averiguación de la norma, la realización de la ponderación desde la que se decide la permisión o prohibición de un riesgo, no se pueden dar en abstracto más que pautas generales, dado que habrá que analizar el valor que se otorgue a la conducta en su configuración concreta y los concretos riesgos que representa en cada caso, así como la posibilidad o conveniencia de modificarla mediante la exigencia de cautelas que a la vez limitan el riesgo y el ejercicio de la actividad.

El juez debe guiarse en todo caso por las valoraciones del ordenamiento jurídico. Pero en principio la conducta aparecerá como descuidada y prohibida si era posible limitar los riesgos que todavía presenta de llegar al resultado a través de determinados cursos causales mediante la adopción de cautelas que, evitando la interacción con esos posibles factores, no limitaban en exceso el ejercicio de la

actividad. Por el contrario, la conducta puede aparecer como permitida si el limitar los riesgos que todavía supone se considera limitar excesivamente el valor o la utilidad preferente que la actividad presenta, o si esos límites parece más conveniente trasladarlos a terceras personas para garantizar la utilidad o valor de la conducta.

Esto es lo que hace que un riesgo no permitido no se defina por un determinado grado de probabilidad del resultado, sino por el concreto camino causal que amenaza y, por ello, la posibilidad concreta de interacción con un factor puede considerarse no permitida si, a pesar de ser escasa, su evitación mediante la adopción de una determinada cautela era muy fácil y no limitaba en exceso la actividad. Ello haría que la ponderación de intereses considerase un riesgo no permitido la actuación sin la cautela. En cambio la interacción posible de la misma conducta con otro factor diferente, quizás más probable, puede considerarse un riesgo permitido si el coste de eliminarlo o reducirlo es mucho más elevado y la realización de la conducta sigue apareciendo como preferible a su excesiva limitación.

Es necesario tener esto en cuenta para poder analizar con posterioridad de manera correcta el fin de protección de la norma, pues la permisión de determinados riesgos —de la interacción con factores concretos contra la que deliberadamente no se establecen cautelas para no limitar excesivamente la actividad valorada— los dejará fuera del fin de la norma.

Ej. 11.10: Mariana viaja con su nieto en un autobús público. En una situación de este tipo podemos afirmar que «el ciudadano sensato» se fijará en cómo funciona el sistema automático de apertura y cierre de puertas del transporte público, lo que le permitirá evitar dejar al menor en un lugar donde pueda ser alcanzado por la puerta y resultar así lesionado. O dicho de otra manera: el ordenamiento exige al que viaja en transporte público que conozca cómo se abren y cierran las puertas. Por tanto la trayectoria de retroceso de la puerta será un dato cognoscible a incluir en el juicio de peligrosidad. Una vez constatado el peligro de lesión que comporta situar al menor en el ángulo de retroceso de la puerta del autobús, la ponderación de intereses nos dirá que tal conducta no puede ser valorada como un riesgo permitido, pues presenta un riesgo fácilmente evitable mediante la simple cautela de colocar al niño en otro lugar del transporte, lo que para nada disminuye la ventaja de viajar en autobús.

Ej. 11.11: Patricio quiere colocar unos tiestos de geranios en su ventana de un sexto piso que da a la calle. Del juicio de

previsibilidad objetiva se desprende la posibilidad de que el viento, una paloma o un empujón de alguien que se asome a la ventana hagan caer el tiesto sobre un transeúnte causándole la muerte o lesiones. La ponderación de intereses considerará la conducta como un riesgo no permitido, pues la ventaja que ofrece el placer de disfrutar de las flores no compensa el riesgo de resultados tan graves. Además el riesgo es fácilmente conjurable mediante la cautela de sujetar los tiestos con una barra o parapeto que impida la caída.

Ej. 11.12: El riesgo de que un peatón cruce la calle de manera sorpresiva y repentina cuando tiene el semáforo en rojo y resulte atropellado es siempre una posibilidad. Pero precisamente como posibilidad abstracta se considera un riesgo ya permitido. El legislador se podría plantear prohibir toda conducta que entrañe este riesgo abstracto de atropellar al peatón despistado o suicida y bien prohibir en absoluto la conducción de vehículos, lo que no parece conveniente dada la utilidad social de la misma, o podría obligar a conducir a velocidad mínima cada vez que se viera a un peatón en las proximidades de la calzada para poder evitar mediante un frenazo a tiempo el atropello en caso de que cruce indebidamente, lo que sin duda también restringiría de manera excesiva y no deseada la actividad de la conducción, haciéndola casi inútil. Por ello, tras la ponderación de intereses el legislador decide imponer aquí la cautela al peatón y considerar la posibilidad de que el peatón la infrinja cruzando la calle indebida y sorpresivamente un riesgo permitido para el automovilista.

A raíz de este último ejemplo conviene detenerse en otro criterio manejado por la doctrina: el principio de confianza. Este principio establece la no necesidad de prever la infracción del cuidado debido por otras personas, salvo que existan circunstancias en el caso concreto que lleven a pensar lo contrario: En este Curso vamos a entender que dicho principio se utiliza como complemento para determinar el cuidado debido en aquellas actividades o situaciones en las que no se encuentra ya expresamente regulado, y además no es sino parte de la ponderación de intereses que venimos explicando. Cualquier factor previsible que pueda interactuar con la conducta anudando un curso causal hacia el resultado, incluidas las posibles conductas incorrectas de terceros o de la propia víctima, debe ser analizado conforme a la ponderación de intereses comentada. Lo que ocurre es que por lo general la posibilidad abstracta de interacción con conductas de tercero o de la propia víctima se considera un riesgo permitido, puesto que, en primer lugar, tomar las cautelas destinadas

a evitarlas cuando solo son posibilidades abstractas disminuiría gravemente el ejercicio y con ello la utilidad de cualquier actividad, y, en segundo lugar, el ordenamiento dispone en estos casos de la posibilidad de cargar con las cautelas dirigidas a la evitación a esos terceros. Por ello, la regla es que uno no tiene que estar constantemente adaptando su conducta a la posibilidad abstracta de que los demás no cumplan con las normas de cuidado.

Como veíamos en el ej. 11.12, los conductores no tienen que disminuir su velocidad cada vez que vean a un peatón acercarse a la calzada por si acaso se le ocurre invadir de pronto la vía por un lugar no autorizado o estando en rojo el semáforo para los peatones. Tal posibilidad abstracta es un riesgo permitido para el conductor, y su conducción a la velocidad generalmente permitida, sin disminuirla para poder evitar esa contingencia, es una conducta atípica, no se considera imprudente.

La respuesta a estos casos está por tanto en primer lugar en la ponderación, pues no dejan de ser supuestos de evaluación y permisión de riesgos. Pero por ello mismo existen excepciones al principio de confianza. Se trata de los casos en que la infracción del cuidado por parte de otro ya no es un riesgo abstracto sino que existen determinados indicios de la misma que la convierten en una más alta probabilidad, y los casos en que el ordenamiento decide que no puede trasladar las cautelas de evitación a la propia víctima potencial o a un tercero, bien porque serían incapaces de cumplirlas o porque ello supondría someterles a una carga excesiva. En esos casos el ordenamiento de nuevo refuerza el deber de cuidado exigiendo unas cautelas adicionales para evitar la interacción de la propia conducta con actuaciones descuidadas de otros, y en caso de realizar la actividad sin esas cautelas se infringe la prohibición de actuar descuidadamente, se realiza la acción típica:

Ej. 11.13: Así, por ejemplo, la obligación de disminuir la velocidad en la proximidad de un colegio o de una residencia de ancianos limita la libertad en la circulación de vehículos teniendo en cuenta, por un lado, el aumento de la peligrosidad que suponen las posibles víctimas por su falta de conciencia del peligro y experiencia en el caso de los niños o por su falta o disminución de reflejos y agilidad en el caso de los ancianos, que aumentan la probabilidad de que invadan la calzada cuando se acerca un vehículo. Pero además se han tenido en cuenta las limitaciones más graves de la libertad o las cargas mayores que supondría solucionar el conflicto trasladando, bien a la propia

víctima, bien a terceros, la responsabilidad de evitar la interacción de factores causales. Por ejemplo, el conflicto se hubiera podido solucionar exigiendo un mayor cuidado a los ancianos que compensara su disminución de reflejos y de agilidad, pero ello supondría una carga probablemente excesiva para ellos. En el caso de los menores el conflicto se podría haber solucionado trasladando a los profesores la obligación de impedir que ningún menor de edad saliera del recinto escolar hasta que fuera recogido por un adulto, pero ello supondría una carga insoportable para profesores y padres. Finalmente el conflicto se soluciona introduciendo una pequeña cautela que limita levemente la libertad del conductor, pues parece la solución más razonable y menos lesiva. En estos casos ha cambiado la prohibición que subyace por ejemplo al tipo al homicidio imprudente o a las lesiones imprudentes, aquí ya no se prohíbe circular a más de 50 km por hora, sino a más de 30. Circular a 45 km por hora en las proximidades de un colegio será por tanto una conducta imprudente.

El ejemplo propuesto es un caso de regulación expresa que demuestra cómo el ordenamiento tiene ya en cuenta en la ponderación de intereses la mayor probabilidad de infracción del cuidado por otro y la imposibilidad de trasladarle la cautela. En las actividades o situaciones en las que el cuidado no está expresamente regulado deberá averiguarse de la misma manera en aplicación de los límites al principio de confianza.

El principio de confianza se aplica también a las actividades realizadas en equipo. Cada miembro del equipo tiene que cumplir su tarea conforme al cuidado debido y salvo indicios que hagan cambiar la situación y por tanto la norma de cuidado aplicable, la regla es que no es preciso adaptar la conducta propia a la posibilidad meramente abstracta de que otro miembro del equipo incumpla las normas de cuidado.

Ej. 11.14: En principio el cirujano puede confiar en que cada miembro de su equipo realizará sus tareas de forma cuidadosa y le está permitido actuar sin tomar precauciones para evitar posibles errores de cada uno de ellos. Pero el cirujano que observa durante la operación que uno de sus auxiliares acusa un excesivo cansancio tiene que adaptar su conducta a las exigencias de cuidado que presenta la nueva situación. Ya no puede confiar en que el auxiliar realizará su tarea con el cuidado debido. Ante la nueva situación de riesgo elevado cambia también la prohibición de actuar para el cirujano, pasando a

considerarse ahora prohibido para él actuar sin tener en cuenta ese riesgo de error del ayudante.

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

Tradicionalmente los autores finalistas defendieron que cualquier conducta que no responde al cuidado objetivamente debido y contribuye causalmente a la producción del resultado (concurriendo los demás elementos del tipo) debía considerarse una acción típica de autoría del delito imprudente en cuestión (WELZEL, CERESO).

Sin embargo, gran parte de la doctrina se aparta hoy en día de dicha idea y estima, por el contrario, que con la identificación de una conducta contraria a una norma de cuidado que tiene como fin evitar un determinado resultado no hemos finalizado la tarea de concretar la conducta típica de un concreto delito de resultado.

La doctrina ha elegido dos vías diferentes para solucionar los ejemplos de los que vamos a ocuparnos a continuación e identificar la conducta típica de entre aquellas que suponen riesgos no permitidos: la imputación objetiva, a través de las figuras de la prohibición de regreso y de la imputación a la víctima, u otros argumentos (JAKOBS, REYES, CANCIO), por un lado, y la distinción entre conductas imprudentes de autoría y conductas imprudentes de participación por otro (RENZIKOWSKI, FEIJOO, SÁNCHEZ LAZARO, LUZÓN PEÑA, Roso CAÑADILLAS). Posteriormente se discute además, en la Ciencia del Derecho penal española, si las conductas identificadas como de mera «participación» imprudente serían punibles en nuestro Código penal.

Las primeras soluciones —por la vía de idear criterios de imputación objetiva—, no nos parecen correctas y en la mayoría de los casos son innecesarias, por diversos motivos. Por ejemplo, muchos de los supuestos que se solucionan mediante el criterio de la prohibición de regreso son solo un problema de distinción entre riesgo permitido o no permitido, solucionable mediante la ponderación de intereses; o, por ejemplo, otro criterio que se propone, el principio de autorresponsabilidad, que sustenta al de imputación a la víctima, también debe ser tenido en cuenta dentro la ponderación, pero es erróneo tomarlo como solución que sustituya a la realización de aquella, pues el ordenamiento en ocasiones limita la libertad de actuar imponiendo prohibiciones de conductas que puedan interactuar incluso con posibles actuaciones de una víctima responsable. Por ello el criterio de solución no debe ser uno que cuestione la legitimidad

de unas prohibiciones cuya existencia se admite, sino uno que, como mucho, las destaque como atípicas en relación al delito imprudente de resultado, aunque las conductas sigan prohibidas por otros sectores del ordenamiento, es decir, un criterio que las defina bien como autoría típica o bien como «participación» atípica.

La mayoría de los autores que pretenden reducir la conducta típica por la otra vía anunciada: la de la distinción autoría/participación parten de la idea, que aquí hemos rechazado, de un único e idéntico tipo objetivo para el delito doloso y para el delito imprudente, o han mantenido criterios de distinción que no parecen suficientes.

En este Curso, aunque no compartimos las soluciones propuestas, sí estimamos correcta la idea de la que parten estos autores y pensamos que hay muy diversas prohibiciones cuyo fin es contribuir a la evitación de un mismo resultado lesivo, pero no pueden equipararse como injustos típicos del correspondiente delito de resultado las infracciones de normas diversas, con distinta lejanía a la lesión del bien jurídico y que suponen por tanto muy diversos grados de peligrosidad para el mismo.

La solución estaría en distinguir aquellas normas antepuestas cuya finalidad es evitar que se cause un determinado resultado pero solo a través de la evitación de favorecer imprudencias de otros. Estas normas no serían las subyacentes al delito de resultado y por tanto la conducta que las infringe no es la acción típica. Frente a las mismas existen otras prohibiciones cuya infracción causa directamente el resultado sin que la posibilidad del mismo aparezca condicionada a infracciones de cuidado posteriores de otro sobre el mismo riesgo. Estas son las prohibiciones subyacentes a los tipos de resultado y solo su infracción es la conducta típica.

Ej. 11.15: El farmacéutico que a petición de un cliente, le vende sin receta un medicamento para el que aquella es preceptiva, infringe una prohibición destinada a evitar la interacción del medicamento con una característica del paciente que suponga la contraindicación produciendo la muerte. Pero el último competente para evitar esa idéntica interacción, el último destinatario de una prohibición con ese fin, es el comprador que se la administra a su hijo menor sin haber consultado al médico o sin haber leído el prospecto. La peligrosidad de la venta sin receta aparece como más lejana y condicionada a la de su administración contraindicada —pues no todo medicamento vendido sin receta se administra después contraindicadamente—,

mientras que la peligrosidad de la última infracción —la administración contraindicada— aparece como mayor y ya no condicionada a ninguna imprudencia posterior sobre el mismo riesgo. El farmacéutico no es pues autor del homicidio imprudente, sino que responderá solo por un ilícito no penal (si consideramos impune la participación imprudente). Y quien realiza el homicidio imprudente es solo el cliente que luego administra el medicamento contraindicado a su hijo que por tal causa fallece. La norma infringida por el farmacéutico sólo tenía el fin de proteger el bien jurídico de manera indirecta. Su fin directo es no favorecer la imprudencia de otros. No es por tanto la norma subyacente al tipo del homicidio y la conducta que la infringe no es la acción típica del homicidio imprudente.

1.4. ¿Existe un tipo subjetivo en el delito imprudente?

Una parte de la doctrina finalista (STRUENSEE, ZIELINSKI, CUELLO CONTRERAS, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, SANCINETTI), aun aceptando que el deber de cuidado es objetivo, en la medida en que se establece de manera general para todos los ciudadanos, estima que el delito imprudente contiene no solo elementos objetivos, sino también un tipo subjetivo (en sentido estricto), consistente en el conocimiento de los elementos del propio actuar sobre los que el legislador decide la peligrosidad no permitida de la conducta o, dicho de otra manera, el tipo subjetivo del delito imprudente consistiría en el conocimiento de la situación de riesgo, en la conciencia de que concurren los elementos sobre los que el legislador ha realizado el juicio de riesgo no permitido.

Llegan a esta construcción combinando las presuntas exigencias de la norma de determinación con el concepto finalista de acción, con el argumento de que solo quien conoce las características de su acción puede evitarla y de que las prohibiciones de actuar solo pueden tener por objeto acciones finales. Su construcción conlleva la impunidad de quien en el momento de actuar no fue consciente de las características de su conducta. Para evitarlo, sus defensores se ven obligados a adelantar en tales casos el momento relevante para lo injusto a un momento previo en el que el sujeto sí era consciente de lo que estaba haciendo, pero que en realidad supone una peligrosidad menor para el bien jurídico.

Ej. 11.16: Así, por ejemplo, según esta concepción, quien se agacha un momento para buscar algo en su bolso mientras conduce y por ello no ve el semáforo en rojo y se

lo salta, no habría infringido la norma que prohíbe saltarse el semáforo, sino solo la que prohíbe distraerse, pues se saltó el semáforo sin conocer tal circunstancia. Pero, como ya explicamos, quien no infringe la norma de saltarse el semáforo sino la previa de distraerse comete un injusto menor que quien se salta el semáforo, porque sin duda quien se distrae está ocasionando un riesgo menor, ya que no todo el que se distrae además se salta un semáforo y la peligrosidad de la conducta está condicionada por la probabilidad del suceso posterior también necesario para llegar al resultado. Como estos autores además afirman que el resultado no forma parte de lo injusto, sino que es mera condición objetiva de punibilidad, resulta que en el caso concreto el sujeto solo debería responder, en nuestra opinión, por el menor injusto de distraerse.

Con todo esto las personas despistadas o atolondradas o poco responsables siempre cometerían injustos menores y deberían ser castigadas con menor pena, o incluso quedar impunes, lo que no parece lógico ni resulta comprensible para el resto de los ciudadanos. Por todo lo dicho, y en especial por no compartir las premisas de las que parten estos autores —las presuntas exigencias de la norma de determinación y del concepto finalista de acción—, aquí defendemos que el delito imprudente carece de tipo subjetivo.

2. EL RESULTADO TÍPICO, LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

Al tipo de los delitos imprudentes de acción de resultado pertenece también el resultado típico, la relación de causalidad entre la acción y el resultado (establecida conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones) y la imputación objetiva del resultado.

La doctrina ha manejado diversos criterios de imputación del resultado.

Desde la multiplicidad de principios ideados por aquellas construcciones que llevan todas las cuestiones de delimitación del tipo a un problema de imputación del resultado (ROXIN) y cuyo principal error radica precisamente en no haber distinguido el problema previo de identificación de la conducta típica, hasta la invención de criterios que parecen destinados a conseguir una imputación cuando se carece de los conocimientos ontológicos y nomológicos necesarios para lograrla.

Aquí vamos a estudiar los criterios más compartidos y de relevancia especial en el ámbito del delito imprudente.

2.1. El criterio del fin de protección de la norma

El único criterio necesario para determinar la imputación del resultado es el del «fin de protección de la norma» desarrollado por GIMBERNAT y admitido hoy de forma mayoritaria. Según este criterio, el resultado debe ser precisamente uno de aquellos que trataba de evitar la norma infringida.

Ej. 11.17: Siguiendo un ejemplo de GIMBERNAT: *«Si un conductor circula a una velocidad excesiva en las proximidades de un colegio, y mata a un suicida que se arroja ante su vehículo, ahí se están dando todos los elementos expresos integrantes de la tipicidad del homicidio imprudente, en cuanto que una acción negligente ha sido causante de un resultado típico. No obstante, un elemental análisis teleológico de esa norma de prudencia... lleva a la consecuencia de que esa limitación de velocidad no está impuesta para evitar atropellos de suicidas; de ahí que esa muerte, aparentemente típica, no sea objetivamente imputable al autor».*

Como ya explicamos, el deber de cuidado impone a quien quiere realizar una actividad el tomar determinadas cautelas para evitar la interacción con algunos factores causales que lleven al resultado. De ahí surge la prohibición de realizar la acción sin tales cautelas. Pero el deber de cuidado no se extiende a la prohibición de cualquier riesgo, hay riesgos frente a los cuales no se prohíbe actuar sin tomar cautelas para evitarlos, porque ello restringiría en exceso la actividad que se considera útil. La posible interacción con esos factores frente a los que el cuidado debido no ordena tomar cautelas se considera pues un riesgo permitido. Ello nos lleva a decir que la norma que subyace al delito imprudente tiene la finalidad exclusivamente de evitar llegar al resultado mediante la interacción con aquellos factores frente a los que las normas de cuidado obligaban a tomar cautelas, pero no a través de aquellos otros cuya aparición se considera un riesgo permitido. Los resultados causados por la interacción con tales factores serán resultados excluidos del fin o ámbito de protección de la norma.

Así, volviendo al ej. 11.17, no está prohibido conducir de manera que se pueda atropellar a un suicida que salta de repente a la calzada, pues ello obligaría a disminuir tanto la velocidad y a poner tal atención ante la proximidad de peatones a la vía que la

conducción resultaría inútil. Las normas de cuidado que rigen la conducción, como por ejemplo los límites de velocidad, no están dirigidas a evitar las muertes o lesiones de suicidas que saltan de pronto a la calzada. El atropello de un suicida, aun cuando el conductor infringiera gravemente los límites de velocidad, queda por tanto fuera del ámbito de protección de la prohibición de conducir sin observar el cuidado debido, ya que esta no está pensada para evitar tales resultados.

Y ello es así porque el desvalor del resultado ha de ser un reflejo del desvalor de acción. Ha de servir para reforzar en el juicio de los ciudadanos el valor del bien jurídico y el desvalor de la concreta forma de lesión del mismo que el ordenamiento no tolera, y en cuya virtud se dictó la norma, frente a otras formas de lesión que en cambio se consideran resultado de la preferencia del ordenamiento por la libertad de realización de la conducta (son resultado del riesgo permitido que acompaña a la conducta prohibida).

2.2. El comportamiento alternativo conforme a Derecho

De acuerdo con otro criterio manejado con frecuencia por la doctrina, el resultado no será imputable si no puede probarse con una probabilidad rayana en la certeza que el mismo no se hubiera producido con el comportamiento alternativo correcto. En realidad este no es un criterio de solución por sí mismo, y cuando se utiliza como tal puede llevar a soluciones falsas y engañosas. Por tanto, debe entenderse solo como un medio auxiliar, que sirve para averiguar el fin de protección de la norma, verdadero criterio de solución.

Ej. 11.18: Un niño que va a ser sometido a una intervención quirúrgica es anestesiado con cocaína en lugar de con novocaína, que es el anestésico que recomendaba la *lex artis*. El niño muere por la acción de la cocaína. Al hacerle la autopsia se descubre que padecía una peculiar intolerancia a cualquier anestésico, por lo que si hubiera sido anestesiado con novocaína habría muerto igualmente. Según el criterio de la conducta alternativa correcta, como la muerte se hubiera producido de todas formas con el anestésico correcto, el resultado no es objetivamente imputable a la conducta descuidada. Sin embargo ello es así simplemente porque, como explica GIMBERNAT, la prohibición de la cocaína como anestésico no tiene como fin evitar la muerte por reacciones del paciente debidas a una rara constitución del mismo que el médico no tiene obligación de conocer, sino solo la de evitar los mayores efectos secundarios que provoca frente a otros anestésicos. Entonces la muerte producida por la

concatenación de la droga con esas características especiales del paciente no pertenece al ámbito de protección de la norma y en realidad es absolutamente irrelevante que hubiera muerto también o no con la conducta correcta. El resultado queda fuera del fin de protección de la norma.

El comportamiento hipotético correcto no tiene relevancia por sí mismo, sino solo en cuanto pueda demostrar la eficacia de la norma infringida para la evitación del curso causal concreto. Si se maneja como criterio de solución independiente encuentra graves problemas en los ámbitos en los que se reconoce un margen de riesgo permitido y en los supuestos de «riesgos en reserva»:

Ej. 11.19: Un sujeto se salta un semáforo en rojo y un kilómetro más adelante atropella a un peatón debido únicamente a una imprudencia de este, que salta a la calzada repentinamente y sin mirar. Según el criterio de la conducta alternativa conforme a Derecho el resultado es imputable, dado que si el sujeto no se hubiera saltado el semáforo hubiera llegado unos minutos más tarde al lugar donde el peatón saltó a la calzada, cuando este ya había cruzado la vía, y así se habría evitado el atropello. La conclusión es, por supuesto, falsa. Los semáforos en rojo pretenden evitar la circulación de vehículos en determinados espacios en un determinado momento en el que pueden interactuar con vehículos en dirección perpendicular o con peatones cruzando la calzada por el paso que delimita el semáforo, pero no pueden evitar la interacción con peatones que saltan sorpresivamente a la calzada minutos después un kilómetro más allá del semáforo. Que en un determinado supuesto esa interacción se hubiera evitado resulta por lo tanto meramente casual. En el resto de supuestos la cautela —pararse en el semáforo— no hubiera podido evitar la interacción con ese factor, ni por lo tanto puede estar pensada con tal fin, ya que no sirve para evitar planificadamente ese curso causal. El atropello del peatón un kilómetro más allá está fuera del ámbito de protección de la norma que prohíbe saltarse el semáforo y es irrelevante que en el caso concreto se hubiera evitado de forma meramente casual con la conducta correcta.

2.3. El criterio del incremento del riesgo

Este criterio, cuya formulación actual se debe a ROXIN, se utiliza para los casos dudosos en los que no se sabe si el curso causal que produjo el resultado es de aquellos que podía y quería evitar la cautela infringida, a pesar de lo cual se decide la imputación si, pese a la

imposibilidad de comprobación *ex post*, se estima que la cautela habría podido disminuir la probabilidad del curso causal dado. Para comprobarlo se compara la conducta infractora del cuidado con la conducta correcta y si la primera ha aumentado, según todos los datos conocidos *ex post*, la probabilidad del resultado, este se imputa y, de lo contrario, no.

Ej. 11.20: Un empresario suministra a sus empleados pelos de cabra para fabricar pinceles sin desinfectarlos previamente. Algunos trabajadores mueren por contraer una enfermedad transmitida por bacilos que se encontraban en los pelos de cabra. Sin embargo, después se comprueba que el desinfectante que las normas de sanidad obligaban a utilizar no era eficaz al cien por cien para la eliminación de esos bacilos. Solo se sabe al hacer la prueba que una cantidad de bacilos mueren pero otros muchos sobreviven al desinfectante. Según la teoría de ROXIN en tal caso, el no utilizar el desinfectante ha aumentado el riesgo por lo que el resultado se imputa.

El problema de esta teoría es que se olvida de que las normas de cuidado subyacentes a los delitos de resultado no tienen como fin disminuir porcentualmente grados de peligrosidad, sino evitar la causación de resultados a través del control de posibles interacciones con concretos factores causales. Por lo tanto, la fundamentación de la imputación del resultado en el incremento porcentual del riesgo concreto carece de base pues no guarda relación alguna con el fin de las normas subyacentes a los tipos imprudentes de resultado.

Así en el Ej. 11.21 lo que sucede es que no sabemos si las muertes de los trabajadores se han producido por los bacilos más débiles que el desinfectante hubiera eliminado o por los resistentes frente a los cuales la prohibición de repartir pelos de cabra sin desinfectarlos previamente no podía proteger. Si no sabemos si el resultado concreto estaba dentro o fuera del fin de protección de la norma no podemos imputarlo (*in dubio pro reo* [ante la duda, a favor del reo]).

Si la cautela infringida solo tiene como fin disminuir porcentualmente un riesgo, solo se podrá imputar un aumento de riesgo, pero no un resultado. De lo contrario se está convirtiendo un injusto consistente en la creación de un peligro (que es lo único que se ha podido probar) en un delito de resultado, y todo ello en perjuicio del reo. Si se considera que la imprudencia es grave y que la norma necesita el refuerzo de un castigo para su cumplimiento, se debe recomendar el

castigo de la mera peligrosidad de la conducta tipificando un delito de peligro, pero no se puede convertir una conducta peligrosa en delito de resultado consumado.

3. CLASES DE IMPRUDENCIA

Nuestro Código penal distinguía, hasta la reciente reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, entre imprudencia grave e imprudencia leve, pero no daba criterios para determinar la levedad o gravedad, sino que fueron la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de dar contenido a estos conceptos.

Tras la reforma, la categoría de la imprudencia leve ha desaparecido del Código penal, y se ha sustituido por la de imprudencia menos grave. En principio parece que los términos menos grave y leve no son sinónimos. Pero la cuestión es problemática, pues con anterioridad no existía un espacio entre la imprudencia grave y la leve. Podríamos interpretar, por tanto, que la anterior categoría de «leve» abarcaba todo lo no grave, excepto la imprudencia levísima, y que, por lo tanto, algunas de las conductas calificadas antes como imprudencias leves podrían subsumirse en la actual calificación de menos graves mientras que otras, verdaderamente leves, se habrían despenalizado.

El apartado XXXI del preámbulo de la LO 1/2015 afirma que las anteriores faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve deben ser reconducidas *«hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (apartado 1 del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal»*. Olvida en este discurso el legislador que si antes la imprudencia se clasificaba en grave y leve, de alguna de las dos categorías tiene que salir la actual de menos grave, y puesto que la categoría de grave no se ha modificado, queda claro que no toda imprudencia leve se lleva a la jurisdicción civil, sino que de ella se ha sacado una parte calificada ahora de menos grave y considerada delito. Habrá que estar a la evolución jurisprudencial para saber qué conductas deban entenderse a partir de ahora como imprudentes menos graves.

Esta distinción entre imprudencia grave y menos grave hace referencia a la magnitud de injusto. Para determinar la gravedad de la

imprudencia hay que atender a la peligrosidad de la conducta, la relevancia de la norma infringida y el grado de desviación entre la conducta realizada y el cuidado objetivamente debido.

El Código penal utiliza también el concepto de «imprudencia profesional», que conlleva la previsión de una pena accesoria de inhabilitación para realizar la profesión correspondiente, en cuyo ejercicio se ha actuado de manera imprudente:

Ej. 11.22: Según el art. 142.1, último párrafo CP: *«Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años».*

El concepto de imprudencia profesional debe limitarse a la infracción de las normas que rigen una determinada profesión. De esta manera tiene sentido que se prive de la posibilidad de ejercer la profesión a quien no la realiza correctamente.

La imprudencia también se puede clasificar en consciente e inconsciente. La imprudencia consciente sería aquella en la que el sujeto ha previsto la posibilidad de realizar el resultado pero confía en que podrá evitarlo. Ya estudiamos la importancia de esta figura al tratar su diferenciación del dolo eventual. En cambio en la imprudencia inconsciente el sujeto no ha previsto siquiera la posibilidad del resultado. La distinción entre imprudencia consciente e inconsciente no afecta a la magnitud de lo injusto, sino que tendrá relevancia, en su caso, únicamente en el ámbito de la culpabilidad. Una imprudencia inconsciente puede ser sumamente grave desde el punto de vista de lo injusto.

Ej. 11.23: Una enfermera confunde las conexiones de alimentación enteral con las de administración parenteral y por ello causa la muerte de un bebé al administrarle, sin saberlo, leche por vía intravenosa, en lugar de hacerlo por la vía nasogástrica como ella creía. La infracción del cuidado objetivamente debido es muy grave.

III. EL CONCEPTO DE INJUSTO PERSONAL: DESVALOR DE ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO EN EL DELITO IMPRUDENTE

También en los delitos imprudentes lo injusto está formado por el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. El desvalor de la acción está constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente

debido y el desvalor del resultado por la lesión o peligro concreto de un bien jurídico. En los delitos imprudentes el contenido de la voluntad, la finalidad del autor, no es objeto directo de valoración por el Derecho, pero ello no significa que la norma que subyace a un delito imprudente de acción deje de ser una norma de determinación puesto que prohíbe la realización de una conducta que infrinja el cuidado objetivamente debido. La norma por lo tanto también en estos casos incorpora el momento teleológico de «deber hacer» y no se limita a un juicio de valor, aunque el mismo sea aquí también inherente a ella.

La norma que prohíbe la realización de una conducta que infringe el cuidado objetivamente debido es la misma si el sujeto la incumple con o sin conciencia de ello, pues la conciencia o inconsciencia de que se actúa imprudentemente no modifica el contenido de la conducta relevante, sino que solo afecta en su caso a la conciencia de la antijuridicidad. Por ello también en la imprudencia inconsciente se infringe una norma de determinación.

Entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado debe existir, además de una relación de causalidad, una determinada relación interna: el resultado tiene que pertenecer al fin de protección de la norma, o dicho de otra manera, ser uno de aquellos que trataba de evitar la norma infringida. Y ello es así porque el desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de bienes jurídicos, apoyada a través del fin preventivo general positivo de la pena. Lo injusto, lo contrario a derecho, comprende no solo lo prohibido, sino también la contradicción de las valoraciones que subyacen a las normas y que las dotan de sentido. Pues la pena no solo tiene la misión de reafirmar la vigencia de las normas, sino también de confirmar en la conciencia jurídica de los ciudadanos esas valoraciones jurídicas como mejor forma de garantizar su respeto.

Rechazamos por tanto las construcciones que entienden el resultado como mera condición objetiva de punibilidad y que limitan lo injusto al desvalor de acción. Estas construcciones, como ya vimos, se basan en el argumento de que, una vez infringida la norma, la producción del resultado depende del azar y no aporta nada, por lo que solo debe entenderse como una manifestación externa de un injusto ya realizado. Pero esta argumentación resulta insatisfactoria, porque no explica adecuadamente que la producción del resultado permita seleccionar, dentro de las conductas descuidadas (imprudentes) ya típicas, antijurídicas y culpables, aquellas singularmente intolerables para el Derecho penal y tampoco puede explicar la exigencia de esa

relación especial entre el desvalor de acción y el resultado, que las referidas construcciones también exigen. Si, tal y como afirman, el resultado se establece como criterio de selección de conductas, pero no forma parte de lo injusto, la pena debería establecerse en proporción a la gravedad del comportamiento descuidado y no en proporción al resultado causado, como en cambio hace nuestro Código penal.

Ej. 11.24: Así, si siguiéramos al pie de la letra la argumentación de estos autores, una conducta descuidada, como por ejemplo un adelantamiento prohibido que acaba en un choque frontal con otro vehículo y que ha puesto gravemente en peligro la vida de otra persona, debería considerarse una acción imprudente de homicidio, todo el injusto del homicidio imprudente se habría cometido. El hecho de que finalmente gracias al azar solo se hubiesen producido unas lesiones y que tras meses en el hospital el ocupante del otro vehículo hubiese conseguido salvar su vida, sería irrelevante para lo injusto. La acción debería castigarse con la pena que tal conducta merece por su contenido de injusto: la del homicidio imprudente, y no con la de lesiones imprudentes. Sin embargo no sucede así, nuestro conductor imprudente será castigado por un delito de lesiones, que es el resultado producido, y no por un homicidio imprudente. Y ello es así porque el resultado no tiene solo la misión de seleccionar conductas que ya de por sí representan un injusto completo, sino que el desvalor del resultado forma parte de ese injusto y por ello la pena se establece también en relación con él.

Solo la inclusión del desvalor del resultado en lo injusto puede explicar que una misma conducta que ha infringido una norma de cuidado destinada a proteger la vida y la integridad física y que ha afectado (puesto en peligro) a ambos bienes jurídicos se castigue con penas diferentes según el resultado producido.

LECCIÓN 12. EL DELITO COMO CONDUCTA TÍPICA, Y IV: LOS TIPOS DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

I. LOS TIPOS DELICTIVOS OMISIVOS EN EL SENO DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

Al inicio del Curso hemos señalado que el Derecho penal es un

instrumento de control social altamente formalizado. Su misión es la protección de los bienes jurídicos. Para ello normas, sanciones y procesos son sus instrumentos fundamentales.

Volviendo sobre las primeras, las normas, hemos concluido que para poder alcanzar su objetivo han de adaptar su forma y contenido a la naturaleza del comportamiento humano sobre el que pretenden influir. Es por ello que tras las leyes penales junto a prohibiciones nos encontramos con mandatos de actuar, que se traducen en la existencia de delitos omisivos aliado de los de acción.

El concepto de omisión ya ha sido estudiado en la lección 6 por lo que, siguiendo la estructura sistemática del delito —véase fig. 5.3—, es momento de analizar las distintas categorías de tipos de lo injusto omisivos.

1. LA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN EN EL SENO DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

Aunque ya desde la Antigüedad se conocía la responsabilidad penal por omisión, ha sido en el último siglo cuando se ha multiplicado el número de previsiones delictivas omisivas al amparo de la crisis del individualismo y del desarrollo del Derecho penal económico. Este impulso no ha sido suficiente para evitar que aún sea posible afirmar que la teoría de los delitos de omisión es la hermana pobre de la teoría jurídica del delito. Son varias las razones:

- a) En este desequilibrio ha influido por supuesto el mayor peso tanto histórico como actual de las realizaciones delictivas activas; constituyen la amplia mayoría en los códigos penales y el objeto primordial de atención de los penalistas desde antaño. Ello se traduce en que las estructuras dogmáticas del mundo de la acción se encuentren más asentadas que las omisivas.
- b) Al igual que en otros lugares, el imperio del dogma causal ha hecho también mella en este ámbito. El desarrollo de una dogmática del Derecho penal basada fundamentalmente en la contemplación causal de las realizaciones delictivas, con el paradigma del delito de homicidio doloso por acción como banco de pruebas, ha supuesto no solo que la dogmática de la omisión no haya sido convenientemente desarrollada, sino que lo haya sido con referencia a estructuras propias de la acción, lo que ha dificultado en gran medida la obtención de resultados plenamente satisfactorios.
- c) Por ello, en aquellos lugares en que acción y omisión no compartan las mismas características debemos ser cautos a la hora de pretender encontrar una equivalencia entre una y otra; cuando menos deberemos poner en cuarentena las teorías que

- así lo pretendan.
- d) Otra de las rémoras del proceso de construcción de una dogmática naturalista del comportamiento humano, que ya a principios del siglo XX llevó al penalista alemán Gustav RADBRUCH a afirmar que existe una fractura insalvable entre la dogmática de los delitos de acción y de omisión, alejando la posibilidad de encontrar elementos comunes. Esta teoría sigue teniendo gran predicamento aún hoy en día.
 - e) Frente a ello y como hemos visto en las lecciones anteriores, existen puntos de encuentro entre conductas activas y omisivas en el ámbito socio cultural, donde la existencia de omisiones causales, en las que el sujeto puede ejercer la dirección final de su conducta, abre la posibilidad de desarrollar un campo común en el que acciones y omisiones podrán compartir estructuras y valoraciones. La teoría de la fractura queda pues en entredicho; no es aplicable en todo caso.

Se vislumbra que es mucho lo que todavía queda por decir y revisar en el ámbito de la dogmática de los delitos de omisión. Es preciso reivindicar un papel protagonista y autónomo de la omisión en los estudios y en la aplicación del Derecho penal.

2. CONCEPTOS PRELIMINARES (REMISIÓN): OMISIÓN, EXPECTATIVA Y TIPO DE LO INJUSTO

Teniendo en cuenta lo señalado en el apartado anterior, en las próximas páginas analizaremos las estructuras que se han desarrollado en el ámbito de los tipos de lo injusto omisivos. Como sabemos, estas estructuras estarán condicionadas por la propia naturaleza de la omisión. Es por ello que hemos de tener presentes los conceptos que ya conocemos sobre la misma y que hemos desarrollado fundamentalmente en la lección 6, pero también en otros lugares de este Curso —a los que nos remitimos—. Recordemos y profundicemos en algunos de ellos.

Definimos la omisión como la no realización de una acción cuando se tenía capacidad concreta de llevarla a cabo. Para determinar la existencia de capacidad de acción hay que tener en cuenta las concretas circunstancias materiales, espaciales y temporales en que transcurre la conducta omisiva. El de omisión no es por tanto un mero concepto negativo, sino transitivo, limitativo.

Decíamos que el concepto así diseñado es un concepto ontológico, propio de la esfera del ser; es decir, la omisión no necesita ninguna expectativa para su existencia y consecuentemente tampoco de ninguna expectativa de carácter específicamente jurídico penal. El sujeto omite cuando tiene la concreta posibilidad de actuar aunque ni

nadie ni ningún sistema de normas esperen su actuación. En palabras de Armin KAUFMANN, penalista alemán que contribuyó decisivamente al desarrollo de la dogmática de los delitos de omisión: «...*el acento de valor no hace de una nada un algo, sino que únicamente puede hacer de un algo, un algo valorado...*».

Ej. 12.1: Manuela K. no lee un libro. Manuela K. habrá omitido leer el libro siempre que tenga la concreta capacidad de acción, independientemente de que se espere que lo lea. Dicha omisión existirá aunque nadie verifique su existencia.

Ahora bien, es obvio que frecuentemente solo se comprobará la existencia de la omisión si existe una expectativa de actuación.

Ej. 12.2: Así, es posible que a Manuela K. le hayan regalado el libro y que la autora del obsequio, Gabriela N. A., se pregunte si ha iniciado la lectura y verifique la existencia de la omisión —que existía con independencia de su expectativa—.

Esta especial característica supone que en el ámbito de los delitos de omisión debemos remarcar la importancia de los tipos de lo injusto, de los mandatos de actuar que se encuentran tras ellos, como eje fundamental de la puesta en positivo, de la comprobación de la previa existencia de la omisión. Sin embargo dichos tipos en ningún caso tienen carácter constitutivo de la misma.

II. LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

Pese a tratarse de una cuestión básica para llevar a cabo cualquier estudio de los mismos, como reflejo de la situación en la que se encuentra el conjunto de la dogmática de los delitos de omisión, la clasificación de los tipos de lo injusto de los delitos de omisión está aún lejos de alcanzar un consenso definitivo.

Si bien doctrina y jurisprudencia concuerdan en mencionar dos grandes grupos, los delitos propios de omisión o de omisión pura y los impropios de omisión o de comisión por omisión, a partir de ahí no hay acuerdo sobre la caracterización de las infracciones que abarcan una y otra clase y, además, es frecuente que se incluyan terceras y cuartas categorías o subcategorías.

Se trata pues de una cuestión que necesita de una cierta reordenación. Con este objetivo y alejándonos de la opinión dominante, vamos a partir de la existencia de dos grandes clases de delitos de omisión: los delitos propios de omisión o de omisión pura y los delitos de omisión y

resultado —véase fig. 12.1—.

Figura 12.1
Clasificación de los delitos de omisión

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

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

Mayores problemas se dan en los delitos de omisión no causal y resultado pues es preciso determinar los criterios con base en los que imputar un resultado a quien en definitiva no lo ha causado. Dentro de los mismos y en función de su contemplación en las leyes penales, diferenciaremos entre aquellos que se encuentran regulados expresamente y los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión, que en el sistema penal español se acogen a un sistema de cláusula general y presentan los principales problemas de interpretación.

III. LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN O DE OMISIÓN PURA

El tipo de lo injusto de los delitos propios de omisión o de omisión pura se perfecciona con la sola omisión de la acción ordenada. Son en este sentido figuras delictivas paralelas a los delitos de simple actividad en el ámbito de la acción. Por tanto, no es requisito de los mismos la producción de un resultado que, en caso de que llegue a producirse, no pertenecerá al tipo de lo injusto del delito, será externo al mismo. Desde un punto de vista formal los delitos propios de omisión o de omisión pura se encuentran expresamente regulados en las leyes penales, son pues punibles por tipos de descripción omisiva —véase fig. 12.2—.

Figura 12.2
Delitos propios de omisión o de omisión pura

Desde una perspectiva terminológica y aunque en nuestra clasificación

no se encuentran directamente enfrentados —véase fig. 12.1 y 2—, el uso de las denominaciones delitos propios e impropios de omisión es más adecuado que el de delitos de omisión propia e impropia, que emplean numerosos autores. En realidad en ambos casos la omisión tiene la misma naturaleza, lo que difiere es su valoración. De hecho a principios del siglo XX autores como SANCHEZ TEJERINA empleaban como sinónimo de la denominación de «impropios delitos de omisión» la de «falsos delitos de omisión».

Lo que puede ser calificado como propio o impropio es el delito, esto es, la concreta estructura en el seno de la cual la ley valora la omisión. La omisión será en este sentido siempre propia.

Suelen diferenciarse los delitos comunes de omisión pura, que pueden ser llevados a cabo por cualquier ciudadano, y los delitos de omisión pura de garante, en los cuales se exige que en el autor concurren determinadas características que generalmente fundamentan una pena mayor; estos últimos son por tanto delitos especiales —sobre los conceptos de delitos comunes y especiales, véase la lección 8—.

Ej. 12.3: Como ejemplo de delitos comunes de omisión pura podemos mencionar el delito de omisión del deber de socorro recogido en el art. 195.1 y 2 CP: «**1.** *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*

2. *En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno».*

La misma estructura presenta, por ejemplo, el delito de omisión de impedir determinados delitos del art. 450 CP.

Ej. 12.4: Para ilustrar los delitos propios de omisión de garante, podemos citar el art. 195.3 CP, que recoge supuestos de omisión de socorro por quien ha ocasionado accidentalmente la situación de riesgo: «**3.** *Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a dieciocho meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años».*

También los arts. 407 y 408 CP, relativos al abandono de destino y la omisión de perseguir delitos, y los arts. 410, 411 y 412 CP, de desobediencia y denegación de auxilio, recogen delitos de omisión pura de garante. En todos estos casos, el autor ha de ser autoridad o funcionario público.

A esta clasificación se le ha dado especial relevancia porque la existencia de los delitos de omisión pura de garante permite crear tipos delictivos omisivos de gravedad intermedia, superior a la de los de omisión pura comunes, pero cuyo injusto no es equiparable al de los delitos de omisión y resultado —para los que generalmente se prevén las mismas penas que para los delitos de causación activa—. Según algunos autores los delitos de omisión pura de garante suponen una suerte de *tertium genus* [a mitad camino entre dos cosas] en el que las penas que se imponen resultan más adecuadas para las realizaciones omisivas que las más elevadas previstas para los delitos de omisión y resultado.

Es posible imaginar tanto delitos propios de omisión dolosos como imprudentes; sin embargo, en el sistema penal español, en el que rige el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes, únicamente contamos con delitos de omisión pura dolosos.

1. EL TIPO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN DOLOSOS

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

Es posible distinguir un tipo objetivo y un tipo subjetivo de lo injusto, cuyos elementos vamos a analizar seguidamente.

Ej. 12.5: Para ilustrar los delitos propios de omisión dolosos véase los recogidos en los ejemplos 12.3 y 12.4.

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

El tipo objetivo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosos se articula en torno a tres elementos: la situación típica, la posibilidad de cumplir el mandato y la no realización de la acción tendente a cumplirlo.

1.1.1. La situación típica

El primero de los requisitos que han de concurrir para la perfección del tipo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosos es la situación típica, esto es, la situación que genera el deber de actuar, descrita en el tipo con todas sus circunstancias. Se trata de una situación de peligro para un bien jurídico que origina el mandato de actuar.

Ej. 12.6: Adolfo E. B. se encuentra aterido y sin protección

ninguna fuera del portal de un edificio a las cuatro de la madrugada de un día de invierno. Su estado de embriaguez no le permite moverse. La temperatura es de diez grados bajo cero. Se da pues la situación típica que sirve de base al delito de omisión de socorro del art. 195 CP: «...una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave...».

1.1.2. La posibilidad de cumplir el mandato

El segundo de los requisitos objetivos de los delitos de omisión pura dolosos hace referencia a la posibilidad de cumplir el mandato, esto es, se deberán dar los elementos que conforman la base fáctica sobre la que se asienta la capacidad concreta de acción. Como parte sustancial del concepto de omisión, podemos partir de la caracterización de la capacidad de acción que hicimos en la lección 6. Desde el punto de vista del tipo objetivo de lo injusto supone la concurrencia de los siguientes elementos:

A) Capacidades personales

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

Ej. 12.7: Enrique G. P. observa como en un barranco de difícil acceso a pocos metros de donde se encuentra, yace inconsciente Alfonso G. M. que ha sufrido una grave caída. Para poder omitir la conducta de auxilio será preciso que Enrique G. P. cuente con las capacidades necesarias para descender hasta el accidentado. Solo de este modo y siempre que se den los demás requisitos podremos hablar de un delito de omisión de socorro.

B) Circunstancias, medios e instrumentos

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

Ej. 12.8: Si en el ejemplo anterior Enrique G. P. es un experto escalador, pero necesita de una cuerda para poder socorrer a Alfonso G. M., tendrá la capacidad de acción y por tanto podrá omitir la acción de auxilio si dispone de ella y además se dan las circunstancias materiales necesarias para llegar hasta el accidentado; en ese caso se dará un elemento más del tipo de lo injusto del delito de omisión de socorro del art. 195.1 CP.

Tanto las capacidades personales como los medios e instrumentos necesarios para llevar a cabo la acción ordenada se deberán dar en el

concreto sujeto y en las concretas circunstancias de espacio y tiempo en que se produce la situación típica. Poco importa que se pudieran haber dado en otras circunstancias: para omitir se precisa la concreta capacidad de acción y por lo tanto los concretos elementos objetivos de la misma.

1.1.3. No realización de una acción tendente a cumplir el mandato

Como tercer elemento de los delitos propios de omisión dolosos el sujeto no ha de realizar ninguna acción tendente a cumplir el mandato. Obsérvese que no es preciso que sea la acción idónea para conseguir el fin último de la norma, basta con que se lleve a cabo una acción dirigida a ello.

La explicación se encuentra en que estamos analizando formas delictivas dolosas y el dolo quedará eliminado en el momento en que el sujeto intente, aun con una conducta inadecuada, cumplir con el mandato. De este tipo de situaciones no se podrá derivar responsabilidad por imprudencia, no porque no se den sus características estructurales, sino porque no existe tal previsión en el Código penal vigente.

Ej. 12.9: Gift P., que vive en el portal donde yace Adolfo E. B., se topa con él cuando regresa a casa y pese a percatarse de la grave situación en que se encuentra salta por encima y se dirige a su apartamento. En dicho comportamiento concurrirá el segundo elemento del tipo del delito de omisión de socorro: «... *no socorriere...*».

El art. 195.1 CP exige además que el omitente pueda prestar socorro «...*sin riesgo propio ni de terceros...*», se trata de una cláusula de delimitación de lo injusto de la omisión típica. En este caso, es claro que dicha circunstancia concurre en la omisión de Gift.

Sin embargo, si Gift P. reanima a Adolfo E. B. con una copa de coñac y lo cubre con una manta mientras espera a que lleguen los servicios sociales a los que ha llamado, dejará de darse el tipo de lo injusto.

Pero obsérvese que tampoco se dará el tipo de lo injusto si Gift P. simplemente cubre a Adolfo E. B. con la manta y lo deja donde estaba pensando que será suficiente, sin llegar a evitar que a las pocas horas este muera de frío.

1.2. El tipo subjetivo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosos

El tipo subjetivo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosos está constituido por el dolo —a salvo de otros elementos subjetivos de

lo injusto que pudieran concurrir en casos concretos—.

Existe una importante polémica sobre la estructura del dolo en los delitos omisivos. Si bien se admite la existencia en los mismos del elemento intelectual del dolo, se cuestiona la concurrencia de un elemento volitivo en tanto en cuanto se entiende que la omisión, concebida como comportamiento no causal, carece de voluntad de realización —recordemos que en nuestro modelo junto a omisiones no causales existen omisiones causales en las que no se plantea el problema descrito—.

Pues bien, sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre este tema —cuando estudiemos los delitos de omisión y resultado—, ya podemos afirmar que entendemos que el dolo de todos los delitos dolosos de omisión está formado por dos elementos, intelectual y volitivo.

En el ámbito de los delitos propios de omisión dolosos, en los que el resultado no pertenece al tipo, el dolo presenta también tal estructura, pero la cara subjetiva de estos supuestos es nuclear. La conducta omisiva supone la realización automática del contenido analizado, por lo que la conciencia lleva consigo la voluntad y la voluntad la conciencia. No hay posibilidad de prolongar la vertiente subjetiva a ulteriores elementos.

Lo que no impide que, más allá del tipo de lo injusto, sea posible constatar la existencia de una u otra disposición interna con respecto a un determinado resultado que, aunque no forma parte de este tipo de figuras delictivas, estará relacionado en todo caso con la constitución de las mismas.

El dolo así entendido estará estructurado en torno al conocimiento de la situación típica y a la conciencia tanto de que se dispone de los medios, instrumentos y capacidades como de la forma en que llevar a cabo la acción debida. Como hemos señalado, su concurrencia supondrá inevitablemente no solo la conciencia sino también la voluntad de omitir.

1.2.1. Conocimiento de la situación típica

El sujeto ha de conocer la existencia de la situación típica, no basta con la mera cognoscibilidad de la misma; recordemos que estarnos ante tipos de lo injusto dolosos.

Ej. 12.10: Si en el ejemplo 12.9 Gift P. entra distraídamente en el portal, sin percatarse de que allí yace Adolfo E. B., no concurrirá el conocimiento de la situación típica y no se darán los requisitos del delito de omisión de socorro del art. 195.1 CP.

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

Al tratarse de delitos dolosos, no basta con que en la concreta situación se den los medios e instrumentos y las capacidades necesarias para desarrollar la conducta ordenada, el sujeto ha de ser consciente de que cuenta con ellos y ha de conocer el modo en que, habida cuenta del conjunto de factores concurrentes, tanto objetivos como subjetivos, es posible dirigir su conducta hacia el objetivo.

Es decir, para que se dé el tipo subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos de omisión pura es preciso que el sujeto conozca el modo en que coordinar los distintos elementos objetivos y los conocimientos de que dispone y dirigirlos hacia el resultado perseguido. Ha de tener la concreta y actual capacidad de dirección final de la conducta.

Ej. 12.11: Así puede ocurrir que en el supuesto de los ejemplos 12.7 y 12.8 Enrique G. P. considere que no está capacitado para bajar hasta Alfonso G. M. siendo que no es así, o que no se percate de que dispone de una cuerda en su mochila.

Por otra parte, en el caso de que concurren todos los elementos objetivos y subjetivos necesarios pero Enrique G.P. no caiga en la cuenta de cómo coordinarlos para llegar hasta Alfonso G. M., por ejemplo, porque no encuentra la vía de descenso apropiada, tampoco se podrá hablar de omisión de socorro del art. 195.1 CP.

2. EL TIPO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN IMPRUDENTES: SU INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

El sistema penal español recoge en el art. 12 CP el principio de la excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes: *«Las... omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»*.

En el ámbito de los delitos propios de omisión esta cláusula se ha traducido en la inexistencia de los mismos. La frecuente menor gravedad de las conductas omisivas, unida a la mayor carga que suponen los mandatos de actuar frente a las prohibiciones, se encuentran tras esta decisión político criminal.

No obstante, como hemos visto en el apartado anterior, son imaginables supuestos de inobservancia del cuidado debido que deriven en que el omitente no llegue a conocer la situación típica, los medios e instrumentos disponibles, las capacidades presentes o incluso en que yerre en el desarrollo de la acción potencialmente

salvadora. En estos casos no se podrá exigir responsabilidad por omisión pura, será preciso analizar si concurre algún tipo de responsabilidad activa o por omisión y resultado.

IV. LOS DELITOS DE OMISIÓN Y RESULTADO

Junto a los delitos propios de omisión o de omisión pura nuestro Código penal recoge numerosos supuestos de delitos de omisión y resultado: su tipo de lo injusto requiere la producción de un resultado que será imputado al omitente. Mientras que los delitos de omisión pura tienen una estructura similar a los delitos de simple actividad, los que vamos a tratar en este apartado tienen su referente activo en los delitos de acción y resultado.

Figura 12.3

Delitos de omisión y resultado

No obstante, el paralelismo entre los delitos de resultado de acción y de omisión aunque existe no llega muy lejos. Frente a la estructura relativamente simple que presentan los delitos de acción y resultado, construida en torno a la comprobación de una relación de causalidad y su relevancia jurídica, en el mundo de la omisión las cosas resultan algo más complejas.

Y así, en el caso de las omisiones causales —las menos frecuentes— la imputación del resultado material al omitente seguirá un proceso similar al que hemos descrito para los delitos de acción. Pero en los supuestos de omisiones no causales, en los que no es posible establecer una relación de causalidad real entre la omisión y el resultado, será necesario desarrollar criterios valorativos de imputación objetiva que permitan llegar a tal asociación. Como veremos, es precisamente en este punto donde se dan los principales problemas interpretativos de los delitos de omisión.

Por otra parte, más allá de la cuestión causal, para conocer las peculiaridades de los delitos de omisión y resultado es preciso introducir otro parámetro de carácter formal: el de si están regulados o no en las leyes penales como tipos omisivos. Y es que en la gran mayoría de los casos los delitos de omisión y resultado se encuentran implícitos tras tipos de lo injusto de descripción causal. Así ocurre en todos los supuestos de delitos de omisión causal y resultado. Mientras, en el campo de los delitos de omisión no causal y resultado, solo excepcionalmente los encontraremos regulados como tipos omisivos. En este último caso no se producirán especiales problemas de exégesis [concepto que involucra una interpretación crítica y completa de un texto] y aplicación, el legislador nos indicará con cierta precisión los

elementos del tipo de lo injusto. Pero por lo general los delitos de omisión no causal y resultado no están recogidos expresamente en las leyes penales. Se trata de los denominados delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, categoría que implica adaptar a la estructura del comportamiento omisivo tipos de resultado de descripción causal. En este caso se plantean problemas interpretativos y de aplicación pese a la inclusión de una cláusula general de punición de los mismos en el art. 11 CP —véase fig. 12.3—.

1. LOS DELITOS DE OMISIÓN NO CAUSAL Y RESULTADO

Uno de los principales ejes de la atribución de responsabilidad en los delitos de resultado se encuentra en la imputación objetiva a su autor de las consecuencias de la conducta. Como sabemos, en el caso de los delitos de acción esta operación se basa en la comprobación de la existencia de una relación de causalidad a la que luego se le aplican una serie de filtros valorativos para establecer su relevancia jurídico penal.

Figura 12.4

Delitos de omisión no causal y resultado

Distintas son las cosas en el ámbito de los delitos omisivos, pues hemos visto que la omisión en el mundo físico no tiene capacidad causal. Ello lleva a que en los delitos de omisión no causal y resultado, en los que se ha de imputar el resultado a quien no lo ha causado pero tampoco lo ha evitado, sea preciso conformar criterios valorativos específicos de imputación que se mueven al margen del pensamiento causal.

Se trata de una cuestión sobre la que se ha debatido muy intensamente. Históricamente existía la noción de que ciertas omisiones, ciertas no evitaciones del resultado, debían ser penadas con la misma gravedad que si se trataran de realizaciones activas.

Ej. 12.12: Generalmente se ejemplificaba con el caso de los padres que dejan morir de inanición a su hijo recién nacido, sin hacer nada para evitarlo.

Planteado el problema, se abrían dos cuestiones a las que había que dar respuesta. Por un lado se debía encontrar los criterios de equivalencia que permitieran situar a la omisión no causal en el mismo plano que a la acción causal. Por otro, este tipo de delitos carecía de reflejo expreso en la ley, por lo que las dudas sobre la legitimidad de su castigo eran más que fundadas; la discusión se trasladaba en este

punto a la determinación del sistema más adecuado para proceder a su regulación.

Aún hoy en día se discute sobre ambos extremos. Por una parte hay un cierto consenso en que determinadas figuras delictivas de resultado material pueden realizarse tanto por acción como por omisión no causal si concurren dos requisitos: la posición de garante del omitente y algún tipo de equivalencia entre ambos tipos de comportamiento. Ahora bien, a partir de ahí son muy numerosas las interpretaciones que se hacen de ambas ideas.

Y desde el punto de vista del cumplimiento con el principio de legalidad se han dado importantes pasos en dos sentidos diferentes. El legislador ha ido introduciendo nuevos delitos de omisión no causal y resultado en las leyes penales —lo que ha puesto en evidencia que el dogma de la equivalencia entre acción y omisión no es infalible—. Y junto a ello ha incluido en el art. 11 CP una cláusula general de punición de los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión a partir de los tipos activos; de este modo la realización por omisión no causal de los delitos de resultado de descripción causal cuenta con un soporte legal —se exige tanto que el autor sea garante como la equivalencia entre acción y omisión y se impone la misma pena a realizaciones activas y a no evitaciones omisivas—.

Se ha creado de este modo dos categorías de delitos de omisión no causal y resultado según estén contemplados expresamente en las leyes penales o sean penados a través de la cláusula general del art. 11 CP —véase fig. 12.4—. A estas dos categorías de delitos vamos a dedicar las próximas páginas. Su distinción, de marcado carácter formal, no va a traer consigo grandes diferencias estructurales, pero sí de tipo práctico:

- a) Los límites para la imputación de un resultado a una omisión no causal se encuentran definidos con mayor precisión en los delitos regulados expresamente que en los de comisión por omisión.
- b) Del mismo modo, los marcos penales expuestos permiten ajustar con mayor exactitud la pena a la gravedad material de la conducta omisiva —generalmente menos grave que su «equivalente» activo—; mientras que en los supuestos de comisión por omisión se lleva a cabo en todo caso una equiparación de las penas que corresponden a comportamientos activos y omisivos pese a su diferente naturaleza.
- c) Por último, entre los tipos de delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente encontramos algunos que no tienen un delito activo paralelo; se abre así un nuevo campo a la responsabilidad penal por omisión.

Tras esta visión de conjunto es momento de estudiar las características de unas y otras categorías de delitos de omisión no causal y resultado.

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

La regulación expresa de los delitos de omisión no es muy frecuente. Sin embargo, junto a los delitos propios de omisión existe un grupo de figuras delictivas, cada vez más numeroso, que recoge delitos de omisión no causal y resultado. Una de las principales ventajas de este tipo de previsiones es que no se plantean especiales problemas interpretativos a la hora de imputar el resultado, que no ha sido causado pero tampoco se ha evitado, simplemente habrá que estar a las pautas que señale su descripción típica —véase fig. 12.5—.

Figura 12.5

Delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente

Existe una pauta general que se concreta en cada una de estas figuras delictivas: el sujeto que omite ocupa una especial posición con respecto al bien jurídico lesionado o puesto en peligro, una posición de garante del mismo, o bien está encargado de su protección o bien tiene el deber de controlar una fuente de peligro que le puede afectar. Son, por tanto, delitos especiales.

En cualquier caso y a pesar de la concurrencia de la posición de garante en estos delitos, la imputación del resultado a la omisión no siempre lleva aparejada la misma pena que si se hubiera tratado de su causación por acción —como veremos que establece la cláusula general del art. 11 CP para los delitos de comisión por omisión—. El legislador decide en cada caso si se da o no la equivalencia de injustos necesaria para aplicar idéntico marco penal. Y así, podremos encontrar supuestos en que se equiparan las penas y otros en los que la pena es distinta o incluso no existe una realización activa equiparable. La razón se sitúa en que si bien el desvalor del resultado será el mismo, el de las conductas activas y omisivas no tienen por qué coincidir.

Ej. 12.13: Entre los primeros está el delito que recoge el art. 176 CP, que prescribe la pena correspondiente a los artículos anteriores: *«Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario público que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos»*.

En los preceptos anteriores al art. 176 CP se recogen los delitos de torturas y contra la integridad moral.

Ej. 12.14: Muy diferente es la situación del delito que recoge el art. 196 CP. Según el mismo: *«El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años»*.

En este caso, si el profesional sanitario crea el riesgo con una conducta activa y dicho riesgo no desemboca en un resultado material no contamos con un tipo activo paralelo, Solo será posible castigarle por tentativa de lesiones en el caso de que hubiera creado el riesgo de tales resultados intencionadamente.

Dentro de esta categoría, al igual que entre los delitos de acción y resultado, es posible encontrar algunos que requieren de un resultado material y otros que exigen un resultado de peligro.

Ej. 12.15: Caso de delito de omisión no causal y resultado material es el recogido en el art. 176 CP; véase el ejemplo 12.13.

Ej. 12.16: El art. 196 CP es un claro ejemplo de delito de omisión no causal y resultado de peligro; véase el ejemplo 12.14.

Pero en este momento, para el análisis que sigue, nos interesa distinguir entre las formas dolosas e imprudentes de los delitos de omisión no causal y resultado recogidos expresamente en las leyes penales.

1.1.1. *El tipo de lo injusto de los delitos dolosos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales*

Al analizar el tipo de lo injusto de los delitos dolosos de omisión y resultado regulados expresamente en las leyes penales distinguiremos entre tipo objetivo y tipo subjetivo de lo injusto. Gran parte de los elementos que los componen se solapan con los que hemos analizado en el caso de los delitos propios de omisión dolosos.

Ej. 12.17: Como casos de delitos dolosos de omisión no causal y resultado regulados expresamente véase los recogidos en los ejemplos 12.13 y 12.14.

A) El tipo objetivo de lo injusto de los delitos dolosos de omisión no

causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales

Para que se perfeccione el tipo objetivo de lo injusto de esta categoría de delitos es preciso que concurren los siguientes elementos:

a) La situación típica: Al igual que en el resto de delitos de omisión se trata de una situación de peligro para un bien jurídico que origina el mandato de actuar. El sujeto está obligado a intervenir para evitar el resultado.

Ej. 12.18: Esther Soraya M. acude a urgencias con un fuerte ataque de paludismo; se da la situación típica del delito del art. 196 CP.

Ej. 12.19: Gustavo P. L. acaba de llegar a la comisaría detenido por un delito contra la salud pública. El interrogatorio va subiendo de tono, hasta que los policías que le han detenido le amenazan con aplicarle unos electrodos si no confiesa los hechos; concurre la situación típica del delito del art. 176 CP.

b) La posibilidad de evitar el resultado: El sujeto ha de poder realizar la acción salvadora, la acción idónea para contrarrestar el curso causal del que derivará el resultado. Para ello es preciso que cuente con los elementos constitutivos de la base fáctica sobre la que se asienta la capacidad concreta de acción. Supone por tanto la concurrencia de:

i) Capacidades personales: El propio sujeto ha de contar con las capacidades necesarias para desarrollar la acción ordenada.

Ej. 12.20: En el ejemplo 12.18, Marcelo M. E., especialista en medicina tropical, se encuentra de guardia, encargado del servicio de enfermedades infecciosas del hospital donde ha acudido Esther Soraya M.

Ej. 12.21: José Antonio M. Á. es el inspector jefe en la comisaría donde Gustavo P. L. se encuentra detenido. A través de la pared de su despacho escucha las amenazas proferidas por sus subordinados. José Antonio M. Á. tiene la capacidad de impedir que lleguen a cometerse las torturas.

ii) Circunstancias, medios e instrumentos: El sujeto ha de tener a su disposición los medios e instrumentos necesarios para llevar a cabo la conducta y se deben dar las circunstancias precisas para ello.

Ej. 12.22: El servicio de enfermedades infecciosas donde trabaja Marcelo M. E. cuenta con el instrumental necesario para realizar las pruebas de laboratorio y aplicar el tratamiento adecuado a un ataque severo de paludismo.

Ej. 12.23: El inspector jefe José Antonio M. Á. dispone de los medios necesarios para impedir las torturas, al contar con su armamento reglamentario.

Recordemos que tanto las capacidades personales como los medios e instrumentos necesarios para llevar a cabo la acción ordenada se refieren al concreto sujeto y a las concretas circunstancias espaciales y temporales en que se produce la situación típica.

c) La posición de garante: En todos los delitos de omisión y resultado regulados expresamente en las leyes penales aparece un ulterior requisito relativo al autor: ha de ocupar una especial posición de protección del bien jurídico en peligro o de control de la fuente de peligro que amenaza al mismo. Este requisito hace que estos delitos sean en todo caso especiales.

La razón de la expresa exigencia de esta cualidad en el omitente se encuentra precisamente en la falta de causalidad en los comportamientos que sirven de base a esta clase de delitos. Al tratarse de delitos de resultado es preciso desarrollar criterios específicos de imputación de los mismos al margen de la causalidad; de este modo, la especial posición del sujeto, garante de que no se produzca la lesión del bien jurídico se convierte en el factor fundamental de la imputación del resultado.

La determinación de las posiciones de garante es uno de los principales problemas que plantean los delitos de comisión por omisión, delitos de omisión no causal no regulados expresamente en las leyes penales. Este problema viene solucionado en la descripción típica de los delitos que analizamos en este momento y constituye una de sus ventajas.

Ej. 12.24: En los ejemplos anteriores Marcelo M. E. es el

médico de guardia encargado del servicio de enfermedades infecciosas y José Antonio M. Á. es superior jerárquico de quienes van a cometer un delito de torturas.

d) No realización de una acción tendente a cumplir el mandato: De nuevo y al igual que en el tipo de lo injusto de los delitos propios de omisión dolosos es preciso que el sujeto no realice ninguna acción tendente a cumplir el mandato. Y tampoco en este caso ha de ser la acción idónea para conseguir el fin último de la norma; para que deje de darse este requisito basta con que se lleve a cabo una acción dirigida a ello, recordemos que estamos ante un tipo de lo injusto doloso.

Ej. 12.25: Marcelo M. E., médico encargado del servicio de enfermedades infecciosas, deniega la atención a Esther Soraya M.

Obsérvese que si Marcelo M. E. atiende a la enferma ya no se dará el tipo de lo injusto del delito del art. 196 CP, aunque no aplique las medidas correctas y finalmente se produzca el «...*riesgo grave para la salud de las personas...*». En este caso, deberemos analizar la posible concurrencia de otros tipos delictivos de carácter activo.

Ej. 12.26: José Antonio M. Á. no hace nada por impedir que sus subordinados torturen a Gustavo P. L.

e) La producción del resultado: El último requisito objetivo del tipo es la producción del resultado previsto en el concreto delito. Si no se llega a producir deberemos analizar si estamos ante una tentativa.

Ej. 12.27: En el caso del hospital. de la omisión se habrá de derivar un «...*riesgo grave para la salud de las personas...*»; en el supuesto de la comisaría será preciso que los subordinados del omitente cometan los delitos a los que se refiere el art. 176 CP.

B) El tipo subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales: la estructura del dolo en la omisión

El tipo subjetivo de lo injusto de los delitos de omisión no causal y resultado recogidos expresamente en las leyes penales está formado por el dolo —y en su caso otros elementos subjetivos de lo injusto que pudieran establecerse en delitos concretos—. Cuando tratamos los

delitos propios de omisión dolosos, señalábamos que el dolo omisivo consta de dos elementos, intelectual y volitivo, que en dichas infracciones penales se presentan simultáneamente. Hemos de volver sobre esta cuestión ahora que hablamos de delitos de omisión no causal y resultado.

Autores como Armin KAUFMANN o CEREZO MIR plantean que en la omisión no existe un elemento volitivo o que dicho elemento es intrascendente, quedando englobado en el intelectual; de este modo, una vez que la omisión fuera consciente ya sería dolosa. En este tipo de construcciones importa poco que el sujeto cuente o no con la producción del resultado.

Frente a tales discursos, hemos de afirmar que una cosa es que una determinada omisión sea llevada a cabo de modo consciente y otra que el sujeto asuma por ello la producción del resultado —en este sentido se pronuncian autores como STRATENWERTH o BACIGALUPO ZAPATER—. En definitiva, el dolo en la omisión se articula en torno a un elemento intelectual y otro volitivo.

Para fundamentar esta opinión nos remitimos al ámbito de los delitos de acción por imprudencia consciente. Esta categoría de delitos está caracterizada porque el sujeto tiene conciencia y voluntad de llevar a cabo una determinada acción, es la producción del resultado el elemento que no está incluido en la voluntad de realización a pesar de que el sujeto es consciente de su posible concurrencia. En definitiva, el resultado ha sido causado por una acción querida y se conocía la posibilidad de su producción, sin embargo, no había voluntad de que aquel se produjera, se confiaba en que no ocurriría así.

Pues bien, en la omisión es perfectamente posible que el sujeto omita con conciencia de la posible producción del resultado, pero confiando en que el mismo no tenga lugar; si esta es la situación ¿por qué no responsabilizar al sujeto de una omisión por imprudencia consciente? En este caso el sujeto no podrá atribuir a su conducta omisiva capacidad alguna de evitar el resultado, pero sí a los cursos causales externos que se encuentran tras la posible producción del mismo, de ahí que pueda omitir confiando en que el resultado no se producirá. Si aceptamos esta posibilidad, estamos reconociendo la existencia y trascendencia del tan controvertido elemento volitivo del dolo en los comportamientos omisivos.

La confirmación de que tal situación es factible la aporta la existencia de numerosos casos, de hecho la mayoría, en que se presenta un tanto de inseguridad en el desarrollo de los acontecimientos. El conocimiento de los cursos causales, el saber causal del ser humano, es limitado, dato que en el campo de la omisión dará juego no en todo caso a una voluntad de realización en el sentido del comportamiento activo —que queda reservada para las omisiones causales—, pero sí al

menos a una voluntad de que el desarrollo de los acontecimientos lleve al resultado típico, no lleve al mismo o resulte indiferente, que son distintas formas de manifestación de lo que en definitiva constituye el elemento volitivo del dolo en la omisión.

Se podría argumentar que el que es consciente de la situación típica y, por ejemplo, no desea la producción del resultado, no conoce la situación típica. Pero tal objeción es, desde luego errónea habida cuenta del ya señalado conocimiento limitado del desarrollo causal de cualquier acontecimiento.

Por otra parte, el hecho innegable de la dificultad de demostración de este elemento subjetivo de la estructura de la omisión, no nos debe hacer dudar ni de su existencia, ni de la posibilidad cierta de su comprobación. No es menos complicado determinar la disposición subjetiva real del sujeto en los delitos de acción, disposición que normalmente podemos conocer únicamente a través de los indicios externos del caso concreto.

El dolo en este tipo de delitos es por tanto conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo y voluntad de la producción del resultado; comprenderá los siguientes elementos:

a) Conocimiento de la situación típica: El sujeto ha de conocer la concurrencia de la situación típica; no basta con la mera cognoscibilidad de la misma, recordemos que estamos ante tipos de lo injusto dolosos.

Ej. 12.28: Si el inspector jefe José Antonio M. A. no se percata del riesgo que corre Gustavo P. L. de ser torturado porque, por ejemplo, no escucha las palabras de sus subordinados, su conducta carecerá de los elementos necesarios para ser declarada como delito doloso de omisión y resultado.

b) Conocimiento del modo de evitar el resultado: El conocimiento del modo de evitar el resultado supone que el sujeto ha de ser consciente de la concurrencia de los medios, instrumentos y capacidades con los que cuenta y ha de conocer el modo en que, habida cuenta del conjunto de factores concurrentes, tanto objetivos como subjetivos, es posible dirigir su conducta hacia el objetivo. Ha de tener la concreta y actual capacidad de dirección final de la conducta.

Ej. 12.29: Así tendremos que comprobar que José Antonio M. A. conocía que contaba con los medios y capacidades necesarias para impedir las torturas y que era capaz de

utilizarlas para conseguir tal fin.

c) Conocimiento de la posición de garante: El sujeto tendrá que conocer que ocupa la posición de garante del bien jurídico que se encuentra en peligro.

Ej. 12.30: En los ejemplos anteriores tanto José Antonio M. A. como Marcelo M. E. tendrán que ser conscientes de que ocupan las posiciones de garante que exige el tipo de lo injusto.

d) Voluntad de producción del resultado: Como hemos visto, el dolo en estos casos incluye la voluntad de producción del resultado. Es preciso pues que el sujeto tenga voluntad de que el resultado se produzca. Cabe la posibilidad de dolo eventual en los casos en que el sujeto considere el resultado como meramente posible pero cuente con su producción. Si el sujeto veía como posible la producción del resultado pero confiaba en que este no se llegaría a producir, abandonaremos el campo de los delitos dolosos para entrar en el de la imprudencia consciente.

Ej. 12.31: Es posible que José Antonio M. Á. decida no intervenir pues considera que lo escuchado a través de la pared es un exceso verbal y, conocedor de la actuación siempre ajustada a las normas de sus subordinados, confía en que no derivará en torturas.

1.1.2. *El tipo de lo injusto de los delitos imprudentes de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales*

El principio de excepcionalidad del castigo de las acciones y omisiones imprudentes y la frecuente menor gravedad material de estas últimas son factores que han determinado que no sean muy numerosos los delitos imprudentes de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales.

Ej. 12.32: El art. 317 CP es un claro ejemplo de delito imprudente de omisión no causal y resultado recogido expresamente en el Código. Su regulación es dependiente del art. 316 CP, que incluye un delito doloso de omisión no causal y resultado, el de infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.

Según los mismos:

«Art. 316: *Los que con infracción de las normas de*

prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

«Art. 317: Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado».

La estructura típica de los mismos está conformada por los siguientes elementos:

A) La situación típica

Base de todo delito de omisión, como sabemos se trata de una situación de peligro para un bien jurídico en la que se funda el mandato de actuar.

Ej. 12.33: En el Hotel Y. se están desarrollando obras de ampliación consistentes en la construcción de una nueva ala de cinco pisos; se da la situación típica recogida en los arts. 316 y sig. CP.

B) La posibilidad de evitar el resultado

El sujeto ha de poder realizar la acción salvadora, la acción idónea para contrarrestar el curso causal del que derivará el resultado. Para ello es preciso que concurren los elementos que constituyen la base fáctica sobre la que se asienta la capacidad concreta de acción. Supone por tanto la concreta concurrencia tanto de las capacidades personales necesarias para desarrollar la acción ordenada como de los medios e instrumentos que para ello se precisan.

C) No realización de una acción adecuada para cumplir el mandato

El sujeto no ha de llevar a cabo una acción adecuada para cumplir el mandato. Nótese que en este caso no basta con la realización de cualquier acción, sino que ha de ser idónea para cumplir el mandato. Ello se explica porque al tratarse de delitos imprudentes, la inobservancia del cuidado objetivamente debido puede afectar tanto a que no se lleve a cabo la conducta ordenada como a la clase de acción que el sujeto emprenda o al desarrollo de la misma.

Ej. 12.34: Carlota N. O., jefa de la obra que se desarrolla en el Hotel Y., no comprueba que se ponen a disposición de los

trabajadores los medios preceptivos para que el trabajo se desarrolle con las medidas de seguridad adecuadas. Madeleine T., que trabaja como peón en la obra, cae por un hueco desde una altura de tres metros al no llevar sujeción alguna. Afortunadamente resulta ilesa.

D) La posición de garante

Al igual que en los delitos dolosos de acción no causal y resultado recogidos expresamente en la ley, los tipos imprudentes exigen que el omitente ocupe una especial posición de garantía.

Ej. 12.35: Siguiendo con el ejemplo anterior, Carlota N. O. es la jefa de la obra y por tanto encargada directa de que se tomen las medidas de seguridad necesarias para evitar daños en las personas de sus trabajadores.

E) La producción del resultado

Al tratarse de delitos de resultado es precisa la producción de este. Si no se llega a producir no será posible hablar de tentativa ya que estamos ante tipos de lo injusto imprudentes.

Ej. 12.36: En el caso del ejemplo anterior se habrá de poner en «...*peligro grave su vida, salud o integridad física*...», tal y como exige el art. 317 CP en relación con el art. 316 CP.

F) La inobservancia del cuidado objetivamente debido

El elemento central de la estructura típica de estos delitos es la inobservancia del cuidado objetivamente debido sobre cuyas características nos remitimos a lo dicho en la lección 11. En este momento nos interesa destacar los diferentes elementos a los que puede afectar dicha inobservancia, que podrán ser los siguientes:

- a) Enjuiciamiento de la situación típica.
- b) Toma en consideración de las capacidades, medios e instrumentos disponibles.
- c) Planeamiento o ejecución de la acción tendente a evitar el resultado.
- d) Consideración de la existencia de la posición de garante.

G) El resultado ha de ser consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido

Para que podamos hablar de omisión imprudente aún es preciso que se dé una conexión interna entre el desvalor de la omisión y el desvalor del resultado: este ha de ser precisamente consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

Ej. 12.37: Así, si se comprueba que Madeleine T. había apostado con sus compañeros que era capaz de caminar en un alambre tensado sobre el hueco, no podremos reconducir el resultado de peligro a la omisión imprudente de Carlota, pues las normas de seguridad en el trabajo no están pensadas para evitar peligros provenientes de exhibiciones de funambulismo.

1.2. Los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión

Ámbito de algunas de las más interesantes polémicas que aún se mantiene en la dogmática de los delitos de omisión, la categoría de los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión gira en torno a dos ideas básicas: la imputación de un resultado a quien no lo ha evitado pero tampoco lo ha causado; y su falta de regulación expresa en tipos de lo injusto omisivos, por lo que se sancionan a través de los tipos activos de resultado y con las mismas penas que estos —véase fig. 12.6—.

Figura 12.6

Delitos impropios de omisión o de comisión por omisión

Los problemas que se derivan de estas características son fundamentalmente dos: ¹el de su relación con el principio de legalidad y ²el de la posibilidad de equiparar el injusto omisivo con el activo. Ambos se encuentran intensamente relacionados.

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

Hasta la entrada en vigor del art. 11 del Código penal de 1995 nuestro sistema penal no incluía previsión expresa alguna sobre la punición de los delitos impropios de omisión. Ello no constituía obstáculo para que el Tribunal Supremo aplicara los tipos activos de algunos delitos en casos de no evitación del resultado típico. Esta situación suponía una grave vulneración del principio de legalidad y llevaba aparejada una gran inseguridad jurídica, si bien los tribunales, conscientes de ello, solían restringir el campo de los delitos así penados.

En concreto un trabajo de ALASTUEY DOBÓN puso de manifiesto que con anterioridad al Código penal de 1995 tan solo se habían penado en comisión por omisión dolosa los delitos de homicidio, infanticidio, parricidio, auxilio al suicidio, falsedades y estafas. El panorama era muy distinto en los delitos imprudentes, en los

que los tribunales no solían, ni suelen distinguir entre conductas activas y omisivas.

Con el objeto de resolver el problema, el legislador español optó por introducir un sistema de cláusula general de tipificación de los delitos impropios de omisión en el citado art. 11 CP. Según el mismo: «*Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*

b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».*

Con ello se daba cobertura al problema de legalidad existente hasta el momento, sin embargo, a la par se abrían las puertas a una posible ampliación del campo de la punibilidad en un terreno en el que, como vamos a ver, los límites siguen sin estar bien definidos y donde parece más adecuada la solución de la excepcionalidad del castigo.

Los ejes de esta regulación, que permiten imputar un resultado a quien simplemente no lo ha evitado, son dos: **1** la existencia de una posición de garante; y **2** la exigencia de que la no evitación del resultado sea equivalente, según el sentido del texto de la ley, a su causación. Ambos son elementos constitutivos de los tipos de lo injusto de los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

A) La posición de garante

El primero de los requisitos que establece el art. 11 CP para admitir la realización por omisión de un delito de resultado de formulación activa es que se produzca la infracción de: «*...un especial deber jurídico del autor...*».

Es decir, el omitente ha de ocupar una posición de garante. Ya hemos visto que se trata de una característica que también presentan los delitos de omisión no causal y resultado recogidos expresamente en las leyes penales. La diferencia se encuentra en que mientras en estos últimos la figura delictiva incluye con cierto detalle las características que han de concurrir para que el autor se considere garante, en este caso se hace una referencia genérica, que solo es acotada con posterioridad. Así, sigue diciendo el art. 11 CP que: «*...A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de*

actuar.

b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».*

Se crea un sistema tripartito de fuentes de la posición de garante: la ley, el contrato y la denominada injerencia —que se produce en aquellos casos en que el peligro para el bien jurídico provenga del propio omitente—, son la base del sistema de imputación del resultado que construye el art. 11 CP para la comisión por omisión.

Con esta regulación el legislador español da un paso adelante y otro atrás; Se solventan en parte los serios problemas que planteaba la aplicación de la comisión por omisión sin previsión legal alguna, pero se recurre a la denominada teoría formal de las fuentes de la posición de garante, que desde principios de los años sesenta del pasado siglo XX ha sido paulatinamente abandonada por sus serias limitaciones.

La adopción de una teoría formal de las fuentes presenta deficiencias tanto por exceso como por defecto. Supone por una parte que se pueda llegar a sostener la existencia de una posición de garantía en casos en los que el sujeto no ha asumido de hecho dicha función.

Ej. 12.38: Olga C. G. firma un contrato con Fátima Patricia A. N. para que acuda a su casa el viernes a las veinte horas y se haga cargo de sus hijos Jorge y María, de once y siete años; Olga C. G. se irá de vacaciones a la costa alicantina durante tres días y quiere dejar a los niños en casa. Llegada la hora de cumplimiento del contrato, Fátima Patricia A. N. no aparece y Olga C. G. decide dejar solos a sus hijos. De seguir estrictamente una teoría formal deberíamos declarar garante a Fátima Patricia A. N.

Y en otros casos, en los que el omitente ha asumido fácticamente dicha posición pero no cuenta con el respaldo de la ley, el contrato o la injerencia, impide que pueda hablarse de un especial deber jurídico del autor en el sentido del art. 11 CP.

Ej. 12.39: Luis Ernesto V. S. convive desde hace diez años con Haydee T. V. sin que les una ningún vínculo formal. Luis Ernesto V. S. sufre un grave infarto y Haydee T. V., allí presente, no le alcanza las pastillas de las que el propio Luis Ernesto dispone para estos casos. Tampoco llama al servicio de urgencias, sino que se limita a contemplar su agonía. En este supuesto la situación es la contraria a la del ejemplo anterior ya que formalmente no existe una posición de garante.

La aplicación de la teoría de las funciones, formulada por Armin KAUFMANN en el año 1959, hubiera permitido evitar estos resultados. Según la misma, la base de la posición de garante se encuentra en la asunción fáctica en el caso concreto de una función de protección del bien jurídico o de control de una fuente de peligro.

Ej. 12.40: Atendiendo a la teoría de las funciones en el caso del ejemplo 12.34 Olga C. G. no podrá abandonar su posición de garante aduciendo el compromiso de Fátima Patricia A. N.; y mientras esta no asuma fácticamente dicha posición no podrá ser considerada responsable de los menores.

En el segundo de los supuestos, podrá afirmarse sin problemas la existencia de una posición de garante derivada de la comunidad de vida de Haydee T. V. y Luis Ernesto V. S.

El problema se sitúa pues en el texto de la ley, que obviamente no recoge este último modelo funcional de las posiciones de garante.

Con el objeto de superar las deficiencias del sistema vigente se ha propuesto considerar que las categorías incluidas en las letras a) y b) del art. 11 CP son meros ejemplos para, de este modo, poder ampliar el ámbito de aplicación de la cláusula general rompiendo con el criterio formal. Esta posibilidad choca sin embargo con el principio de legalidad ya que supondría un caso de analogía *in malam partem* [desfavorable al reo, que castiga hechos no previstos en la ley]. Hemos pues de limitar el campo de las posiciones de garante a las surgidas de la ley, el contrato y la injerencia.

Más convincentes resultan los intentos de introducir criterios de interpretación teleológico restrictivos que permitan acotar algunas de las conclusiones a que nos lleva la aplicación de la teoría formal de las fuentes. Podemos asumir que, pese a concurrir la fuente formal, no se dará la posición de garante si el sujeto no ha asumido de hecho y en el caso concreto la función de protección del bien jurídico o de control de la fuente de peligro que lo amenaza. Operamos aquí con una concepción mixta formal-material de las fuentes de la posición de garante, que no supone vulneración alguna del principio de legalidad al situarse en el ámbito de la admitida interpretación restrictiva de la ley.

Ej. 12.41: Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, en el primero de los ejemplos utilizados en los números anteriores podremos excluir la posición de garante de Fátima Patricia A. N. mientras no se presente en el domicilio de Olga C. G. y asuma la función de salvaguarda de los hijos de esta.

Sin embargo, el tenor del art. 11 CP no permite afirmar una posición de garante en el segundo caso, a lo sumo se podría

procesar a Haydee T. V. por un delito de omisión de socorro, sin que se le pudiera imputar resultado alguno.

B) El principio de equivalencia

Junto a la concurrencia de la posición de garante, el art. 11 CP hace mención a otro requisito necesario para imputar el resultado típico al omitente, se trata del conocido como principio de equivalencia. Según dicho precepto: «*Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo... equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación...*».

Se incluye en este punto uno de los elementos más difusos y discutidos de la estructura de la comisión por omisión y, quizá por ello, el legislador lo introduce con una fórmula vacía, que cada intérprete podrá adaptar a su propia concepción del principio de equivalencia — incluso a aquellos planteamientos que parten de que no se trata de un principio autónomo sino que es la inmediata consecuencia de la concurrencia de una posición de garante—.

En este ámbito vamos a optar por aquella corriente que exige que se dé una equivalencia del contenido de lo injusto de la conducta omisiva con respecto al de la causación activa del resultado. El desvalor de la omisión debe ser equiparable al de la correspondiente acción. Que con esta descripción aún queda un largo camino a la exégesis es claro. Será preciso llevar a cabo una interpretación sistemática y teleológica tipo por tipo y conducta por conducta para ver cuándo concurre dicha equivalencia.

Vamos a apuntar dos criterios. Será preciso en primer lugar que el tipo de lo injusto de descripción causal admita su realización por omisión. Con ello nos referimos a la existencia de determinados delitos, como los de propia mano o aquellos que describen medios, modos o formas de realización inequívocamente positivas, que quedarán fuera del campo de la autoría en comisión por omisión.

Ej. 12.42: La opinión mayoritaria considera que el delito de violación del art. 179 CP, como delito de propia mano, queda al margen de la comisión por omisión —véase lección 8—. La falta de equivalencia entre el comportamiento activo y la no evitación de una violación relegará los supuestos en que un garante no evite una violación al campo de la participación por omisión en un delito ajeno —siempre que se den los requisitos necesarios—.

Pero por el lado de los comportamientos omisivos potencialmente típicos también es preciso hacer una acotación, no cualquier omisión de un garante realizará el tipo del delito de comisión por omisión pese

a que hubiera evitado el resultado. En la línea de una corriente doctrinal minoritaria pero que se va abriendo camino paulatinamente, será preciso que el omitente tenga el dominio sobre la causa determinante del resultado, esto es, sobre la última acción que hubiera podido evitarlo, solo así podremos decir que el desvalor de la omisión equivale al de la causación del resultado.

Ej. 12.43: Introduzcamos una variante en el supuesto del ejemplo 12.39, en el que Haydee T. V. no asiste a su compañero, Luis Ernesto V. S., que ha sufrido un grave infarto. Consideremos la posibilidad de que ambos sean matrimonio, se cumpliría así con el requisito de la posición de garante. Ahora bien ¿la omisión de asistencia permite imputar el resultado como si se hubiera causado activamente? Entendemos que no. En primer lugar habría que determinar las posibilidades de salvación a raíz de la intervención de Haydee. Pero más allá de ello, en un caso de grave infarto como el que nos ocupa, Haydee no tiene el dominio sobre la causa determinante del resultado, únicamente puede poner un eslabón de la cadena salvífica, pero no el definitivo. Si en la casa no contaran con ningún medicamento adecuado, a lo sumo podría llamar al servicio de urgencias, de modo que finalmente entregará el curso causal a un tercero, en este caso un profesional sanitario. Por ello no se da la equivalencia entre la no realización de la conducta que hubiera evitado el resultado y su causación activa.

Analizados ambos criterios, queda claro que aún resta un importante grado de inseguridad en la interpretación de los requisitos y límites de la comisión por omisión. Sensación de inseguridad que se hace mayor si tenemos en cuenta que en muchos casos el desvalor de la omisión suele ser menor que el de la acción correspondiente aunque el desvalor del resultado sea el mismo —hecho que en otros sistemas penales hace que las cláusulas generales de punición de la comisión por omisión incluyan una atenuación facultativa de la pena de la causación activa—.

Es por ello que —más allá de que si se mantiene el sistema actual se debiera optar por la teoría de las funciones para determinar las posiciones de garante— *de lege ferenda* [para una futura reforma de la ley] sería conveniente que se adoptara de modo general el sistema de regulación expresa de los delitos de omisión no causal y resultado, estableciendo con claridad las infracciones, autores y marcos penales en los que aplicar la comisión por omisión. A ello apunta también nuestro estudio de los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente, que ha mostrado unos cauces de aplicación

más razonables que los ahora estudiados. Junto a ellos y a los delitos propios de omisión comunes es preciso reivindicar un papel fundamental para los delitos propios de omisión de garante — pensemos en el ejemplo 12.43—. Se trataría pues de asumir en el ámbito de la omisión un sistema similar al que en la actualidad recoge el art. 12 CP para los delitos imprudentes.

1.2.2. *La estructura típica de los delitos impropios de omisión*

Reconducida su tipificación a los tipos de lo injusto de los delitos activos de resultado, las categorías de los delitos impropios de omisión coinciden con las de aquellos. Vamos a analizar su estructura típica distinguiendo entre delitos impropios de omisión dolosos e imprudentes.

A) El tipo de lo injusto de los delitos impropios de omisión dolosos

La estructura típica de la comisión por omisión dolosa es similar a la ya estudiada para los delitos dolosos de omisión no causal y resultado regulados expresamente en las leyes penales, a los que nos remitimos en este lugar.

Sus elementos son por tanto:

1. La concurrencia de la situación típica.
2. La posibilidad de evitar el resultado; la posición de garante.
3. La no realización de la acción tendente a evitar el resultado.
4. La producción del resultado; una relación especial entre el resultado y la omisión —que aquel pertenezca al fin de protección de la norma—.
5. El dolo.

A estos elementos, como hemos visto, se añade uno más, el de la equivalencia de omisión y acción según el sentido del texto de la ley, que ha de ser interpretada en los términos más arriba indicados. También la concurrencia de la posición de garante requerirá un superior esfuerzo interpretativo que en el caso de los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente.

Ej. 12.44: Fernando T. M., guardabarreras del paso a nivel de la estación de S. F., sabedor de que su vecino y enemigo Rafael T. M. acostumbra a atravesar la vía con su coche a la misma hora en que pasa el expreso Algeciras-Granada, decide no bajar la barrera con intención de matarle. Tras varias jornadas sin resultado alguno, finalmente se produce el choque entre el tren y el automóvil conducido por Rafael T. M., muriendo este de inmediato. En este supuesto se dan los elementos del tipo de lo injusto del delito de homicidio doloso en comisión por omisión.

B) El tipo de lo injusto de los delitos impropios de omisión imprudentes

Limitados por los arts. 11 y 12 CP los delitos impropios de omisión imprudentes suponen la aplicación de la cláusula general de punición de los delitos de omisión impropios a los concretos delitos imprudentes regulados en las leyes penales.

Como en el caso de los delitos de comisión por omisión dolosos, presentan una estructura típica similar a la de los delitos de omisión no causal y resultado regulados expresamente: situación típica; posibilidad de evitar el resultado; posición de garante; no realización de una acción adecuada para cumplir el mandato; inobservancia del cuidado objetivamente debido; producción del resultado; y que este sea consecuencia de la inobservancia de las reglas de cuidado —para su estudio nos remitimos a lo ya dicho en apartados anteriores—. A estos elementos se les une la necesidad de verificar la equivalencia desde el punto de vista de lo injusto entre la no evitación del resultado y la causación activa del mismo. Por otra parte será preciso concretar la posición de garante de acuerdo a las previsiones de la cláusula general del art. 11 CP.

Ej. 12.45: Fernando T. M., guardabarreras del paso a nivel de la estación de S. F., no baja la barrera porque se encuentra hablando animadamente por teléfono y no cae en la cuenta de que se acerca el expreso Algeciras-Granada. Rafael T. M. que atravesaba en ese momento la vía, es arrollado por el tren, sufriendo lesiones graves. Concurren los elementos de un delito de lesiones graves imprudentes en comisión por omisión.

2. LOS DELITOS DE OMISIÓN CAUSAL Y RESULTADO

La última categoría de delitos de omisión que vamos a analizar aparece como consecuencia directa de la caracterización que en su momento hacíamos de las conductas omisivas.

Figura 12.7

Delitos de omisión causal y resultado

En efecto, la existencia de omisiones auténticamente causales en el ámbito socio cultural lleva consigo la posibilidad de que sirvan sin más de base para la realización de ciertos tipos de resultado que se encuentran recogidos en la ley a través de descripciones causales. Las especiales características de estas conductas omisivas, dirigidas por la voluntad a la producción de un fin, permitirán que les sean de aplicación las mismas construcciones que hemos desarrollado para los

delitos de acción y resultado, a las que nos remitimos en este momento.

Precisamente por esta última afirmación, algunos autores las incluyen directamente en la categoría de las acciones o, más específicamente, de las comisiones. Es el caso de SILVA SÁNCHEZ en España, que las considera comisiones, o HERZBERG en Alemania, que las denomina «omisiones concluyentes», pero por razones prácticas las incluye en el ámbito de la comisión. Se trata de un planteamiento común entre quienes proceden a una normativización del concepto de comportamiento, pero se aleja de nuestros postulados, en los que la naturaleza de la conducta constituye una estructura lógico objetiva que no ha de ser desconocida a la hora de llevar a cabo las valoraciones jurídicas.

Es por ello que, atendida la estructura de las omisiones causales, en los delitos de omisión causal y resultado se seguirá el modelo de imputación que hemos descrito para los delitos de acción, sin necesidad de acudir a las complejas construcciones que jalonan la dogmática de los delitos de omisión no causal y resultado. Será preciso comprobar la existencia de una relación de causalidad real para después establecer su relevancia jurídico penal aplicando los criterios que hemos recogido en las lecciones anteriores.

En el caso de realizaciones dolosas, también serán los mismos los elementos subjetivos en juego. La estructura del dolo, formada por un elemento intelectual y otro volitivo, es fácil de asumir para las señaladas omisiones finales: el omitente habrá de ser consciente y tener voluntad de la concurrencia y realización de los distintos elementos objetivos del tipo.

En definitiva, las omisiones causales realizan sin especiales problemas algunos tipos de resultado recogidos de las leyes penales bajo una descripción causal.

Ej. 12.46: Como ejemplo de estos delitos podemos mencionar los maltratos psicológicos (art. 153 CP) o las estafas (art. 248 y ss. CP).

Juan Kung L. A., experto economista, adquiere el compromiso de suministrar de modo automático información sobre cualquier perjuicio económico que pueda sufrir su acaudalado cliente Agustín V. S. en la realización de cierto tipo de actividades de inversión. Se produce una situación de tal especie y Juan Kung, con ánimo de lucro, no advierte a Agustín del serio peligro que corre su patrimonio. Agustín, con la confianza de que el silencio de su asesor implica el éxito de la operación, la lleva a cabo, perdiendo una importante cantidad de dinero. Si se da el resto de elementos objetivos y subjetivos necesarios, el

comportamiento de Juan Kung será constitutivo de una estafa. Véase también el segundo caso incluido en el ejemplo 7.4.

V. LO INJUSTO PERSONAL DE LOS DELITOS DE OMISIÓN: DESVALOR DE LA OMISIÓN Y DESVALOR DEL RESULTADO

Para concluir el análisis de la tipicidad de los delitos omisivos aún tenemos que hacer una referencia a la constitución de su injusto. Las líneas maestras ya están trazadas: siguiendo el planteamiento que hemos ido desarrollando a lo largo de todo este Curso y especialmente en las lecciones 1, 10 y 11 —según el cual las normas que subyacen a los tipos penales son normas de determinación, tras las que se encuentran valoraciones tanto sobre los bienes jurídicos como sobre las conductas que suponen su lesión o puesta en peligro—, lo injusto de los delitos de omisión no puede quedar agotado con el mero desvalor del resultado sino que, entendido como injusto personal, habrá de concurrir un determinado desvalor de la conducta, en este caso, un determinado desvalor de la omisión.

De hecho, en los delitos de omisión, de modo simétrico a lo que afirmábamos para los delitos de acción, la norma, en este caso el mandato, se limita a ordenar la realización de una determinada acción, sin que pueda llegar a exigir la producción de un resultado, en este caso valioso —la evitación del resultado desvalorado—. En definitiva, en consonancia con lo que veíamos que ocurría con los delitos de acción, el contenido de lo injusto de los delitos de omisión, al incluir el desvalor del resultado, rebasa la materia del mandato, que se limita a exigir la realización de determinadas acciones, único contenido posible de las normas de determinación que subyacen a los tipos omisivos.

A partir de estas ideas básicas y de nuevo como en el caso de los delitos de acción, distinguiremos entre lo injusto de los delitos de omisión dolosos y lo injusto de los delitos de omisión imprudentes, con características diferenciadas.

1. LO INJUSTO PERSONAL EN LOS DELITOS DE OMISIÓN DOLOSOS

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

Integran el desvalor de la omisión todos los elementos que caracterizan a dicha omisión como contraria al mandato y son ellos los que van a determinar su gravedad material: el dolo en todo caso y otros elementos subjetivos de lo injusto que puedan concurrir, la idoneidad de la acción omitida para lograr la evitación efectiva del resultado y la infracción de los especiales deberes del omitente en caso

de que concurran.

De todos los caracteres señalados, la idoneidad de la acción omitida para evitar el resultado destaca como elemento central en la graduación del desvalor de la omisión. Como hemos visto en las páginas anteriores, no todas las acciones salvadoras son equiparables pues no todas tienen el mismo potencial salvífico —véase el ejemplo 12.43—. El desvalor de la omisión será mayor en aquellos casos en los que el omitente tenga el dominio sobre la causa determinante del resultado, esto es, sobre la última acción que hubiera podido evitarlo: cuanto más alejada esté la acción omitida de la puesta a salvo del bien jurídico protegido menor será su desvalor y, por tanto, menor será la pena adecuada a la gravedad de lo injusto.

Este criterio es especialmente importante en un ámbito en el que, como hemos señalado, queda aún un largo camino por recorrer para una tipificación armónica de este tipo de conductas. Solo teniendo en cuenta el mismo podremos desarrollar un sistema penal de incriminación de los comportamientos omisivos proporcionado a la gravedad material de las distintas omisiones y de estas con respecto a los delitos de acción, afirmación que ha de servir tanto al legislador en la tipificación de las conductas omisivas, como al juez que ha de graduar la pena con base en los tipos de lo injusto ya establecidos.

También merece la pena que nos detengamos en el último de los elementos que pueden formar parte de lo injusto de los delitos de omisión dolosos: la infracción de deberes especiales del omitente. Será muy frecuente la concurrencia de este tipo de deberes pues afecta a algunas de las categorías más importantes de los delitos omisivos: los delitos de omisión no causal y resultado regulados específicamente por la legislación penal, los de comisión por omisión y también, por supuesto, los delitos de omisión pura de garante.

En cuanto al desvalor del resultado, consiste en la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido. En todo caso y al igual que se señaló para los delitos de acción, en determinados supuestos en los que el legislador no exija la lesión ni puesta en concreto peligro del bien jurídico lo injusto quedará constituido exclusivamente por el desvalor de la omisión —véase lección 10—.

2. LO INJUSTO PERSONAL EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPRUDENTES

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

El desvalor de la omisión vendrá determinado por la inobservancia del cuidado objetivamente debido y, como en el caso de los delitos de

omisión dolosa, por la idoneidad de la acción omitida para lograr la efectiva evitación del resultado.

Mientras tanto, el desvalor del resultado estará constituido por la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido.

Al igual que afirmábamos en el caso de los delitos de acción, en el ámbito de los delitos de omisión imprudentes entre el desvalor de la omisión y el desvalor del resultado deberá concurrir una especial relación: el resultado deberá ser uno de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

LECCIÓN 13. ITER CRIMINIS

I. LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO

Con la expresión *iter criminis* (camino del delito) nos referimos a las distintas fases de realización del delito doloso (no cabe hablar de tentativa, ni de actos preparatorios en el delito imprudente, como se explica *infra* [abajo, más adelante]). Suelen distinguirse en el *iter criminis* las fases interna y externa y, dentro de esta, los actos preparatorios y los ejecutivos. Estos últimos darán lugar al comienzo de la tentativa. Cuando el sujeto realiza completamente el tipo, el delito se habrá consumado. La primera pregunta que surge en el tratamiento del *iter criminis* es la de en qué momento debe intervenir el Derecho penal, y la siguiente de qué manera debe hacerlo en relación con cada clase de actos.

1. LOS ACTOS INTERNOS

Llamamos actos internos a los que se desarrollan exclusivamente en la mente del sujeto sin haberse manifestado todavía al exterior. Entre ellos. Encontramos la tentación criminal, la deliberación interna entre los motivos a favor y en contra de cometer el delito, y finalmente la resolución de cometer el delito.

Los actos internos son impunes. Se considera un principio fundamental del Derecho penal que no se pueden castigar los meros pensamientos (*cogitationis poenam nemo patitur* [con el pensamiento no se delinque]). Ello responde en primer lugar a la dificultad de conocer los pensamientos y a que intentarlo implicaría posiblemente incurrir en procedimientos contrarios a los derechos humanos y a las garantías del Estado de Derecho, pero también a que la energía criminal se demuestra realmente cuando se da paso a los actos externos, ya que

hay una gran diferencia entre pensar en cometer un delito y hacerlo (del dicho al hecho...). Que los actos internos no se castiguen favorece además que el sujeto desista de cometer el delito.

2. LOS ACTOS EXTERNOS

Cuando el sujeto pasa a realizar actos externos entramos en una nueva fase del *iter criminis*. En ella todavía vamos a distinguir dos etapas. La distinción es relevante porque mientras en la primera, los actos preparatorios, la intervención del Derecho penal va a ser todavía excepcional, en la segunda, la de los actos ejecutivos, todos los actos son ya punibles.

Con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, el art. 15 CP declaraba punible la tentativa de delito, mientras que en relación con las faltas solo se castigaban las intentadas contra las personas o el patrimonio, exigiéndose en cambio para el castigo del resto de faltas que se hubiera llegado a la consumación. En la actualidad, al haberse eliminado el Libro III del Código penal, «Faltas y sus penas», todas las convertidas en delitos leves pasan a ser castigadas tanto si se han consumado como si han quedado en fase de tentativa, con lo que se amplía notablemente la persecución penal de estas conductas.

Ej. 13.1: La expedición de moneda falsa recibida de buena fe cuando su valor aparente sea inferior a 400 euros se consideraba hasta el 1 de julio de 2015 una falta (art. 629 CP), que al no ser contra las personas, ni contra el patrimonio se castigaba solo si se había consumado. En cambio en la actualidad pasa a considerarse un delito leve (art. 386.3 CP) y se castigará por tanto también si ha quedado en grado de tentativa.

El 12 de julio de 2015 Pedro recibe de buena fe, no recuerda donde, un billete de 50 euros falso, lo que descubre al ir a pagar en un supermercado, donde la cajera le informa de la falsedad tras pasar el billete por un detector. Pedro, molesto por haber sido estafado, intenta trasladar el perjuicio a un tercero y decide pagar con el billete en la pequeña tienda de la esquina, en la que está seguro de que no tienen detectores de billetes falsos. Pero el tendero de la esquina, al ofrecerle Pedro como pago por una lechuga el billete de 50 euros, recela, y le contesta que no acepta ese tipo de billetes, porque no tiene cambio. Pedro ha cometido una tentativa del delito del art. 386.3 CP, que de haberse realizado antes del 1 de julio de 2015 no se hubiera considerado infracción penal.

II. LOS ACTOS PREPARATORIOS

Los actos preparatorios son actos externos que realiza el sujeto para organizar y preparar la ejecución del delito. Durante siglos se ha discutido si deben o no castigarse. A favor de su impunidad se argumenta que con frecuencia son todavía equívocos, que no castigarlos favorece el desistimiento o que no tienen todavía la suficiente gravedad. Estas ideas han dado lugar a que los códigos penales modernos acojan el principio del castigo excepcional de los actos preparatorios.

Así nuestro Código penal castiga en la Parte especial determinados actos preparatorios como delitos autónomos.

Ej. 13.2: El art. 270.6 CP castiga a *«quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo»*. Esta conducta constituye un acto preparatorio de otros delitos contra la propiedad intelectual.

Ej. 13.3: El art. 368 CP castiga, entre otras conductas, los actos de cultivo o elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, lo que no son todavía más que actos preparatorios del delito de tráfico de drogas.

Junto a estos actos preparatorios expresamente castigados como delitos autónomos, encontramos otros actos preparatorios cuya definición se recoge en la Parte general del Código penal y cuya punición está después prevista en la Parte especial solo para determinados delitos. Se trata de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir.

Ej. 13.4: El art. 141 CP castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de asesinato regulados en los tres artículos precedentes.

Al parecer un mero error técnico ha venido a despenalizar los mismos actos en relación con el homicidio, al introducirse en la reforma de 2015 un nuevo 140 bis CP, con lo que la referencia a los tres artículos anteriores al 141 no alcanza ya al art. 138 CP, que recoge el homicidio.

Por último, castiga nuestro Código penal en la Parte especial algunos delitos de apología en sentido estricto, que también es un acto preparatorio.

1. LA CONSPIRACIÓN

Según dispone el art. 17.1 CP: «*La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo*».

No basta para que exista conspiración con un intercambio de opiniones sobre si se realiza o no un delito, es decir, con una deliberación conjunta. Los sujetos tienen que haber tomado la resolución de voluntad de cometerlo.

Surge la duda de si al exigir el tipo de la conspiración que los conspiradores «resuelvan ejecutarlo» está exigiendo que todos ellos se asignen la realización de actos ejecutivos, propios por tanto de la calificación como autor, o si por el contrario también sería conspirador quien resuelve con otros cometer un delito pero en el plan delictivo le adjudican solo la realización de actos de participación.

Una parte de la doctrina estima que el término «ejecutarlo» está utilizado aquí en un sentido amplio, y que por tanto cuando varios sujetos deciden cometer entre todos ellos un determinado delito, todos ellos responderán como conspiradores, aunque a unos se les haya asignado la realización de actos de mera participación y a otros la realización de los actos ejecutivos. Otra parte de la doctrina reduce la conspiración a los casos de «coautoría anticipada».

A pesar de que si nos fijamos solo en la dicción literal del precepto la reciente reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, parece abonar la segunda tesis, al haber modificado en la definición de la proposición la expresión «a ejecutarlo» por «a participar en él», mientras que deja en la definición de la conspiración la referencia a «ejecutarlo» —véase art. 17.1 y .2 CP—, aquí nos vamos a decantar, en una interpretación teleológica del precepto y conforme con la jurisprudencia dominante, por la primera interpretación.

Ej. 13.5: Pedro y Pablo comentan lo mal que les trata su abuela y lo insufrible que les resulta la vida con ella. Están de acuerdo en que solo la soportan pensando en el dinero que heredarán a su muerte. Finalmente deciden que no pueden aguantar más tiempo esa situación hasta que el esperado desenlace ocurra y toman la decisión de matarla, para lo cual acuerdan que Pedro conseguirá de un amigo suyo botánico un veneno que no deja rastro y Pablo se lo pondrá en la sopa de la cena. Pedro y Pablo

han cometido en ese momento conspiración para el asesinato, a pesar de que Pablo asume en el plan delictivo las tareas de ejecutar la muerte, propias del autor, mientras que Pedro se asigna la tarea de proporcionar los medios comisivos, propia de un cooperador necesario (en el mismo sentido que nuestro ejemplo puede verse la STS 13/11/1998).

Ej. 13.6: Hay que tener en cuenta además que aunque el Tribunal Supremo habla en ocasiones de «coautoría anticipada» para definir la conspiración, lo hace utilizando un concepto amplio, no propio, de autor y a la vez que da esa definición castiga como conspiradores a sujetos que no se han atribuido la realización de actos ejecutivos en el plan delictivo. Por ejemplo, Juan Antonio y Roque acordaron que el segundo mataría a la exmujer del primero a cambio de dinero y lo haría con una inyección de mercurio que Juan Antonio le proporcionaría. Fueron detenidos antes de comenzar los actos ejecutivos y condenados ambos por conspiración al asesinato (STS 23/07/2014).

Resulta interesante en este punto distinguir la conspiración (acto preparatorio castigado de manera excepcional para algunos delitos), de la asociación ilícita, que siendo también un acto preparatorio, se castiga sin embargo como delito autónomo en la Parte especial del Código penal: Art. 515. CP: *«Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión».*

El art. 519 CP castiga la conspiración para cometer el delito de asociación ilícita, lo que deja claro que son fenómenos diferentes: *«La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».*

La doctrina y la jurisprudencia estiman que la diferencia entre una y otra figura radica en la mayor estabilidad de la asociación ilícita, que se traducirá en un cierto grado de organización y permanencia en el tiempo.

En palabras del Tribunal Supremo: *«La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:*

- a)** *Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.*
- b)** *Existencia de organización más o menos compleja en función*

del tipo de actividad prevista.

c) *Consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio» (STS 19/01/2007).*

2. LA PROPOSICIÓN

Según dispone el art. 17.2 CP: «*La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él*».

Aquí el sujeto proponente tiene que estar ya decidido a cometer él mismo el delito, e invita a otras personas a que lo cometan con él. No constituye proposición ni el invitar a otras personas a cometer un delito cuando el proponente no ha decidido intervenir también él en su comisión, ni tampoco el pedir consejo a otros sobre cómo cometer un delito sin que ello implique invitarlos a participar en su comisión.

Ej. 13.7: Pedro intenta convencer al enfermero Javier, ofreciéndole dinero, de que consiga una sustancia letal y se la inyecte a Elena en lugar de la medicina que le suministra cada día. Javier se niega. Pedro no puede ser condenado por proposición punible, pues para existir proposición el proponente tiene que haber decidido cometer él mismo el delito e invitar a otros a participar (como coautores o partícipes) en la comisión. En cambio, en nuestro ejemplo Pedro no ha decidido intervenir él mismo en la comisión del delito solicitando la ayuda de otros, sino que intenta sin éxito convencer a Javier de que lo cometa él.

La reforma de 2015 ha zanjado aquí expresamente la anterior discusión sobre si la invitación tiene que ser a realizar actos ejecutivos o basta que se invite a intervenir como mero partícipe y no como coautor, a favor de esta última interpretación. Tanto si se propone a otro colaborar como coautor en el delito que se ha decidido cometer, como si se le propone colaborar como mero partícipe se responde por proposición.

Ej. 13.8: Pedro ha decidido matar a su esposa Elena y mantiene con Pablo, de profesión farmacéutico, una conversación en la que trata de convencerle de que le ayude a llevar a cabo su plan homicida. Para ello Pedro pide a Pablo que cambie el contenido de las ampollas que su esposa adquiere cada semana en la farmacia y que Pedro le inyecta cada noche por prescripción facultativa, colocando en ellas, en lugar de la medicina indicada en la receta, una sustancia letal. Pedro ha cometido una

proposición para el asesinato, aunque solo haya propuesto a Pablo una colaboración calificable de cooperación necesaria (participación).

3. LA PROVOCACIÓN

Según dispone el art. 18.1 CP: *«La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito».*

Se castiga la conducta de quien incita, es decir, anima a cometer un delito o una clase de delitos, utilizando para ello diversos medios que facilitan la publicidad de dicho mensaje, como la imprenta, la radio, la televisión, internet, o mediante el discurso ante una concurrencia de personas. La incitación debe ser directa, lo que no significa que se dirija a personas concretas, ya que precisamente lo que caracteriza la provocación es que el mensaje se lanza a una generalidad de personas, sino que la incitación debe ser expresa, por lo que se excluyen meras insinuaciones o alusiones indirectas.

Ej. 13.9: Nicasio, alcalde del pueblo de Villaplácida, el día de las fiestas patronales, en su discurso institucional dirigido al pueblo desde el balcón del ayuntamiento, proclama que *«los villaplacenses han soportado ya durante más de cien años que sus vecinos de Villaserena les roben la imagen de su patrón, san Rafael, que por derecho y tradición les pertenece»* y que todo villaplacense que se precie debería subir a la ermita de Villaserena y *«rescatar por la fuerza»* la talla del Santo, de incalculable valor, que *«sin el permiso de este pueblo»* el obispo regaló a la orden religiosa que cuida de dicha ermita el siglo pasado. Nicasio ha cometido una provocación al robo.

Es importante distinguir la provocación de la inducción. En especial porque el último párrafo del art. 18.2 CP dice: *«Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción».*

Mientras la provocación es un acto preparatorio punible, la inducción es una forma de participación en el delito. Ello significa que el inductor, al contrario que el provocador, responderá solo si el inducido, autor principal, comienza la ejecución del delito, y además lo hará en función de la responsabilidad del autor, todo ello por el principio de accesoriadad de la participación que estudiaremos en la lección 15. No se castiga por tanto la inducción ineficaz. Sí se castiga, sin embargo, la provocación, se consiga o no con ella suscitar la comisión del delito.

Pero si el provocador consigue que el delito se cometa, se le castigará con la misma pena que al inductor, que no es otra que la que corresponde al autor del delito. Ello no convierte a la provocación eficaz en una inducción. Las diferencias subsisten, pues la provocación es una incitación de carácter general, dirigida a una pluralidad indeterminada de personas, utilizando medios de comisión que facilitan la publicidad y que puede referirse bien a un delito concreto, bien a una clase de delitos. En cambio la inducción no exige tales medios de comisión, debe dirigirse a una persona determinada y referirse a la comisión de uno o varios delitos concretos.

4. LA APOLOGÍA

El art. 18.1 CP en su segundo párrafo dispone: *«Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito»*.

La apología se consideraba tradicionalmente como una forma de incitación indirecta a cometer el delito. El sujeto busca que otros cometan un delito o una clase de delitos, pero no animándoles directamente a hacerlo, sino mediante la estrategia de ensalzar el delito o al delincuente, estrategia tendente a ganar adhesiones y favorecer con ello la comisión futura del delito. Si este acto preparatorio debía o no ser castigado es algo que se discutió mucho en la doctrina, pues un significativo número de autores considera que el castigo de la apología —en este sentido originario— supone un límite excesivo a la libertad de expresión. Ello provocó que la apología en sentido estricto desapareciera de nuestro vigente Código penal de 1995 y se introdujera en principio únicamente una apología desnaturalizada, pues se exige que la misma sea una forma de provocación. El art. 18.1 CP exige, como hemos visto, para considerar a la apología punible, que la misma constituya una forma de provocación y que por su naturaleza y circunstancias suponga una incitación directa a cometer un delito. Pero lo cierto es que con tal definición la apología en sentido estricto resulta como regla general impune y esta referencia, por tanto, superflua, pues los actos que constituyan provocación pueden ser castigados ya conforme al primer párrafo.

A pesar de esta decisión quedan en el Código penal algunos delitos de apología en sentido original o estricto. El primero se introdujo ya en la tramitación del Código, contradiciendo este criterio general que acabamos de explicar. Se trataba de la apología del genocidio:

Recogida en el anterior art. 607.2 CP que castigaba: *«La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que (nieguen o) justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos»*.

En la actualidad, tras la reforma de 2015, la apología del genocidio ha sido trasladada al art. 510 CP, que incorpora además el castigo de la apología de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra, pero convirtiéndolos, al exigir expresamente la producción de un determinado resultado de creación de un clima de violencia o discriminación contra ciertos colectivos, en delitos autónomos de incitación al odio. El precepto añade, sin embargo, el castigo del enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido por motivos discriminatorios, sin ulteriores exigencias, lo que supone una notable ampliación del castigo de la apología.

Por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, se reintrodujo en nuestro Código Penal el delito de apología del terrorismo, cuya regulación ha sido modificada por la LO 2/2015, de 30 de marzo: Así el art. 578 CP castiga: *«El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución...»*.

Tal y como se desprende tanto del tenor literal de los citados preceptos, como de la discusión parlamentaria, y ha sido también interpretado por el tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, estas formas de apología expresamente reguladas en la Parte especial del Código penal no tienen que cumplir los requisitos de la provocación, a los que como hemos visto somete el art. 18 CP la apología para el resto de supuestos.

Ej. 13.10: Cayetano y Eladio, mayores de edad y este último Concejal de Fiestas del Ayuntamiento de Gernika, estando ambos de acuerdo, decidieron colocar en el programa de fiestas del año 2009 de dicha localidad, para difusión pública, fotos de nueve presos, unos condenados por actividades terroristas de la organización ETA y otro relacionado con actividades del mismo tipo de dicha organización, bajo el texto en euskera *«no podemos ser nada sin ellos»*, conscientes del elogio y agradecimiento que para los individuos suponía la difusión de sus fotos con el texto añadido en la publicación, y con la finalidad de ensalzarlos (STS 21/07/2011). Cayetano y Eladio fueron

condenados por apología del terrorismo.

III. LOS ACTOS EJECUTIVOS: LA TENTATIVA

El art. 16 CP establece en su primer párrafo: «*Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*».

Como se explicó *supra*, el paso de los actos preparatorios a los actos ejecutivos resulta de máxima trascendencia en tanto determina, por una parte, el comienzo de la tentativa y, por otra, el cambio de una punición excepcional a otra absoluta.

1. DISTINCIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y EJECUTIVOS

Por ello es fundamental encontrar un criterio que pueda definir cuándo un acto externo ya no es un mero acto preparatorio, por lo general impune (salvo las excepciones ya vistas), sino que debe calificarse como acto ejecutivo punible. Con tal fin la doctrina ha elaborado distintas teorías:

— **CARRARA** formuló la teoría de la univocidad, según la cual mientras los actos preparatorios son equívocos, puesto que observados externamente pueden parecer dirigidos tanto a la comisión de un delito como a un acto lícito, los actos ejecutivos son unívocos, se deduce de ellos que están dirigidos a la comisión de un delito. En realidad esta teoría confunde la naturaleza del acto con problemas de prueba, además de que en muchas ocasiones su comprobación depende de cuántas circunstancias del caso sean tenidas en cuenta y, desde luego, puede llevar a soluciones erróneas, pues hay actos preparatorios que sin dejar de serlo aparecen ya claramente destinados a la comisión de un delito.

Ej. 13.11: Quien en su casa con determinadas sustancias químicas fabrica un artefacto explosivo no parece buscar con ello cometer un acto lícito, pero no ha pasado de la realización de un acto preparatorio en relación con los delitos de asesinato que piensa cometer después colocando en un lugar habitado y haciendo explotar el artefacto, con lo que el criterio de CARRARA parece aquí inadecuado.

Esta teoría, aunque en tiempos tuvo gran acogida, hoy ha sido abandonada.

— **BELING** propuso la teoría objetivo-formal, según la cual un acto es ejecutivo si está comprendido en la acción descrita en el tipo, atendiendo al sentido que el verbo típico recibe en el lenguaje cotidiano u ordinario. En aquellos tipos en los que se describe una acción mediante el uso de un verbo, que constituye su núcleo central, pero también se describen determinados modos o formas de realizarla, en lo que constituye una zona periférica, serán actos ejecutivos tanto los comprendidos en la zona nuclear como los subsumibles en la zona periférica.

Ej. 13.12: Según los arts. 237 y 238.2 CP constituye robo con fuerza en las cosas, entre otras conductas, el apoderarse de las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, empleando la fuerza para acceder al lugar donde estas se encuentran, como por ejemplo rompiendo la pared, techo o suelo, o fracturando una puerta o ventana. Por tanto, siguiendo el criterio de BELING, quien utilizando una palanca consigue romper una puerta para acceder al lugar donde se encuentra la cosa ajena de la que quiere apoderarse, ha realizado ya un acto ejecutivo del delito de robo, ha comenzado ya la tentativa de robo.

Lo cierto es que este criterio, aunque mucho más acertado que el anterior, puede seguir siendo impreciso, al tener que interpretarse en cada caso el verbo típico y, además, a veces puede parecer insuficiente por restringir en exceso la tentativa.

Ej. 13.13: Así, puede surgir la duda de si apuntar con un arma a otra persona pertenece ya o no al concepto de matar. Si se decide que todavía no, lo que parece lo más correcto aplicando el concepto de BELING, tendríamos que concluir que apuntar es todavía un acto preparatorio impune. Entonces no se podría castigar, por ejemplo, a quien apostado en una azotea apunta a su víctima cuando esta sale de su casa, pero antes de que llegue a apretar el gatillo es detenido por la policía. La impunidad del supuesto, desde luego, parece muy insatisfactoria.

— **FRANK** ideó la teoría de la unidad natural para completar la teoría objetivo-formal de BELING con un criterio material y salvar así sus deficiencias. según el criterio de FRANK, se considerarían también ejecutivos aquellos actos que están tan íntimamente e inmediatamente unidos a la acción típica, que forman parte de ella según una «concepción natural».

Ej. 13.14: Así, volviendo al ejemplo 13.13, apuntar con un arma a la víctima estaría íntimamente unido a la acción de dispararle, formando con ella una unidad natural. Por tanto según el criterio de FRANK apuntar sería ya un acto ejecutivo y al sujeto del ejemplo le podríamos castigar como autor de una tentativa de asesinato.

Desde luego, el tema no está zanjado y aunque la teoría objetivo-material de la unidad natural supone una mejora respecto de la teoría objetivo-formal, lo cierto es que sigue dejando un amplísimo margen a la interpretación jurisprudencial, lo que genera cierta inseguridad jurídica.

La doctrina ha seguido ideando criterios, sin que ninguno parezca totalmente convincente. Y es que todas las fórmulas tienen que moverse finalmente en la dicotomía de bien elegir un criterio formal que garantice al máximo el respeto al principio de legalidad, corriendo el riesgo de dejar impunes gran número de conductas, o bien elegir criterios materiales que permiten el castigo de conductas que presentan una gran peligrosidad y cercanía a la lesión del bien jurídico, pero que dejan un amplio margen a la interpretación.

Nuestro Tribunal Supremo maneja en sus sentencias todo tipo de teorías, incluso combinándolas con frecuencia, y tiende a ampliar el ámbito de los actos ejecutivos en detrimento de los preparatorios, para asegurar la punición.

Como criterios de tipo material se han propuesto varios. Por ejemplo, se ha sostenido que los actos ejecutivos constituyen el inicio del ataque al bien jurídico, o que los actos ejecutivos suponen, frente a los preparatorios, un peligro para el bien jurídico. Estos criterios, además de imprecisos, no son ciertos e incluso en ocasiones pueden contradecir la redacción típica. En realidad todo el plan del autor supone un ataque al bien jurídico, solo que el mismo va avanzando paulatinamente, desde los actos preparatorios, hasta conseguir la lesión. Decidir con un criterio material en qué momento del ataque termina la fase preparatoria y comienza la tentativa resulta sumamente difícil. Por otra parte, como ya se ha dicho en este Curso, solo el estadio de tentativa acabada es capaz de generar un peligro concreto para el bien jurídico, por lo que un solo acto ejecutivo, el primero de ellos, en realidad únicamente presentará peligrosidad de la acción. Pero para constatar esa peligrosidad además se debe tener en cuenta todo el plan del autor (solo si tenemos en cuenta todo lo que quiere hacer el sujeto a continuación podremos decir que la acción es peligrosa para el

bien jurídico). Y si de lo que predicamos la peligrosidad es del plan del autor, lo cierto es que ya no nos sirve el criterio para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos. También los actos preparatorios presentan un peligro para el bien jurídico si entendemos por talla peligrosidad del plan en el que se integran.

2. TENTATIVA ACABADA E INACABADA

Como hemos visto, al realizar actos ejecutivos entramos en el ámbito de la tentativa punible. La definición de la tentativa contenida en el art. 16 CP, que vimos más arriba, señala dos posibilidades: que el sujeto practique la totalidad de los actos dirigidos a producir el resultado, o solamente una parte de ellos.

En el primer caso, cuando un sujeto ha realizado todos los actos que según su plan (el plan debe ser idóneo, por la inclusión en el precepto del adverbio «objetivamente») deberían dar lugar a la producción del resultado, pero este no se produce por causas ajenas a su voluntad, nos encontramos ante una tentativa acabada.

Ej. 13.15: Ramiro pone una dosis de veneno suficiente para causar la muerte en la comida de su esposa Pilar, que la ingiere sin saber nada. Cuando el veneno empieza a hacer efecto, la visita inesperadamente su hermana Josefa, que al verla tan mal la traslada con urgencia a un hospital donde los médicos consiguen salvar su vida. Ramiro ha hecho todo lo necesario para causar la muerte de Pilar, ha realizado todos los actos ejecutivos, solo falta el acaecimiento del resultado, que finalmente no se produce por causas ajenas a su voluntad.

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

Ej. 13.16: Roberto ha ideado matar a su esposa Daniela y, para que no se note, planea introducir cada mañana una pequeña dosis de veneno en el café de su desayuno. Cada dosis es por sí sola insuficiente para causar la muerte, pero el efecto acumulado de diez dosis logrará producir tal resultado. Cuando Roberto lleva tan solo cuatro días suministrando veneno a su esposa, la visita de Alicia, hermana de Daniela, da al traste con su plan, pues al verla tan desmejorada, la lleva al hospital donde los médicos descubren que está siendo envenenada. Roberto ha realizado solo una parte de los actos ejecutivos que llevarían a la

producción del resultado de muerte, pues le faltaba todavía el suministro de seis dosis para conseguirlo, lo que no puede culminar por motivos ajenos a su voluntad.

Ej. 13.17: El ej. 13.14 que veíamos más arriba también lo es de tentativa inacabada, pues el que apunta no ha culminado la realización de los actos ejecutivos, ya que todavía debe apretar el gatillo.

3. EL DESISTIMIENTO

3.1. Clases de desistimiento: Desistimiento y arrepentimiento activo

La distinción entre tentativa acabada e inacabada es relevante en el ámbito del desistimiento. El art. 16 CP dispone en sus apartados 2 y 3:

«2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito».

Existen dos posibles formas de desistir, que se corresponden con las dos clases de tentativa (SSTS 11/05/1999, 24/09/2010, 30/12/2010): en la tentativa inacabada, puesto que por definición todavía faltan actos por ejecutar para que se pueda producir el resultado, bastará con que el sujeto desista de seguir realizándolos.

Ej. 13.18: Así en el ejemplo 13.16, eliminamos la intervención de Alicia y cambiamos el ejemplo: a la cuarta dosis Roberto se arrepiente y desiste de su idea, dejando de suministrar las dosis que faltan. La muerte de Daniela no se produce en este caso por voluntad de Roberto.

En la tentativa acabada, en cambio, el sujeto ya ha realizado todo lo que debía y solo puede esperar a que se produzca el resultado. Por

tanto ya no bastará con que no haga nada más, sino que deberá realizar una conducta que impida la producción de aquel. El desistimiento tiene en estos casos la forma de «arrepentimiento activo».

Ej. 13.19: Así, en el ejemplo 13.15, eliminamos la intervención de Josefa y cambiamos el ejemplo: al ver a Pilar encontrarse muy mal, Ramiro se arrepiente de su plan y decide llevarla urgentemente a un hospital donde los médicos consiguen salvarle la vida. El resultado del delito de asesinato, la muerte de Pilar, no se ha producido porque Ramiro lo ha impedido voluntariamente.

3.2. Requisitos del desistimiento

Para poder apreciar el desistimiento obviamente el primer requisito es que el delito se encuentre todavía en fase de tentativa, pues si se ha alcanzado la consumación no es posible ya desistir.

El desistimiento además ha de ser voluntario, lo que significa que pudiendo todavía consumir el delito, el sujeto decide que no va a hacerlo (FRANK). No hay voluntariedad, por tanto, si el sujeto desiste porque las circunstancias le indican que no podrá consumir el delito o porque surgen impedimentos que no le permitirán consumir (STS 23/09/2014).

Ej. 13.20: No es voluntario el desistimiento del ladrón que mientras rompa la puerta con una palanca ve acercarse al guarda de seguridad alertado por el ruido y huye por miedo a ser apresado *in franganti*.

La voluntariedad no exige espontaneidad. Es decir, el desistimiento es voluntario aunque la decisión haya sido inducida por los consejos de otra persona, siempre que el sujeto, pudiendo seguir adelante, decida libremente que no va a hacerlo. Tampoco influyen en la voluntariedad los motivos por los que el sujeto desista. Es decir, no se exige que desista por arrepentimiento o por otro motivo socialmente valioso (SSTS 16/12/2010, 17/09/2001). Puede desistir por motivos egoístas, siempre que pudiendo consumir decida que no lo hace.

Pero además, el Código penal vigente establece diferentes requisitos para el desistimiento según intervengan uno o varios sujetos en la comisión del delito:

— **En caso de autor único:**

- Si la tentativa es inacabada bastará con que el sujeto deje de ejecutar los actos que faltan para llegar al

resultado. Con ello evitará ya la consumación y quedará exento de responsabilidad por tentativa.

Ej. 13.21: Véase el ejemplo 13.17.

- Si la tentativa es *acabada*, para quedar exento de responsabilidad por tentativa deberá conseguir evitar el resultado. Si intenta evitarlo, pero no lo consigue, responderá por delito consumado.

Ej. 13.22: Véase el ejemplo 13.18, si Ramiro consigue evitar la muerte de Pilar quedará exento de responsabilidad por la tentativa de asesinato, en cambio si Pilar muere, a pesar de los esfuerzos por salvarla Ramiro responderá como autor de asesinato consumado.

— **En caso de varios codelincuentes:**

- Si la tentativa es *inacabada*, para quedar exento de responsabilidad por tentativa el sujeto deberá dejar de ejecutar los actos que faltan para llegar al resultado e impedir o intentar impedir, seria, firme y decididamente que los demás codelincuentes lleguen a la consumación, aunque no lo consiga.
- Si la tentativa es *acabada*, para quedar exento de responsabilidad por tentativa bastará que impida o intente impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, aunque no lo consiga.

Ej. 13.23: Véase *infra* el ejemplo 13.25.

3.3. Efectos del desistimiento

El desistimiento exime de responsabilidad penal por la tentativa del delito de cuya consumación se ha desistido. Sin embargo, puede que los actos ejecutivos realizados hasta el momento en que se desiste sean por sí mismos constitutivos de un delito consumado diferente. En tal caso, el art. 16 CP establece que el sujeto deberá responder por ese otro delito cometido:

Ej. 13.24: Carlos, en el curso de una discusión, movido por la ira, coge del cuello a Diana con la intención de matarla por estrangulamiento. Pero cuando Diana está casi inconsciente, Carlos se arrepiente de lo que está haciendo, deja de apretar su cuello y la lleva a un hospital donde es reanimada. La muerte de

Diana no se produce, en este caso, por el desistimiento voluntario de Carlos. Sin embargo, Diana sufre a consecuencia de la acción de estrangulamiento, unas lesiones en las vértebras cervicales, que precisan de tratamiento médico. Carlos queda exento de responsabilidad por tentativa de homicidio pero debe responder por las lesiones consumadas causadas a Diana.

3.4. Naturaleza del desistimiento

El que la definición de la tentativa haga referencia a que el resultado no se produzca «*por causas independientes de la voluntad del autor*» llevó a la doctrina a considerar tradicionalmente que el desistimiento era un elemento negativo del tipo de la tentativa. Es decir, un elemento que debía no concurrir, y de hacerlo no se daba el tipo de la tentativa. Así solía interpretarse durante la vigencia del Código penal anterior. Sin embargo, la regulación del actual art. 16 CP pone en duda tal afirmación (aunque algunos autores la siguen manteniendo: MIR PUIG, DÍEZ RIPOLLÉS). Y ello se debe precisamente a la distinción que establece respecto de los efectos que el desistimiento produce en caso de codelinquencia: «*Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, sería, firme y decididamente, la consumación...*».

Si al hablar de «varios sujetos» entendemos que el Código penal se está refiriendo tanto a los autores como a los partícipes, deberemos entender que el desistimiento es una causa personal de exclusión de la pena y que no impide, por tanto, la concurrencia del tipo de la tentativa. Porque para que el partícipe responda, necesariamente el autor debe haber actuado de forma típica (principio de accesoriedad). Si admitiéramos que el desistimiento elimina el tipo de la tentativa, el autor principal actuaría de forma atípica y los partícipes no podrían responder, al contrario de lo que establece el art. 16.3 CP.

Sin embargo, cabe otra posible interpretación: entender que el art. 16.3 CP se refiere solamente a los coautores y deja fuera a los partícipes, lo que viene apoyado por el uso de la palabra «ejecutar». En tal caso, podría entenderse que el desistimiento elimina el tipo de la tentativa y que, por tanto, los partícipes no responden, sin que esta conclusión sea incompatible con la dicción literal del artículo, pues este hace responder solamente a los coautores que no desistieron.

En este Curso vamos a seguir la primera opción, por las siguientes razones:

En primer lugar, entendemos que el término ejecutar, igual que en otros preceptos ya comentados, está utilizado en un sentido amplio, impropio, que no equivale a la realización de actos ejecutivos.

En segundo lugar, porque la solución de la falta de tipo daría lugar a la paradoja de que el partícipe en un delito cometido por dos coautores, uno de los cuales ha desistido y el otro no, debería quedar impune por falta de tentativa del primero y a la vez responder por el principio de accesoriadad por la tentativa —o delito consumado— del segundo. En definitiva, parece que siempre que haya un coautor que no desiste la solución de la falta de tipo llevará a que el partícipe responderá igualmente. Con lo que finalmente resulta difícil interpretar que el artículo 16.3 CP no los comprende.

La cuestión se complica todavía más si es el partícipe el que desiste, porque la solución de la falta de tipo parte de que el art. 16 CP no regula el efecto del desistimiento para los partícipes. Entonces resultaría que los partícipes no pueden beneficiarse del mismo, ya que no está previsto para ellos en ningún otro artículo del Código penal, y deberían regirse siempre única y exclusivamente por el principio de accesoriadad (si no se admiten eximentes por analogía). En cambio admitir que el art. 16.3 CP incluye a los partícipes permitirá darles el beneficio del desistimiento propio.

Ej. 13.25: Julio y Teresa, encargados del cuidado de su anciana tía millonaria, han decidido matarla, y para ello cuentan con la cooperación de Andrés, de profesión farmacéutico, quien les ha suministrado unas ampollas etiquetadas como insulina pero en las que previamente ha sustituido tal contenido por una sustancia letal. Julio y Teresa inyectan a su tía cada noche la sustancia letal diciéndole que se trata de la insulina prescrita por su médico. Han calculado que diez dosis producirán la muerte. Sin embargo a la cuarta dosis Julio y Andrés se arrepienten, mientras que Teresa pretende seguir adelante con el plan. Julio y Andrés intentan destruir todas las ampollas que contienen la sustancia letal, pero Teresa, previendo tal comportamiento, las ha sustituido por verdaderas ampollas de insulina, de manera que Julio y Andrés, sin saberlo, en realidad destruyen estas, mientras que Teresa sigue a escondidas inyectando la sustancia letal hasta que la tía muere. Si entendemos que el art. 16.3 CP no regula el desistimiento de los partícipes sino solo el de los coautores, y que los partícipes se rigen exclusivamente por el principio de accesoriadad, tendremos que Julio quedará impune por haber desistido, mientras que Andrés deberá responder como cooperador necesario en un asesinato, ya que en su día proporcionó a Teresa y a Julio todos los medios necesarios para consumar el delito y, aunque con posterioridad intentara desbaratar su plan, para él no está prevista una eximente de

desistimiento. A Andrés solo se le podrá apreciar, en su caso, una circunstancia atenuante analógica (así DÍEZ RIPOLLÉS). Si consideramos en cambio que el art. 16.3 CP incluye a los partícipes, Andrés quedará exento de responsabilidad igual que Julio, al haber desistido, lo que parece más justo.

Y en tercer lugar porque entender el desistimiento como un elemento negativo del tipo exige partir de una determinada concepción del mismo que aquí no compartimos. Exige entender que el desistimiento elimina o disminuye lo injusto de la tentativa o hace que el mismo se reinterprete *a posteriori*, de tal manera que la ejecución realizada no merece ya ser típica. Ninguna de estas explicaciones nos parece convincente. Lo injusto de la tentativa está ya plenamente constituido antes de que el sujeto desista y no queda eliminado, ni transformado en no injusto, o en injusto no penal, por el hecho de que en un determinado momento posterior el sujeto cambie de opinión. Lo que ocurre más bien es que el ordenamiento quiere favorecer que el sujeto desista y por ello le ofrece esta atractiva posibilidad de, a pesar de haber realizado ya una conducta típica, no responder por ella, esto es, estamos ante una causa personal de exclusión de la pena, o con mayor precisión, se trata de una eximente cuyo ámbito es la punibilidad (como se verá en la lección 25).

4. SUPUESTOS DISCUTIDOS

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

A pesar de que la desafortunada redacción del art. 16 CP hace referencia a la producción del resultado, entendemos en este Curso (lo que no es opinión unánime) que el concepto de consumación es un concepto formal, que se refiere a la realización del tipo, frente a un concepto de consumación material que exigiría la lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico. Además, con independencia de las palabras exactas que use el Código penal, entendemos igualmente que la tentativa es una realización incompleta del tipo, exija o no este la producción de un resultado (cuestión que también se discute en la doctrina). Esta interpretación permite apreciar la tentativa en aquellos delitos que exigen un resultado típico pero en los que el mismo no identifica una lesión de un bien jurídico, como puede ser el caso de todos aquellos tipos que en realidad castigan como delito autónomo meros actos preparatorios.

Ej. 13.26: El art. 270.6 CP castiga a «*quien fabrique... cualquier*

medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador...». Si Casimiro es sorprendido en su taller fabricando un programa de software destinado a eliminar la protección que incorporan los programas de ordenador contra la copia, cuando todavía no ha conseguido finalizar la fabricación, podrá ser acusado de cometer tentativa del art. 270.6 CP.

Y permite también apreciar la tentativa de tipos que no exigen un resultado típico (lo que como vimos en la lección 8 no significa que su plena realización no implique la lesión de un bien jurídico). La tentativa de un delito de mera actividad es posible de varias maneras:

— Bien porque esa actividad esté a su vez formada por varios actos separables y la realización de uno de ellos sea ya una ejecución parcial del tipo:

Ej. 13.27: El art. 202.1 CP castiga como autor de allanamiento de morada a *«El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador...»*. Si Adela es sorprendida entrando por la ventana de una morada ajena sin la voluntad del morador, cuando solo ha conseguido introducir una pierna, y en ese mismo instante es detenida por un policía, podrá ser acusada de tentativa de allanamiento de morada.

— O bien a través de un «error de tipo inverso»: es decir, también constituye tentativa el intento de realizar el tipo en los casos en que el sujeto cree que concurren todos los elementos del tipo objetivo, pero en realidad falta alguno de ellos.

Ej. 13.28: Ernestina entra por la ventana de la morada de Francisca pensando que no tiene el consentimiento de esta para entrar en su casa. Sin embargo lo cierto es que Francisca la ha visto perfectamente y consiente en que Ernestina entre en su morada. Ernestina está intentando realizar el tipo del allanamiento de morada sin conseguirlo por faltar un elemento objetivo del mismo, que en este caso no es el resultado (pues se trata de un delito de mera actividad) sino la falta de consentimiento del morador.

4.2. La tentativa en los delitos de omisión

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

Ej. 13.29: José Miguel, socorrista en una piscina, ve que Álvaro, su eterno rival, al tirarse desde el trampolín se ha golpeado en la cabeza con el borde del mismo, y que unos segundos después de caer al agua no emerge a la superficie. José Miguel piensa que Álvaro ha podido perder el conocimiento y que si él no se lanza al agua a rescatarlo morirá ahogado. Pero a la vista de que no hay nadie más por los alrededores y que quedan cinco minutos para cerrar la piscina, decide marcharse del lugar y dejar que Álvaro se ahogue. Sin embargo, entonces aparece el encargado de mantenimiento, que viendo a Álvaro en el fondo consigue sacarlo a tiempo del agua y salvar su vida. José Miguel ha cometido una tentativa de homicidio en comisión por omisión, ya que por contrato ocupa una posición de garante de la vida de los bañistas y ha omitido la acción tendente a evitar el resultado, aunque este finalmente no se produjo por causas ajenas a su voluntad.

No existe acuerdo, en cambio, sobre la cuestión de en qué momento comienza la tentativa de omisión, lo que lleva a su vez a una disparidad de criterios a la hora de limitar dicha posibilidad a la tentativa acabada o extenderla a la inacabada.

Existen fundamentalmente tres grandes posturas:

1. Una primera mantiene que la tentativa comienza en el primer momento en el que fue posible la realización de una acción tendente a evitar el resultado, lo que permite hablar de tentativa inacabada hasta el momento en que el sujeto pierde su última oportunidad de evitar el resultado, en el que la tentativa estará acabada.
2. Una segunda postura defiende, por el contrario, que la tentativa de comisión por omisión comienza en el último momento en el que el obligado podría realizar eficazmente la acción. Con ello el comienzo de la tentativa coincidirá con su final, por lo que podemos afirmar que únicamente se admite la tentativa acabada.
3. Un tercer grupo estaría integrado por las posturas intermedias, según las cuales la tentativa no comienza en el primer momento en el que el sujeto podía evitar el resultado, pero tampoco se retrasa al último, lo que les

permite, en la mayoría de los casos, seguir distinguiendo entre tentativa acabada e inacabada. Los criterios para determinar cuándo empieza la tentativa son diversos, pues la mayoría de los autores que defienden esta posición intentan trasladar a la tentativa de comisión por omisión sus propias teorías acerca del comienzo de la tentativa en los delitos de acción.

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

Ej. 13.30: Charo viaja en su coche por una carretera muy escasamente transitada, cuando ve que otro vehículo que circula en el mismo sentido unos treinta metros por delante de ella se sale de la vía al cruzarse una vaca en la carretera y da varias vueltas de campana. Charo imagina que el conductor del vehículo ha quedado herido y a pesar de que no hay nadie en las cercanías para ayudarlo decide no detenerse a auxiliarlo, para no complicarse la vida, puesto que tiene prisa por llegar a su destino. En realidad el ocupante del otro vehículo no ha sufrido ningún daño a pesar de lo aparatoso del accidente y puede salir del vehículo por su propio pie unos minutos después de que Charo sobrepase el punto del accidente, Charo ha cometido una tentativa del delito de omisión de socorro (art. 195 CP).

4.2. Tentativa y delito imprudente

Lo que no es concebible en ningún caso es la tentativa de un delito imprudente, pues la tentativa exige actuar con dolo. La actuación dolosa pertenece a la misma definición del *iter criminis* y de todas sus fases, como ya se dijo al inicio de la lección. Es imaginable un supuesto en que se haya realizado la conducta imprudente, incluso de forma consciente, y sin embargo no se produzca el resultado. Pero estas conductas imprudentes sin resultado, a veces llamadas de forma impropia «tentativas imprudentes», y que son por lo general impunes, salvo que el legislador haya querido castigarlas expresamente como delitos de peligro, no constituyen una tentativa real, en sentido estricto, pues la tentativa comprende siempre la voluntad de consumación, la voluntad de producir el resultado, lo que en el delito imprudente nunca se da.

5. TIPO OBJETIVO Y TIPO SUBJETIVO

Suele decirse que para que exista tentativa tienen que darse dos elementos: el dolo y un principio de ejecución. En realidad, esto no

significa otra cosa que la necesidad de que concurra el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la tentativa. Y a su vez nos indica que el tipo subjetivo de la tentativa coincide con el del delito doloso consumado (en contra STRUENSEE, MIR PUIG y otros); mientras que el tipo objetivo es más corto por faltarle algún elemento, por lo general el resultado en la tentativa acabada y tanto el resultado como parte de la realización de la acción típica en la tentativa inacabada. La tentativa es, por tanto, un tipo incongruente por defecto de tipo objetivo: el elemento subjetivo se extiende a la producción de un resultado cuya concurrencia no exige ya el tipo objetivo para afirmar la existencia de tentativa acabada, o a este y a la realización del resto de actos ejecutivos que faltan para producirla, que no forman ya parte del tipo objetivo, en el caso de la tentativa inacabada.

En realidad, si diseccionáramos ese elemento subjetivo de la tentativa que hemos llamado genéricamente dolo nos encontraríamos que el tipo subjetivo de la tentativa inacabada tendría la siguiente estructura:

- 1.** Un elemento subjetivo que encontraría su correlativo en el tipo objetivo. Se trata de la conciencia y voluntad de realizar el acto o actos ejecutivos realizados y que hace que podamos hablar de comienzo de la ejecución. A este elemento subjetivo, por encontrar reflejo en el tipo objetivo, le podemos llamar dolo de la tentativa en sentido estricto.
- 2.** Un elemento subjetivo trascendente al tipo objetivo de la tentativa inacabada consistente en la representación y voluntad de realizar el resto de los actos ejecutivos que, según el plan del autor deberán conducir a la producción del resultado delictivo. Este elemento incluye tanto la «voluntad de actuar» como la conciencia y voluntad de que esos actos que se quiere realizar constituyen los actos ejecutivos del delito en cuestión.
- 3.** Un elemento subjetivo trascendente al tipo objetivo consistente en la representación y voluntad de la producción del resultado.

La doctrina mayoritaria entiende, y aquí compartimos tal opinión, que es posible cometer tentativa con cualquier clase de dolo, incluido el dolo eventual.

Ej. 13.31: La enfermera Marina quiere asesinar a Alejandro, un antiguo novio que la abandonó y que casualmente está ingresado como paciente en la sección del hospital en la que ella

trabaja, y elige como medio para ello sustituir el medicamento que el paciente debe recibir diariamente, inyectándole en su lugar una sustancia mortífera. El antiguo novio comparte la habitación del hospital con otro enfermo, Paulino, que padece la misma dolencia y recibe diariamente la misma medicina. Marina dispone dos frasquitos para preparar las inyecciones. Uno, depositado a la derecha, contiene la medicina para Paulino, y el segundo, a la izquierda del anterior, contiene la sustancia mortífera para Alejandro. Pero antes de que pueda llevar a cabo su plan aparece el médico realizando su ronda de visitas acompañado de una segunda enfermera, Yolanda. Mientras Marina informa al médico sobre la evolución de los pacientes, Yolanda prepara las inyecciones que en teoría debieran ser iguales, utilizando los frasquitos dispuestos por Marina, y que externamente no se diferenciaban en nada, desechando los envases una vez rellenas las jeringuillas, sin que Marina haya podido ver en cuál de ellas había sido vaciado cada uno de los frasquitos. A continuación, Yolanda se acerca a Alejandro y le inyecta el contenido de la jeringuilla, Marina, para no verse descubierta, se ve obligada a hacer lo propio con Paulino, tomando la segunda jeringuilla preparada, externamente igual a la otra, sin saber, como ya hemos dicho, qué contenido ha ido a parar a cada una, previendo, por tanto, la no absoluta improbabilidad de que le esté inyectando la sustancia mortífera a Paulino y contando con esta posibilidad y la de que con ello le cause la muerte. Si entonces irrumpe en la habitación una tercera persona, que había visto a Marina hacerse con la sustancia mortífera, y la detiene en un momento anterior a la inyección del contenido completo de la jeringuilla, en el que la dosis no fuera todavía capaz de causar la muerte, Marina habría cometido una tentativa inacabada con dolo eventual, en la que tanto el resultado como los actos ejecutivos hasta entonces cometidos y los que quedan por cometer habían sido queridos por ella con dolo (o intención) eventual.

6. TENTATIVA IRREAL O SUPERSTICIOSA, TENTATIVA INIDÓNEA Y DELITO PUTATIVO

6.1. La tentativa irreal o supersticiosa

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

Ej. 13.32: Teodoro, harto del despotismo de su jefe, decide matarlo, y para ello clava alfileres en su fotografía y luego la quema.

Para excluir su castigo se ha propuesto la teoría de la impresión (JESCHECK) según la cual estas conductas, por la desconexión que existe entre el plan del sujeto y la realidad, no causan alarma social, sino que más bien despiertan compasión, y este sería el motivo por el que no deben castigarse. Esta explicación, además de imprecisa (no se define qué causa alarma social y qué no) carece de fundamento dogmático.

La impunidad de la tentativa irreal tiene una explicación mucho mejor: en realidad, como ya vimos en este Curso, al tipo objetivo de los delitos dolosos de resultado pertenece no solo el resultado, sino también la acción y el curso causal y al tipo subjetivo pertenece la conciencia y voluntad de todos esos elementos del tipo objetivo. Pues bien, el curso causal comprendido en el tipo es siempre un curso causal real, un curso causal que responde a las leyes de la naturaleza. Quien se representa que puede matar clavando alfileres en una fotografía no se está representando un curso causal típico. Al clavar alfileres en la fotografía no está realizando una acción de matar, por mucho que él imagine lo contrario, pues ni realiza el tipo objetivo del homicidio —que solo contiene cursos causales reales— ni actúa con el tipo subjetivo —que solo comprende la representación y voluntad de realizar cursos causales reales—. Clavar alfileres en una fotografía es, por tanto, una conducta atípica, por mucho que el sujeto en su ignorancia pretenda con ello causar un resultado de muerte.

6.2. La tentativa inidónea

Como venimos comentando en este Curso, el art. 16 CP ha introducido en la definición de la tentativa una referencia a la idoneidad objetiva del plan del autor: *«Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor»*.

Esta limitación de la tentativa típica tiene su origen, como ya vimos, en determinadas concepciones pretendidamente objetivas de la antijuridicidad (que exigen siempre para la existencia de la misma un desvalor de resultado: la existencia de una lesión o peligro para el bien jurídico —lo que además luego no se suele identificar correctamente, pues se califica como peligro para el bien jurídico la mera peligrosidad de la acción— y en las teorías de la causalidad adecuada propias de

aquella concepción).

En contra de tales posturas las corrientes subjetivistas defendieron durante años que toda tentativa debía ser castigada, tanto si el plan del autor era objetivamente idóneo para producir el resultado como si no, pues, en todo caso, una resolución de voluntad puesta de manifiesto por actos externos suponía un ataque al ordenamiento jurídico —se decía, incluso, que una tentativa inidónea revelaba que ese sujeto la próxima vez elegiría un medio idóneo, por lo que debía prevenirse su conducta (Armin KAUFMANN)—. Esta interpretación tuvo influencia en el anterior Código penal español, que según la opinión doctrinal y la práctica jurisprudencial mayoritarias castigaba tanto la tentativa idónea como la inidónea, pero se ha abandonado según la opinión mayoritaria en el actual Código penal.

Dentro de las concepciones objetivistas, que parecen finalmente haberse impuesto en la regulación del Código penal vigente, no hay en absoluto acuerdo sobre cómo definir la tentativa inidónea y sobre qué clase de tentativa inidónea debe quedar impune. Sin entrar en detalle en las decenas de teorías diferentes que se han elaborado con tal fin, podemos resumir que las principales diferencias se basan en el examen *ex ante* o *ex post* de la idoneidad del intento.

6.2.1. Teorías que examinan la idoneidad ex post

En el siglo XIX predominaban las teorías que examinaban la idoneidad de la tentativa desde un punto de vista *ex post*, y aún en la actualidad hay autores que manejan variantes de este tipo de análisis, o podemos ver argumentaciones en esta línea en algunas sentencias. Estas teorías examinan el intento cuando todo ha pasado y tenemos por lo tanto todos los datos que nos indican por qué ese intento falló.

En realidad, *ex post* toda tentativa es inidónea, pues *a posteriori* siempre sabremos qué factor hizo que el plan no funcionara (la pólvora estaba húmeda la víctima estornudó y al moverse la bala le pasó por encima, la mirilla del arma estaba torcida, lo que provocó el tiro desviado, un tercero derramó por accidente el plato envenenado que la víctima debía ingerir, etc.). Por ello estas teorías distinguían entre la tentativa absolutamente inidónea, que debe quedar impune, y la relativamente inidónea, que debe castigarse. Una tentativa es absolutamente inidónea cuando el factor que hizo fallar ese intento habría impedido el resultado para cualquier otro caso similar. En definitiva, hacía el intento imposible aunque variásemos otros factores concurrentes. En cambio, si el factor hizo que el intento fallara en el caso concreto, pero podría haber llevado al resultado en otras circunstancias, la tentativa se consideraba relativamente inidónea y punible.

Siguiendo este razonamiento se distinguían:

1) Supuestos de inidoneidad de los *medios*, donde la tentativa era absolutamente inidónea si el medio en ningún caso podía llevar al resultado:

Ej. 13.33: El intento de envenenar a alguien poniéndole una cucharada de harina en la sopa (porque el sujeto creyó coger el frasco de arsénico cuando en realidad se confundió y cogió el de la harina) sería una tentativa absolutamente inidónea, ya que la harina es una sustancia inocua que no puede causar la muerte.

Ej. 13.34: El intento de provocar un aborto haciendo beber a la embarazada una infusión que en realidad es inocua para el feto, en la creencia de que la planta tenía efectos abortivos, sería una tentativa absolutamente inidónea e impune.

En cambio la tentativa será relativamente inidónea si el medio fue ineficaz en el caso concreto pero hubiese producido el resultado en otras circunstancias:

Ej. 13.35: Se intenta envenenar a alguien poniéndole arsénico en la sopa, pero la cantidad es insuficiente dada la complexión física de la víctima, aunque hubiera podido matar a otra persona más delgada y más débil.

2) Supuestos de inidoneidad del *objeto*, donde la tentativa era absolutamente inidónea e impune en caso de inexistencia del objeto:

Ej. 13.36: Se intenta provocar el aborto de una mujer que en realidad no está embarazada.

Ej. 13.37: Se dispara sobre el cuerpo de una persona que yace en la cama, pero en realidad esa persona ya estaba muerta, pues había sufrido un ataque al corazón justo diez minutos antes.

Mientras que la tentativa sería relativamente inidónea y punible en casos de mera ausencia ocasional del objeto:

Ej. 13.38: Se dispara sobre un bulto en la cama, pensando que se trata de la víctima, pero en realidad es la almohada que aquella ha dejado cubierta por las sábanas al levantarse de la cama.

Ej. 13.39: Se atraca una sala de fiestas para llevarse el dinero de la caja, pero resulta que la recaudación del día ya ha sido sacada del local y la caja se encuentra vacía.

6.2.2. Teorías que examinan la idoneidad ex ante

Frente a las teorías que acabamos de comentar, en la actualidad predominan aquellas otras que examinan la idoneidad del intento *ex ante*. Así, deberá realizarse un juicio de previsibilidad objetiva en el momento de darse comienzo a la acción. Si la producción del resultado aparece como probable la tentativa será idónea, y si aparece como improbable será inidónea e impune.

Las diferencias surgen a la hora de concretar el grado de probabilidad con la que debe preverse el resultado para considerar la tentativa punible. Y es que, por lo general, los defensores de estas teorías no se conforman con que el resultado aparezca como posible, lo que excluiría solamente aquellos planes mediante los cuales el sujeto pretende causar un resultado a través un curso causal irreal, que no responde a la leyes de la naturaleza, y que por ello es imposible que produzca el resultado (tentativa irreal). Los partidarios de estas teorías suelen exigir algo más, un determinado grado de probabilidad, como vimos en la lección 9 al tratar los criterios de imputación objetiva. Si la producción del resultado se prevé como una consecuencia que aunque no es imposible, es absolutamente improbable, la tentativa se califica como inidónea e impune. En cambio, si el resultado aparece como una consecuencia no absolutamente improbable en el juicio de previsibilidad objetiva, entonces la tentativa será idónea y, por tanto, típica.

Los resultados de aplicar esta teoría pueden variar mucho respecto de aquellas que partían de la comprobación *ex post*:

Así, en el ej. 13.40: Si el observador imparcial colocado en la posición del autor en el momento en que este dispara a la víctima, con los conocimientos del autor más los que podría tener una persona inteligente, no hubiera podido saber tampoco que la víctima ya estaba muerta, entonces la acción de disparar aparece en ese momento como peligrosa, como idónea para causar la muerte.

La tentativa que para la solución anterior era absolutamente inidónea e impune, para esta teoría resulta idónea y por tanto típica.

6.2.3. La regulación del Código penal

No existe en absoluto acuerdo ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, sobre cómo debe interpretarse la exigencia recogida en la definición de

la tentativa del art. 16 CP, de que el sujeto haya practicado todos o parte de «*los actos que objetivamente deberían producir el resultado*». Algunos autores han querido identificar esta exigencia de objetividad con la necesidad de que el sujeto se represente un curso causal real, que responda a las leyes de la causalidad, es decir, como una mera exclusión de la tentativa irreal, pero nada más.

Aunque esta opción nos parecería preferible (recuérdense los ej. 9.5 y 9.6), no es la interpretación más extendida en la doctrina y la jurisprudencia. Por el contrario, la idea predominante es que el Código penal ha acogido la solución de la atipicidad de la tentativa inidónea, definida esta mediante el criterio de la previsibilidad objetiva *ex ante* (STS 19/11/2014).

6.3. El delito putativo

Con este término nos referimos al supuesto en que un sujeto realiza una conducta pensando equivocadamente que la misma constituye delito. A veces se le denomina también «error de prohibición inverso»; puesto que en lugar de creer lícito lo que se hace, siendo esto ilícito (error de sobre la antijuridicidad de la conducta), en el delito putativo se cree ilícita la conducta atípica cometida.

Ej. 13.41: Fátima, residente en España de origen saudita, mantiene una relación extramatrimonial con José, creyendo erróneamente que en España esa conducta es delictiva.

El delito putativo es impune, pues falta en él ya el segundo elemento del concepto analítico del delito: la tipicidad. Y lo que el sujeto crea sobre la ilicitud de una conducta que es atípica resulta irrelevante.

IV. LA CONSUMACIÓN DEL DELITO

El final del *iter criminis* lo constituye la consumación. La consumación supone la ejecución completa del delito, la realización total del tipo. Como ya hemos anunciado, en este Curso partimos de un concepto formal de consumación, por lo que consumación no siempre equivaldrá a realización de un desvalor del resultado, ya que ello depende de la estructura de cada tipo penal, tal y como vimos en la lección 8.

Es preciso recordar en este momento que la consumación, aun alcanzándose en un momento puntual, a veces crea una situación antijurídica que permanece en el tiempo (delitos permanentes), como sucede por ejemplo en las detenciones ilegales.

También es preciso distinguir la consumación del agotamiento del delito: llamamos agotamiento del delito a una intensificación de la lesión del bien jurídico que se produce tras la consumación y hasta la

consecución del pleno daño o de la intención perseguida por el sujeto al delinquir. Por lo general lo que ocurra en la fase de agotamiento es irrelevante para graduar lo injusto de un delito ya consumado. Pero en ocasiones el propio Código penal tiene en cuenta dicha fase para establecer las consecuencias penales.

Ej. 13.42: El art. 225 CP tiene en cuenta el no agotamiento de los delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores al abandono de domicilio, para establecer una pena inferior: *«Cuando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o a la persona con discapacidad necesitada de especial protección a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias [trato cruel, crueldad excesiva] o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas».*

LECCIÓN 14. TEORÍA DE LA CODELINCUENCIA, I: AUTORÍA

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CODELINCUENCIA

Suele considerarse la autoría la última parte, el final, de la teoría de lo injusto. Sin perjuicio de que haya que estudiar todavía las causas de justificación y las circunstancias agravantes y atenuantes que suponen una mayor o menor gravedad de lo injusto, si vamos a estudiar ahora la autoría es por la estrecha relación que existe entre autoría y tipicidad, dado que podemos decir que autor es quien realiza la conducta típica, esto es, ese «el que» al que hacen referencia numerosos artículos del Código al describir la conducta prohibida u ordenada.

Ahora bien, puede ocurrir que en la realización de un delito concurren varias personas, lo que nos lleva al concepto de codelincuencia. Siempre que más de una persona interviene en la comisión de un delito estamos ante un supuesto de codelincuencia. Podemos decir, por tanto, que codelincuencia es la concurrencia de más de una persona en la comisión de un delito. Resulta fácil imaginar que la primera

cuestión que debemos saber cuando varias personas concurren en la comisión de un delito es si todos tienen la misma consideración, esto es, si el ordenamiento jurídico trata igual a todos —sistema unitario de autoría— o si el ordenamiento establece diferencias —y de qué tipo— entre ellos, si establece distintas clases de sujetos responsables —sistema diferenciador o restrictivo—.

A esta cuestión responde el art. 27 CP, el primero que se ocupa de esta materia en nuestro Código. Tal y como dispone el mismo: «*Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices*». En consecuencia, el Código penal español sigue un sistema restrictivo, distinguiendo entre autores y partícipes. Pese a lo que pudiese parecer, los cómplices no son los únicos partícipes que regula nuestro Código, como podremos ver posteriormente.

Ya podemos observar, sin embargo, que se ha eliminado la mención a los encubridores que aparecía en el anterior CP (1973). Con buen criterio, el encubrimiento ha dejado de ser una forma (impropia) de participación —al tener lugar una vez consumado el delito—, y ahora constituye un delito contra la Administración de Justicia (arts. 451 y ss. CP), o, en su caso, un delito de receptación [delito consistente en el hecho de recibir o aprovecharse, con conocimiento de su origen, de los bienes o cosas obtenidos por otra persona a través de la comisión de un delito] (art. 298 CP).

Para concluir estas reflexiones introductorias, debemos señalar que en materia de autoría y participación, además del artículo 27 CP resultan fundamentales, con carácter general, los artículos 28 y 29 CP, donde se definen autores y cómplices, pues los artículos 30 y 31 CP regulan cuestiones más específicas.

II. EL CONCEPTO DE AUTOR. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS DELITOS DOLOSOS DE ACCIÓN

Como acabamos de ver, nuestro Código parte de una postura diferenciadora entre autores y partícipes, de modo que no toda persona que intervenga en la comisión de un delito será, sin más, considerada autor.

Pero, más allá de ello, el Código no sólo señala a los autores y a los cómplices como criminalmente responsables, sino que nos dice quiénes son autores y quiénes cómplices.

Así, el art. 28 CP dice: «*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*

También serán considerados autores:

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

habría efectuado».

Vemos que nuestro Código está distinguiendo entre quienes son autores y aquellos a quienes el Código «considera» autores, esto es, personas que sin ser autores en sentido estricto se ven tratados como si fuesen autores, lo que significa que se les impondrá la pena prevista para los autores.

Si exponemos brevemente el contenido del artículo 28 encontramos que en su párrafo primero señala a los que son autores:

- Quien realiza el hecho por sí mismo. Es el denominado autor directo único o, con mejor criterio, autor inmediato individual.
- Quienes realizan el hecho conjuntamente. Se trata de los coautores.
- Quien realiza el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento. En este caso se habla de autoría mediata.

Sin embargo, el Código, en el párrafo segundo de este artículo 28, considera autores a otras dos categorías de intervinientes en el delito:

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

Expuesto rápidamente el panorama legal debemos preocuparnos de averiguar el concepto de autor que subyace a nuestro Código penal. Sin embargo, antes de abordar el problema anterior es necesario que conozcamos, brevemente, los principales conceptos de autor que se defienden en la doctrina y sus problemas, para poder comprender e interpretar mejor nuestra regulación.

1. CONCEPTO RESTRINGIDO U OBJETIVO-FORMAL DE AUTOR

Según este planteamiento, formulado por BELING, autor es el que realiza la acción típica o alguno de sus elementos.

Ej. 14.1: Miguel H. dispara a Fermín V. para matarlo, lo que consigue. Miguel H. realiza los elementos del tipo del homicidio (art. 138 CP: «*el que matare a otro...*»), dolosamente, con conciencia y voluntad de hacerlo.

Ej. 14.2: Juan L. y José Luis F. se han puesto de acuerdo para robar en casa de Jesús Z. Juan L. abre la puerta de la vivienda de Jesús Z. con una ganzúa y José Luis F. entra en la misma y se apodera de todos los objetos de valor que puede. Aquí, cada uno realiza dolosamente alguno de los elementos del tipo del robo con fuerza en las cosas (art. 237 y ss. CP), por lo que son coautores.

Esta teoría considera que los preceptos que regulan la participación son causas de extensión de la pena, pues, como los partícipes no realizan elementos del tipo, si no existiesen preceptos que permitiesen castigarlos sus conductas serían impunes.

Ej. 14.3: Supongamos que en el ejemplo 14.1, Custodia N. ha proporcionado la pistola a Miguel H. El art. 138 CP sólo se refiere a «*el que matare a otro...*», conducta que, sin duda, no realiza Custodia. Así, si no fuese porque el artículo 28, párrafo 2 (cooperadores necesarios) y el artículo 29 (cómplices) permiten castigar estas conductas, Custodia N. quedaría impune, pues no habría precepto legal que previese un castigo para ella.

El principal problema de esta teoría consiste en que no abarca la autoría mediata. Autor mediato es quien utiliza a un instrumento para cometer el delito, de forma que no realiza, al menos directamente, los elementos del tipo, por lo que quedaría impune según la teoría objetivo-formal.

Ej. 14.4: Cristina T., que padece una minusvalía, le pide a Fermín P., socorrista de la Cruz Roja, que le traiga el bolso de mano que supuestamente ha olvidado en la arena. Fermín P. cree lo que le dice Cristina T. y trae el bolso que piensa que le pertenece a ella, cuando no es así. En este caso, resultaría difícil afirmar que Cristina T. se apodera directamente de una cosa mueble ajena —que es lo que exige la teoría objetivo-formal para hablar de autoría—, pues el que lo hace es Fermín P. No hay duda, sin embargo, de que Cristina T. se apodera de una cosa mueble ajena por medio del comportamiento de Fermín P. (y que, por tanto, sería responsable de un delito de hurto —art. 234 CP—). Puede verse también el ejemplo 14.15.

2. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

Para este concepto, formulado por MEZGER, autor es todo aquel que interviene en el delito poniendo una condición para la comisión del mismo, siempre que no esté comprendido en alguna de las formas de participación que regula expresamente el Código penal. Como podemos ver, se trata de una definición residual, por exclusión, pues autor será todo el que coopera causalmente a la comisión de un delito sin ser inductor, cooperador necesario o cómplice. Frente a lo considerado por la teoría objetivo-formal, los preceptos reguladores de la participación no serían causas de extensión de pena sino causas de

restricción de la misma, pues si no existiesen los preceptos que castigan la participación, el sujeto respondería como autor.

Es un concepto que, además, tiene problemas en los delitos especiales —los que solo pueden ser realizados por las personas que tienen determinadas cualidades o características— y en los delitos de propia mano, en los que sólo puede ser autor el que realiza personalmente la conducta típica, única persona que puede realizar lo injusto específico de esa figura delictiva (como los abusos sexuales, arts. 181-182 CP).

Ej. 14.5: El art. 446 CP castiga al Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta. Ginés T. presta los medios materiales a su mujer Sonia O., magistrada, sabiendo que va a dictar resolución injusta —y se los presta precisamente para eso—. Resulta extraño afirmar que Ginés T. es partícipe solo porque el Código regula la cooperación necesaria y la complicidad y que, en otro caso, sería autor ¿Cómo sería autor Ginés si no es juez o Magistrado ni dicta sentencia o resolución injusta?

Ej. 14.6: Paco V. lleva a su amigo Alfonso J. a casa de Ana Q., para que Alfonso J., tras suministrar un fármaco a Ana pueda tener relaciones sexuales con ella. Lo injusto específico del delito de abuso sexual radica en realizar actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona —de ahí que sea un delito de propia mano—. Igual que en el caso anterior, ¿sería Paco V. partícipe sólo porque así lo ha previsto el Código penal?

3. CONCEPTO SUBJETIVO DE AUTOR

Este concepto, como el anterior, parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones de VON BURI. Así, defiende que desde una perspectiva objetiva no puede distinguirse entre las diferentes aportaciones de las personas que intervienen en un delito, pues todas ellas son necesarias para la producción del resultado delictivo, de manera que toda persona que contribuye a la comisión de un delito pone una condición para la producción del resultado. De esta forma, la distinción no puede venir de un plano objetivo, sino que tiene que realizarse en el plano subjetivo. Será autor el que quiere el hecho como propio, con *animus auctoris*, mientras que será partícipe el que tenga únicamente ánimo de ayudar, de colaborar en la comisión del delito (*animus socii*).

El problema básico de este concepto es que no da importancia a la realización de la acción típica, que deviene irrelevante —lo que no resulta sostenible, aunque sólo sea por respeto al principio de

legalidad—.

Ej. 14.7: Veamos el famoso caso de la bañera. Una mujer soltera tiene un hijo y quiere acabar con su vida «*para ocultar su deshonor*», pero es su hermana la que ahoga al recién nacido en la bañera. Aquí, pese a que la hermana realiza la conducta típica, el Tribunal Supremo alemán la consideró partícipe, pues solo tenía *animus socii*; sin embargo, la madre, que no realiza acto ejecutivo alguno, fue considerada autora dado que tenía *animus auctoris*.

Además, su punto de partida es incorrecto, pues aunque causalmente no pueda distinguirse entre las aportaciones de los distintos intervinientes, valorativamente sí que puede hacerse. Lo injusto permite considerar de forma muy distinta la actuación de cada persona, de modo que sí es posible distinguir las intervenciones desde un punto de vista objetivo.

Ej. 14.8: Recordemos el ejemplo 14.3 donde Custodia proporcionaba la pistola a Miguel H. para que matase a Fermín V. Es evidente que tanto Custodia como Miguel H. han contribuido a la producción del resultado, pero ¿realmente tiene la misma gravedad suministrar una pistola y dispararla? Resulta claro que sí se puede distinguir entre el valor de las aportaciones de las personas que intervienen en la comisión de un delito.

4. CONCEPTO FINALISTA DE AUTOR

Este concepto se basa en la teoría finalista de la acción de WELZEL. Autor es el que tiene el dominio finalista del hecho, esto es, el que dirigiendo conscientemente el curso causal hacia la producción del resultado tiene el control de la realización del tipo, el que puede decidir si el tipo se realiza o no. Con palabras del propio WELZEL: «*la configuración del hecho por medio de la voluntad de realización que conscientemente lo dirige, convierte al autor en señor del hecho*». Frente a este concepto de autor —el que domina finalistamente el hecho—, el partícipe meramente apoya la realización del mismo o bien ha conseguido hacer nacer la resolución de cometerlo.

Estamos ante un concepto material, al darnos el fundamento de la consideración de autor de una persona —dominio del hecho—. Así, no tiene problemas para explicar la autoría mediata, dado que el autor mediato tiene el dominio del hecho.

Ej. 14.9: Recordemos el ejemplo 14.4 en el que Cristina

consigue que Fermín P. le traiga el bolso que no es suyo. Desde la perspectiva de la realización del acontecimiento es indudable que la que decide la producción del hecho es Cristina, siendo Fermín P. un mero instrumento del que se sirve para alcanzar su objetivo. Su conducta, por medio del engaño al socorrista, es la que lleva a que se produzca la sustracción de la cosa ajena, de la que ella se apodera a través de Fermín P. a quien, con toda claridad, está utilizando como instrumento.

El problema del concepto finalista de autor es que no es aplicable en los delitos imprudentes, pues dado que en estos el autor no dirige su acción a la producción del resultado, no puede hablarse de dominio del hecho. Si el dominio del hecho se tiene a través del dominio de la causalidad, por medio de la dirección consciente de un curso causal a la producción del resultado, no puede darse en los delitos imprudentes, en los que el autor no dirige su acción a la producción del resultado.

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

Mas no acaban aquí los problemas del concepto finalista de autor, pues se plantean también algunas dudas sobre la relación entre realización de los elementos del tipo y el dominio finalista del hecho. Así, se señala que se pueden realizar elementos del tipo y no tener el dominio finalista del hecho (el instrumento en los casos de autoría mediata), de forma que si es autor el que tiene el dominio finalista del hecho, en estos casos no podríamos hablar de autoría, lo que resulta extraño, pues nada más lógico que considerar autor a quien realiza los elementos del tipo.

Ej. 14.10: Hans R. engaña a Claus T. sobre la identidad de la persona a la que este va persiguiendo, de forma que Claus T. termina deteniendo a Gunther F., persona inocente. En este caso se dice que Claus T. no tiene el dominio del hecho, pues ha sido engañado por Hans R. para detener a Gunther F., que no es la persona a la que perseguía. Sin embargo, desde el momento en que detiene dolosamente a Gunther F. no hay duda de que sí tiene el dominio de esa concreta detención; cuestión distinta es que esté siendo utilizado como un instrumento por Hans R., que

tiene un dominio distinto del hecho, basado en la instrumentalización de Claus. Si Claus T. no tiene el dominio del hecho, ¿cómo es que ha actuado dolosamente, realizando el tipo objetivo y subjetivo?

5. EL CONCEPTO DE ROXIN

Este penalista alemán considera que el autor es la figura central en la realización de la conducta delictiva. Ahora bien, como los tipos delictivos tienen diferentes estructuras, deberemos clasificar el concepto de autor según la estructura típica a la que se refiera. En su opinión, se deben distinguir los siguientes grupos dentro de los delitos:

- 1.** Delitos de dominio: la mayoría de los delitos dolosos son delitos de dominio. En estos, autor es el que tiene el dominio del hecho.
- 2.** Delitos de infracción de un deber: en estos, en los que engloba algunos delitos dolosos (como los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos), los delitos imprudentes y los delitos de comisión por omisión, autor es todo el que infringe el deber, con independencia de su contribución a la comisión del delito.
- 3.** Delitos de propia mano: en esta clase de delitos sólo puede ser autor el que realiza personalmente la acción típica.

6. OTROS PLANTEAMIENTOS

Pese a que no vayamos a estudiarlas, no podemos dejar de mencionar otras concepciones de la autoría, como las de MIR PUIG (para quien autor es aquel a quien pertenece el hecho como suyo), la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho (de LUZÓN PEÑA y DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO) o el concepto integrado de autor (DÍEZ RIPOLLÉS).

7. TOMA DE POSTURA

7.1. Autoría y delitos dolosos de acción

Si volvemos la vista a nuestro Código penal, no parece difícil concluir que en el art. 28 párrafo 1 subyace un concepto de autor.

Así, por un lado, se refiere al que realiza el hecho por sí solo, de forma que parece adoptar la teoría objetivo-formal de la autoría. Bastaría, para ser autor, con realizar el hecho típico. En cierto sentido, no

habríamos avanzado mucho, pues, más allá de la dicción legal, no sabríamos por qué quien realiza la conducta típica es autor.

De esta manera, nos veremos obligados a buscar razonamientos materiales, sobre todo si tenemos en cuenta que el Código, al regular la autoría mediata, está partiendo de un concepto material de autor. Si hemos señalado que la autoría es el final de la teoría de lo injusto, no parece difícil concluir que el concepto de injusto que adopte un determinado Código será esencial para determinar el concepto de autor de ese mismo texto.

Como ya hemos visto —lección 10 para los delitos dolosos, lección 11 para los delitos imprudentes—, nuestro Código parte de un concepto personal de injusto, que distingue, junto al desvalor del resultado, un desvalor de la acción —razón de que se hable de injusto personal— (esto es, lo injusto no es el mero desvalor del resultado, la impersonal causación o producción de la lesión de un bien jurídico, sino la lesión de un bien jurídico por medio de una conducta humana, esto es, la actuación de la persona —el desvalor de la acción— es un elemento básico en lo injusto, que es más que el mero desvalor del resultado).

Si, por tanto, el Código parte de una concepción personal de lo injusto, será autor el que tenga el dominio finalista del hecho, de forma que este será el criterio material subyacente a nuestro Código: autor es quien tiene el dominio finalista del hecho. Dominio que se pondrá de manifiesto en la realización individual del hecho, en la realización conjunta, entre varios, o en la realización por medio del otro al que se utilizará como instrumento.

Por otra parte, ¿qué relación hay entre criterio formal y criterio material? ¿Son independientes? Frente a lo que se ha objetado al criterio de WELZEL, no creemos que se pueda realizar la conducta típica sin tener dominio del hecho, lo que no impide que otra persona (el hombre de atrás) pueda tener también dominio del hecho y, como señalaba el propio WELZEL, un dominio del hecho «superior» (en esta línea, hoy día, FERNÁNDEZ IBAÑEZ, BOLEA BARDON, JIMÉNEZ MARTÍNEZ). Así, en los casos de autoría mediata en los que está pensando la doctrina, el instrumento que actúa típicamente tiene el dominio del hecho, lo que no impide que el hombre de atrás se esté aprovechando de él, lo esté utilizando como instrumento y, en tanto esto es así, posea también dominio del hecho (y superior como hemos indicado).

Ej. 14.11: Recordemos el ejemplo 14.10. No dudamos que Hans tiene aquí el dominio del hecho, pues configura el acontecer causal, a través del comportamiento de Claus, para que se produzca la detención de Gunther. Ahora bien, ¿dar a Hans el dominio del hecho significa privar a Claus de él? No es posible

hacer esto, pues está claro que Claus, por su parte, también domina su hecho típico.

En definitiva, autor, en nuestro Código, es quien tiene el dominio del hecho, dominio que se manifestará en la realización inmediata e individual del hecho típico (autoría inmediata individual), en la realización conjunta con otros (coautoría), o en la realización por medio de otro del que se sirve como instrumento (autoría mediata).

7.2. Autoría y delitos imprudentes

Las reflexiones anteriores, claro está, sólo valen para el delito doloso de acción, en cuanto sólo en él podemos hablar de dominio del hecho en el sentido en que lo hemos expuesto.

En los delitos imprudentes estaremos más cerca de un concepto objetivo-formal en cuanto sólo podrá ser autor el que realice la conducta típica. Sin embargo, que sólo pueda ser autor de un delito imprudente el que realice la conducta típica no implica, frente a lo que se ha sostenido en ocasiones —incluido el mismo finalismo (WELZEL, CEREZO MIR)—, que en los delitos imprudentes baste con realizar una conducta imprudente que contribuya causalmente a la realización del resultado para ser autor —lo que, más que al concepto objetivo-formal de autor nos llevaría a un sistema unitario de autoría, pues todo el que interviniese en un delito imprudente lo haría a título de autor—. Realizar una conducta que no observa el cuidado objetivamente debido es el primer requisito para ser autor en el delito imprudente, pero sigue siendo insuficiente. No toda persona que infringe el cuidado objetivamente debido poniendo una condición de la producción del resultado es autor.

Como se señaló ya en la lección 11, con la identificación de una conducta contraria a una norma de cuidado que tiene como fin evitar un determinado resultado no hemos finalizado la tarea de concretar la conducta típica de un concreto delito de resultado. En definitiva, también en el delito imprudente hay que tener en cuenta consideraciones materiales para determinar el concepto de autor —esto es, necesitamos reflexiones que justifiquen por qué el que realiza el hecho por sí solo es autor—.

En su momento —lección 11— pudimos ver que se debía distinguir entre dos clases de normas a la hora de calificar como típicas las conductas que infringían el cuidado objetivamente debido:

- Normas que pretenden impedir la producción de un resultado evitando que se realicen conductas que favorecen la actuación —dolosa o imprudente— de un

tercero, que es quien realmente decide sobre la producción del resultado. Estas normas no serían las subyacentes a los delitos imprudentes de resultado, sin que fuese típica la acción que las infringe. La conducta no produce directamente el resultado, sino que favorece que la conducta de un tercero lo produzca.

— Normas cuya infracción causa directamente el resultado, sin que la posibilidad de producción del mismo quede condicionada por la actuación posterior de terceros sobre el mismo riesgo. Estas serían las prohibiciones subyacentes a los tipos imprudentes de resultado y, por tanto, su infracción daría lugar a la conducta típica y a responsabilidad en concepto de autor. Aquí la conducta sí produce directamente el resultado, sin necesitar ninguna conducta posterior de tercero sobre el mismo riesgo.

Así, podemos distinguir entre las conductas que favorecen la producción del resultado a través de la actuación de un tercero —sea esta intervención dolosa o imprudente— y las conductas que directamente causan el resultado, sin que sea necesaria intervención complementaria alguna. Solo estas últimas son las conductas constitutivas de autoría en los delitos imprudentes.

Ej. 14.12: Recordemos el ejemplo 11.15 del farmacéutico que a petición de un cliente le despacha sin receta un medicamento de los que es preceptivo entregar con receta porque tienen varias contraindicaciones. El cliente, sin consultar con el médico ni leer el prospecto, le administra el medicamento a su hijo pequeño que muere por tratarse de uno de los casos en los que la administración del fármaco estaba contraindicada. Aquí es la conducta del cliente la única que supone autoría del homicidio por imprudencia. La conducta del farmacéutico no es autoría de homicidio imprudente.

Para concluir, solo queda analizar la cuestión de si todas las clases de autoría que regula nuestro Código son aplicables al delito imprudente. La respuesta es que no. Si bien no plantea problemas la posibilidad de autoría inmediata individual, no es posible la autoría mediata ni la coautoría.

A la autoría mediata le es consustancial el dominio del hecho, dominio que, como tal, no puede darse en los delitos imprudentes, pues el autor no configura el hecho para la producción del resultado, no lo dirige hacia el mismo, de forma

que tampoco puede hacerse por medio de un instrumento. Más allá de ello, nuestro Código penal exige en la autoría mediata la realización del hecho por medio de otro del que la persona de atrás se sirve como instrumento. Este «servirse de» sólo es posible de forma dolosa, pues exige, claro está, la conciencia y voluntad de utilizar a otro —solo en este caso podemos decir que una persona «se sirve de otra»—. lo que no se da en la imprudencia.

El problema de la coautoría lo analizaremos posteriormente.

7.3. Autoría y delitos de omisión

Salvo en los delitos de omisión causal y resultado, donde podremos hablar de dominio del hecho en el sentido expuesto hasta ahora, en el resto de los delitos de omisión no podemos decir que se dé un dominio de los factores causales hacia la producción del resultado —que es como hasta el momento, para los delitos de acción, hemos definido el dominio del hecho—. Ahora bien, si podemos observar un fenómeno similar —adaptado a la no realización de la concreta conducta que supone la omisión—: el sujeto podría, con su intervención, evitar la producción del resultado *directamente*, sin necesidad de intervenciones posteriores de otras personas. Lo que hace el omitente es no intervenir sobre los cursos causales y, así, permitir que los factores causales desemboquen en un determinado resultado. Esta situación le concede un dominio sobre la evitación del resultado, en el sentido de que su intervención sobre los factores causales concurrentes le hubiese llevado, sin más, a evitar la producción del resultado. Dado que en estos delitos no existe, como tal, un dominio de la causalidad, puede resultar conveniente no utilizar la expresión «dominio del hecho» pese a que, como tal, se busca algo similar (equivalencia). Hablamos por ello de dominio sobre la causa fundamental del resultado, para expresar esta idea de que el sujeto podía intervenir sobre los cursos causales evitando con ello la producción del resultado —pese a que, como tal, podríamos hablar de dominio del hecho que en este caso se pondría de manifiesto precisamente en la no utilización de los cursos causales para evitar la producción del resultado—.

Ej. 14.13: Recordemos el ejemplo 12.43 en el que Haydee T. V. no asistía a su marido Luis Ernesto V. S. que ha sufrido un grave infarto. En la casa no cuentan con medicación adecuada, de modo que lo único que puede hacer Haydee T. V. es llamar a los servicios de urgencia. En este caso Haydee T. V. no tiene el dominio sobre la causa fundamental del resultado, ya que lo máximo que puede hacer es esperar que un tercero realice la

acción que impedirá el resultado, lo que ella, como tal, no puede hacer. En este caso su conducta no equivale a la causación activa de la muerte de Luis Ernesto V. S. Haydee T. V. podrá colaborar en la evitación del resultado, pero no puede evitarlo. La diferencia se aprecia claramente si modificamos el supuesto de forma que Haydee T. V. tenga a su alcance la medicación que, para estos casos, tiene prescrita Luis Ernesto. En este caso con su acción sí puede evitar directamente la producción del resultado de muerte y, por tanto, si no lo hace, estamos ante una omisión que es equivalente en su desvalor a la acción de producir el resultado.

III. CLASES DE AUTORÍA

Vistos algunos de los conceptos de autor defendidos por la doctrina y expresada nuestra propia posición al respecto, podemos volver al análisis de las clases de autoría que regula nuestro Código penal.

1. AUTORÍA INMEDIATA INDIVIDUAL

Tal y como señala nuestro Código, es autor el que realiza el hecho por sí solo (art. 28, párrafo primero, primer inciso).

Ej. 14.14: María G. quiere matara su vecina Isabel Z. Para eso la espera escondida en el portal de la casa de ambas y una vez que Isabel pasa a los garajes la acuchilla por la espalda y por sorpresa repetidas veces causándole la muerte.

Como ya señalamos, es el que realiza directamente, inmediatamente, con sus manos, los actos típicos o, dicho más estrictamente y en coherencia con lo dicho en la lección 13, el que realiza actos ejecutivos. Suele decirse que es la categoría que menos problemas presenta, pues no parece que los supuestos en que un solo sujeto comete la acción descrita en el tipo vayan a plantear graves problemas.

El sujeto pone de manifiesto su dominio del hecho en la realización de la conducta típica, dominio del hecho tanto en su vertiente negativa — la capacidad de evitar que se produzca el resultado, para lo que le basta con dejar de actuar (al menos mientras no nos encontremos ante una tentativa acabada)— como positiva —la configuración concreta del hecho que es, precisamente, la prueba más clara de su dominio del acontecer causal, dado que, a partir del fin que pretende conseguir, elige los medios y dirige la actividad a la consecución de ese fin. La actividad, además, no se dirige al fin de cualquier manera, sino

del modo en que el sujeto quiera conseguir el fin y, por tanto, a través de una utilización determinada de la causalidad—.

2. LA AUTORÍA MEDIATA

2.1. Consideraciones generales

Se trata de la modalidad de autoría que se regula en el art. 28, párrafo primero, tercer inciso, cuando el Código se refiere a los que realizan el hecho «*por medio de otro del que se sirven como instrumento*».

A diferencia de la autoría inmediata, en la que la realización del tipo por el autor es directa, material, personal, con sus manos, aquí nos encontramos ante supuestos en que la realización del tipo por el autor tiene lugar de modo indirecto, a través de otra persona que le sirve de instrumento para cometer el delito; la realización del tipo no la lleva personalmente a cabo el autor, pues es el instrumento el que la realiza —de ahí que hayan surgido problemas respecto al dominio del hecho—. Vemos, por tanto, que tiene una estructura muy característica: un sujeto, el hombre o persona de atrás, utiliza a otra persona (instrumento, hombre de delante) para conseguir su propósito. Lo importante, claro está, es que la persona de atrás tiene el dominio del hecho, como podremos ver en los diferentes supuestos; se trata de configurar o aprovechar la configuración de una determinada situación en la que, a través de la utilización de la actuación de otra persona, se puede llegar a obtener el fin pretendido.

Esta clase de autoría fue introducida por primera vez por el Código penal de 1995 —dejando al margen el extraño precedente del Código penal de 1822, en cuyo art. 13 se encontraban algunos supuestos de lo que hoy denominamos autoría mediata—, planteándose la cuestión de si era necesaria la introducción de la misma. Mayoritariamente se contesta que sí, pues, en otro caso, podrían producirse lagunas de punibilidad:

Así, la forma de describir las conductas prohibidas u ordenadas puede hacer realmente difícil considerar que el autor mediato realiza la conducta típica (incluso aunque se sirva de un instrumento).

Ej. 14.15: El art. 147.3 CP castiga como delito leve golpear a otro sin causarle lesión. GIMBERNAT ORDEIG ponía el siguiente ejemplo —respecto al art. 420 del CP 73, equivalente al precepto mencionado del CP vigente— que ilustra lo que queremos señalar: Andrés determina a Benito a golpear una lona bajo la que, sin que Benito lo sepa, se encuentra Xavier. Andrés no ha golpeado a Xavier, aunque haya conseguido que Xavier sea golpeado.

Si no podía ser considerado autor, por no realizar la conducta típica, habría que acudir a la participación, donde tampoco las soluciones eran correctas siempre, pues cuando el instrumento no actuase de modo típico, no sería posible castigar a la persona de atrás como inductor o cooperador necesario —como veremos en la lección siguiente, debido al principio de accesoriidad, para poder castigar al partícipe es necesario que el autor, como mínimo, haya dado comienzo a la ejecución del delito—.

Ej. 14.16: Carlos Z. quiere matar a Marcelino V. Para ello hace que agarre un cable de alta tensión, diciéndole que no pasa corriente, lo que es falso, como Carlos Z. sabe. Como consecuencia de la descarga de alta tensión Marcelino V. muere. El art. 138 castiga al que «matara a otro» y en este caso Marcelino V. se ha provocado la muerte él mismo, por lo que su conducta sería atípica. Al no existir autoría, no podríamos castigar a Carlos Z. como partícipe, pues sin autor no hay delito y, por tanto, no podemos castigar a los partícipes. De ahí que fuese necesaria la previsión expresa de la autoría mediata.

2.2. Autoría mediata y autor detrás del autor

En muchos planteamientos se considera necesario que el instrumento quede exento de pena o, al menos, que se le imponga una pena atenuada, para explicar su «falta de libertad» que, más allá de permitir calificarle de instrumento, permite que el dominio del hecho lo ostente el hombre de atrás. Así, no se admite la utilización de un instrumento plenamente responsable, pues se rechaza la coexistencia de varios dominios del hecho independientes entre sí.

Sin embargo, otros autores no ven mayores problemas para admitir que pueden coexistir diversos grados de dominio del hecho (así, más allá del propio WELZEL, puede verse recientemente en nuestra doctrina FERNANDEZ IBÁÑEZ BOLEA BARDON y JIMÉNEZ MARTÍNEZ). De este modo, podemos hablar de autoría mediata con un instrumento responsable o acudir a la figura del autor detrás del autor —que también de forma gráfica señala que hay un autor, con dominio del hecho, detrás de la persona que ejecuta materialmente el hecho y que también es autor—. Nuestra jurisprudencia ha admitido la existencia de esta figura (SSTS 02/07/1994 y 30/04/1979).

Si se quiere reservar la expresión autor mediato para los supuestos en que el instrumento presenta alguna clase de déficit y hablar de autor detrás del autor para los supuestos en que el autor inmediato es plenamente responsable, es una cuestión que podemos dejar abierta. En cualquier caso, haya un autor inmediato —en sentido estricto— o

sólo un instrumento —que o no será autor en sentido estricto (única limitación que tendría sentido) o que no será responsable penalmente (lo que, como tal, no tiene por qué ver con el concepto de autor)—, lo importante es reconocer que hay casos en que la persona de atrás (o el autor detrás del autor) tiene el dominio del hecho, pese a que también el instrumento domina la realización del hecho típico.

2.3. Supuestos de autoría mediata y de autor detrás del autor

Con carácter previo debemos señalar que es necesario que el instrumento realice una acción en sentido estricto, pues si no es este el caso se rechaza que estemos ante autoría mediata para acudir a la autoría inmediata o directa, pues se utiliza un cuerpo humano (o a una persona) igual que podía haberse utilizado cualquier otro instrumento u objeto no humano (una piedra, un palo, un martillo).

Ej. 14.17: Vicente V. empuja violentamente a Antonio P. contra una valiosa escultura. Como consecuencia del choque la escultura cae al suelo y se rompe. En este caso Vicente V. hubiese podido empujar la escultura con cualquier objeto sin que hubiese diferencia, pues lo específico de la autoría mediata (la actuación de otra persona) no se da en este caso.

2.3.1. El instrumento no realiza siquiera el tipo objetivo del delito

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

Ej. 14.18: Recordemos el ejemplo 14.16 donde Carlos Z. consigue que Marcelino V. se provoque su propia muerte. En este caso la conducta de Marcelino es atípica, pero resulta claro que Carlos Z. ha conseguido «matar a otro» por medio de la conducta de ese otro —Marcelino en este caso—.

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

Ej. 14.19: Carmen R. quiere matar a Sancho F. Envenena la sopa que Sancho va a comer y le da el plato a Miguel Q., camarero, quien, sin sospechar nada, le sirve el plato a Sancho, que muere como consecuencia del veneno. Miguel Q. no actúa con conciencia y voluntad de matar a otro, pero Carmen R. sí consigue matar a otro por medio de la actuación de Miguel.

Ej. 14.20: En la piscina de su urbanización Pilar P. le pide a Irma S., socorrista, que le alcance el bolso que está junto a unas

toallas. Irma S., que desconoce que el bolso pertenece a otra persona, se lo da. Más allá de la falta de dolo, tampoco concurriría el ánimo de lucro en la conducta de Irma S. Pese a que la conducta de Irma sería atípica, Pilar consigue apoderarse de cosas muebles ajenas sin el consentimiento del dueño a través de su actuación que instrumentaliza a Irma S.

Se discute si en los supuestos de error sobre un elemento del tipo, el error debe ser invencible o si puede ser vencible, postura que preferimos, pues el dominio del hecho por el autor mediato no se ve afectado por el carácter vencible o invencible del error del instrumento.

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

Ej. 14.21: Bartola P. se encuentra tomando unas copas con su amigo Félix D. en un local en el que también se encuentra Pedro T., con quien mantiene muy malas relaciones. Conociendo el carácter de su amigo Félix y su corpulencia, aprovecha que este va a los lavabos para provocar a Pedro T., que le agrede. Al defenderle de la agresión de Pedro T., Félix D. causa lesiones al mismo. La provocación de una situación de legítima defensa de un tercero sirve a Bartola para, instrumentalizando la actuación de Félix, conseguir que Pedro sufra lesiones.

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

Podemos pensar en varios supuestos:

A) Utilización de un inimputable

Puede tratarse de una persona que padezca una anomalía o alteración psíquica, una intoxicación plena —siempre que en estos casos dicho estado le impida comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a esa comprensión—, o puede utilizarse a un menor de 14 años.

Ej. 14.22: Mariano V. mantiene muy malas relaciones con Gabriel C., vecino suyo y quiere vengarse de él. Sabiendo que su vecino Felipe Z. sufre una esquizofrenia paranoide, le convence para que deje el tratamiento y, además, refuerza el delirio de Felipe Z. sobre Gabriel C., con el que tampoco Felipe Z. tiene buenas relaciones (cree que le está criticando constantemente y que es el causante de que otros vecinos no tengan trato con él).

La antipatía de Felipe Z. hacia Gabriel, apoyada por Mariano V., va creciendo hasta que un día le golpea produciéndole lesiones graves.

Ej. 14.23: José K. convence a Jorge M., de 10 años de edad, para que entre por la ventana abierta de un domicilio de la urbanización de ambos y le alcance una cartera que se encuentra encima de la mesa en la que José sabe que hay una importante cantidad de dinero en metálico.

B) Error de prohibición en el instrumento

Ej. 14.24: Juan P. convence a su vecino Pablo X. de que Alicia B. es la persona que ha cometido distintos robos en la urbanización, lo que es completamente falso. Creyendo a Juan, Pablo detiene violentamente a Alicia B. para ponerla a disposición de la autoridad, pues cree que puede hacerlo.

Se discute si, en estos casos, el error de prohibición puede ser invencible o si basta con que fuese vencible, postura que nos parece preferible.

C) Coacción en el instrumento

Ej. 14.25: Óscar S. amenaza a Marcos L. con matar a su mujer si el mismo no mata a Marta M., lo que Marcos hace.

2.3.5. *Los aparatos organizados de poder*

Se trata de una construcción ideada por ROXIN para poder castigar los crímenes nazis en la segunda guerra mundial Su idea básica es que en esta clase de delincuencia, la delincuencia de Estado, no sólo es autor el que realiza materialmente la conducta típica, sino también los superiores jerárquicos hasta la cúspide de la cadena de mando. Los requisitos que fundamentarían el dominio del hecho en estos casos, más allá de la propia existencia de una organización o aparato de poder jerarquizado son:

1. Dominio de la organización: no basta con ocupar cualquier puesto en la misma, pero tampoco es necesario ser el vértice. Basta con tener capacidad de mando, esto es, capacidad de impartir órdenes a los subordinados y, en este sentido, capacidad de dirigir la parte de la organización que esté sometida a esa persona.
2. Fungibilidad del ejecutor: el ejecutor debe ser fácilmente intercambiable, esto es, la organización garantiza la existencia

de una persona que cumplirá las órdenes, con independencia de quién sea en concreto.

3. Desvinculación del Derecho de la organización: la organización debe actuar, como un todo, al margen del Derecho.

Ninguno de los requisitos está exento de discusión. De hecho, en nuestra doctrina se rechaza generalmente esta forma de autoría mediata, existiendo muy distintas posturas respecto a la explicación que deba darse a la punición de la conducta del hombre de atrás (coautoría, inducción, cooperación necesaria, complicidad).

Ej. 14.26: Esta figura se ha utilizado en casos como el de los tiradores del muro de Berlín, en el enjuiciamiento de los militares de las Juntas Argentinas o en el caso del ex presidente peruano Fujimori.

Nuestro Tribunal Supremo la ha admitido como posibilidad teórica aunque no ha llegado a aplicarla (véase STS 17/07/2008 sobre el atentado del 11 de marzo de 2004).

2.4. Delitos en los que no cabe autoría mediata

Como ya hemos visto, no cabe la autoría mediata en los delitos imprudentes. En los delitos especiales, en los que sólo puede ser autor quien posee determinadas características o cualidades, no puede ser autor mediato quien no las posea. Tampoco es posible la autoría mediata en los delitos de propia mano pues en ellos el desvalor de la conducta va absolutamente unido a su ejecución personal —recordemos el ejemplo 14.6 de abuso sexual: el desvalor de esta clase de conductas no puede predicarse de la que se realizase a través de un instrumento—.

3. COAUTORÍA

3.1. Consideraciones generales

Estaremos ante un supuesto de coautoría cuando en la ejecución del delito intervenga más de un autor. El art. 28 CP recoge expresamente esta forma de autoría cuando se refiere a los que realizan «conjuntamente» el hecho (art. 28, párrafo primero, segundo inciso). Es importante no confundir el concepto de coautoría con el de codelincuencia. Como ya vimos, estamos ante un supuesto de codelincuencia cuando en la comisión del delito intervienen varios sujetos, con independencia de la calificación jurídica que reciba su conducta. Así, puede haber un autor y varios partícipes, un partícipe y varios autores, varios autores y varios partícipes, etc. Sin embargo, la

coautoría se da cuando en la comisión del delito intervienen varios autores, esto es, hay dos o más autores —haya o no, además, partícipes—. La codelincuencia es el concepto genérico y la coautoría el concepto específico (todos los supuestos de coautoría son casos de codelincuencia, pero no todos los casos de codelincuencia lo son de coautoría).

Ej. 14.27: Recordemos el ejemplo 14.2, donde Juan L. y José Luis F. cometen un delito de robo. Estaríamos ante un caso de coautoría —Juan L. y José Luis F. realizan el delito conjuntamente— y, por tanto, también de codelincuencia, pues habrían intervenido dos personas en el delito. Contraponámoslo al ejemplo 14.3 donde Custodia N. proporcionaba a Miguel H. la pistola con la que este mataba a Fermín V. Aquí estaríamos ante un supuesto de codelincuencia, pues tenemos un autor (Miguel H.) y un partícipe (Custodia N.), que, sin embargo, no sería coautoría, pues Miguel es autor y Custodia meramente partícipe.

3.2. Elementos

Para que exista coautoría es necesario que varias personas, que se han puesto de acuerdo para realizar el hecho, para cometer el delito, realicen cada una de ellas algún elemento del tipo, realicen actos ejecutivos. Pese a que se trata de una cuestión tremendamente discutida, aquí partimos de la base de que solo si cada uno de los coautores realiza elementos típicos puede hablarse de realización conjunta del hecho (típico), que es lo que exige nuestro legislador para estar ante supuestos de coautoría. Por supuesto, los actos típicos pueden realizarse a través de un instrumento, de modo que existen los coautores mediatos. Se trata de supuestos en que una parte del delito la ejecuta directamente un coautor y la otra parte la ejecuta otro coautor utilizando a otra persona como instrumento.

Si se acepta que se puede realizar el hecho (típico) conjuntamente cuando uno de los intervinientes no lleva a cabo actos ejecutivos (ni directamente ni a través de otro al que utiliza como instrumento), será imposible distinguir la coautoría de otros supuestos de codelincuencia según el planteamiento del legislador español, pues o realizar el hecho significa ejecutarlo —y parece claro que sólo ejecuta el hecho el que lleva a cabo actos ejecutivos— o siempre que más de una persona interviene en la ejecución del delito el mismo se realiza conjuntamente. Ello no impide que unas contribuciones puedan ser más importantes que otras —que así será—. Desde la perspectiva del Código, sin embargo, no resulta decisivo aquí si la contribución es esencial o inesencial, sino si el hecho se realiza conjuntamente, de forma que solo lo que sea realización conjunta dará lugar a coautoría,

mientras que lo que no sea realización conjunta, por muy importante o esencial que sea la aportación de una persona, deberá quedar a otras figuras de codelincuencia y, más concretamente, a las formas de participación. Y no parece que realización conjunta pueda ser otra cosa que ejecución del hecho típico, que realización del hecho típico como se ha entendido en el caso de autoría inmediata individual, esto es, realización de actos ejecutivos, de actos típicos.

No es esta, sin embargo, la postura dominante en la doctrina ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Veamos ya los elementos a que suele referirse doctrina y jurisprudencia para apreciar la coautoría.

3.2.1. Acuerdo de voluntades

En primer lugar, dado que se trata de la comisión conjunta del hecho, es necesario que las personas se hayan puesto de acuerdo para la comisión del delito, esto es, que exista un acuerdo de voluntades entre los coautores.

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

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

Tal y como hemos señalado, habrá coautoría cuando cada uno de los coautores realice actos ejecutivos, actos típicos.

Ahora bien, como ya hemos indicado, se plantea el problema de si podrá haber coautoría en supuestos en que uno de los coautores no realice actos típicos, pero, si ello es posible, comparta el dominio del hecho. Incluso contestando afirmativamente a la cuestión anterior —lo que no está nada claro para la doctrina, aunque sí, sin embargo, para la jurisprudencia, que lo admite sin mayores problemas—, todavía quedaría un paso más: definir en qué supuestos se puede tener el dominio del hecho pese a no realizar actos típicos en los casos de coautoría.

A) El problema de los actos preparatorios

Para WELZEL era posible tener el dominio del hecho aunque se realizase un acto meramente preparatorio, de forma que habría coautoría cuando el sujeto era «coportador de la resolución delictiva».

Frente a esta postura, ROXIN señala que no es posible tener el dominio del hecho realizando meramente actos preparatorios pues, por muy importante que sea el acto preparatorio, llegará un momento en que termina la aportación y será otro el que tendrá que realizar los actos decisivos, de forma que será éste último quien realmente puede decidir si se comete o no el delito —quien realmente tiene el dominio

del hecho—.

Ej. 14.28: Patxi Z. prepara una bomba que Anta V. colocará en un sitio determinado. La actuación de Patxi Z. es muy importante, pues es el que prepara la bomba. Sin embargo, solo Anta V. decide sobre la comisión del delito, dado que es quien decide si la bomba se coloca o no, dónde y cómo se hace, etc.

Desde la perspectiva aquí esbozada no es posible tener el dominio del hecho con la realización de actos meramente preparatorios. El dominio del hecho es algo que sólo puede darse en la fase ejecutiva —pues es entonces cuando se pone de manifiesto ese dominio, en la configuración y realización del hecho—.

Dado que con la referencia al dominio del hecho no hacemos más que referirnos al dominio de la realización del hecho, tenemos que haber comenzado su ejecución para poder hablar, en sentido estricto, de dominio del hecho. Y precisamente esta concepción —que va más allá de un dominio negativo, incluyendo el aspecto positivo, de configuración concreta y determinada del hecho— es la que impide considerar actos ejecutivos a todo lo que no sean actos típicos —en el sentido de la teoría de la unidad natural de acción de FRANK, como se expuso en la lección 13—, pues el hecho es el hecho típico y, por tanto, su realización depende de la descripción que haya elegido el legislador; realización del hecho típico sólo puede ser su realización en los concretos elementos elegidos por el legislador para configurarlo específicamente (recordemos que en este Curso concebimos el tipo como conjunto de elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva) y estos elementos, claro está, son los que aparecen en la concreta descripción típica delictiva. Todo lo que no sean actos singularizados por el legislador en y para la descripción de lo injusto específico no son realización del hecho (típico). Podrán ser imprescindibles para la comisión del delito, pero no son actos comisivos del delito, sino actos de participación en o para la comisión del delito.

B) El dominio funcional del hecho

La conclusión anterior —falta de dominio del hecho en la actuación que consiste en actos preparatorios—, deja únicamente un grupo de casos —dado que si se realizan actos típicos se compartirá el dominio del hecho— para la polémica: los casos en que se realizan actos no típicos (no ejecutivos, por tanto, en el sentido algo ampliado en que los

definimos en la lección 13) pero que tienen lugar de manera simultánea a la fase ejecutiva del delito.

La aportación del coautor consistiría aquí en actos no típicos, no ejecutivos, pero realizados simultáneamente a los actos ejecutivos. Son, por tanto, actos que se realizan durante la ejecución del delito, pero sin ser ellos mismos actos ejecutivos.

Ej. 14.29: Marcos, Juan y Miguel han decidido atracar una sucursal de Bankia en Las Rozas. De acuerdo con su plan, Marcos y Juan entrarán en el recinto y Miguel permanecerá fuera, vigilando.

En algunos de estos supuestos se habla de que puede darse un «dominio funcional del hecho». Para que estemos ante el «dominio funcional del hecho» será necesario que los actos que realiza el sujeto sean esenciales, según el plan delictivo, para la comisión del delito, de forma que sin su realización no se hubiese llevado a cabo el mismo. Si, por el contrario, esa contribución es, según el concreto plan delictivo, inesencial para la realización del mismo, no habrá dominio funcional del hecho y la persona que la realiza no será coautor sino partícipe.

Ej. 14.30: Recordemos el ejemplo anterior y supongamos que el hecho de que Miguel vigile se considera tan importante que, si no lo hace, Marcos y Juan no cometerán el delito. Miguel tendría el «dominio funcional del hecho».

Doctrinalmente se sostiene (CEREZO MIR) que quien tiene el dominio funcional del hecho realiza el delito «conjuntamente» con los que realizan elementos del tipo.

Considera CEREZO que, en otro caso, la idea del dominio del hecho sería fundamental para explicar la autoría mediata pero sería irrelevante en la coautoría, lo que claro está, resultaría paradójico. CEREZO considera que ello sería así al admitir que se puede realizar la conducta típica y no tener el dominio del hecho, postura que no compartimos. El que realiza el tipo tiene el dominio del hecho, por mucho que pueda estar siendo instrumentalizado por otra persona que también tiene el dominio del hecho. De esta forma, no se produce la paradoja que señala Cerezo, pues también la idea del dominio del hecho — manifestada en la realización de actos típicos— es fundamental en la coautoría.

En la jurisprudencia resulta fácil encontrar referencias al dominio

funcional del hecho y, en definitiva, resulta fácil encontrar una concepción muy extensiva de la coautoría, pues no siempre se exigen, con claridad, los requisitos mencionados y que permiten hablar de «dominio funcional del hecho».

Pese a todo, consideramos incorrecta esta postura, pues en nuestro Código penal tenemos la figura del cooperador necesario, esto es, de la persona que coopera con una contribución sin la que el acto no se hubiese efectuado, que, dado que además recibe la misma pena que el autor, debería evitar interpretaciones extensivas de la coautoría.

3.3. Coautoría y delitos imprudentes

En los delitos imprudentes, no sólo resulta discutido el concepto de autor, sino que, precisamente, la necesidad de un acuerdo de voluntades para la existencia de coautoría ha provocado la discusión sobre si puede existir coautoría en los delitos imprudentes o no.

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

Sin embargo, la opinión dominante en nuestro país sí admite la coautoría en los delitos imprudentes. Es cierto que no habrá un acuerdo de voluntades dirigido a la producción del resultado, pero es perfectamente posible, argumentan, que exista un acuerdo de voluntades para realizar una acción imprudente, una acción que no responda al cuidado objetivamente debido. Con ello es suficiente, según este sector doctrinal, para satisfacer el requisito del acuerdo de voluntades, así que cuando se sume la realización de la conducta típica imprudente habrá coautoría.

Ej. 14.31: Antonio y Pedro Z. se dedican a la construcción de viviendas unifamiliares. Preocupados por los costes se ponen de acuerdo para utilizar menor cantidad de materiales de la necesaria confiando en que no ocurrirá nada. Sin embargo, una de las viviendas construidas se viene abajo causando la muerte de dos personas.

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

4. EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

4.1. Consideraciones generales

Se trata de una figura contenida en el art. 31 CP.

Como vimos en la lección 8, los delitos especiales son aquellos que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas, en las que concurren determinadas cualidades o características. En estos delitos podría ocurrir que la persona que realiza la conducta típica en nombre o representación de otro no tuviese las cualidades necesarias para ser autor del delito —de forma que no se le podría castigar—, mientras que la persona en cuyo nombre o representación ha actuado, que sí ostenta esas cualidades o características, no ha realizado la conducta típica, de forma que también quedaría impune.

Ej. 14.32: Olga R. tiene numerosas deudas y sabe que, tarde o temprano, va a perder los bienes que tiene. Para evitarlo encarga a Julio H., administrador de sus bienes, que los coloque fuera del alcance de sus acreedores. En el art. 257 CP se castiga al que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, pero Olga R. no se ha alzado con los mismos —no ha realizado conducta alguna con sus bienes— y Julio H. no es el deudor, por lo que no se ha alzado ni con sus bienes —son de Olga R.— ni en perjuicio de sus acreedores —son de Olga R.—. Si no existiese una cláusula como la del art. 31 CP, esta conducta debería quedar impune, lo que resulta completamente desaconsejable.

Para evitar la absurda impunidad que se produciría en los delitos especiales propios se introdujo en Alemania, en los años sesenta, la figura del actuar en lugar de otro. En 1983 se introdujo en España una regulación para dar solución a estos problemas y, con diversas modificaciones, se ha llegado a la situación actual en que se encuentra regulada en el art. 31 CP.

4.2. Fundamento

Entre las diversas explicaciones ofrecidas para legitimar la existencia de esta figura, que supone una ampliación de la autoría, podemos referirnos a las dos siguientes:

4.2.1. Representación y teoría de la disociación

Según un sector doctrinal, el fundamento de esta cláusula de extensión de la autoría se encontraba en la representación. La persona que realizaba materialmente la conducta lo hacía representando a la

persona —física o jurídica— en cuyo favor se actuaba. De ahí que se aceptase la teoría de la disociación: unos elementos típicos —la actuación— se daban en una persona y otros —las cualidades necesarias para ser autor— se daban en otra persona —el representado—.

4.2.2. Dominio social como criterio material

Se trata de una teoría formulada por GRACIA MARTÍN para superar los inconvenientes de la teoría de la disociación, con su fundamento civilista (la representación). Lo importante en estos supuestos no es la representación, sino que el sujeto que no tiene las cualidades de autoría accede materialmente a la posición del autor y, por tanto, tiene el dominio social sobre el bien jurídico —la posibilidad de lesionado— que tienen los autores en los delitos especiales.

Si recordamos el ejemplo 14.32 no existe duda sobre que Julio H. tiene realmente la posibilidad de lesionar el patrimonio de los deudores de Olga R., exactamente igual que si fuese esta misma, razón por la que debe responder si realiza la conducta para la que no está cualificado (alzamiento de bienes).

El vigente Código penal no se basa en la idea de representación, pues admite que se actúe no solo como administrador de hecho o de derecho o en representación legal o voluntaria de una persona física o jurídica, sino también en nombre de otro, que puede ser tanto una persona física como jurídica, sin exigir ya una representación.

LECCIÓN 15. TEORÍA DE LA CODELINCUENCIA, y II: PARTICIPACIÓN

I. LA PARTICIPACIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Tal y como vimos en la lección anterior, nuestro vigente Código penal sigue un sistema diferenciador en materia de autoría y participación, de modo que distingue entre autores y partícipes (art. 27 CP).

A continuación el art. 28 CP señala quienes son autores en nuestro sistema (autor único inmediato, coautores y autor mediato) y a quienes se considerará autores (inductores y cooperadores necesarios). Recordemos que estas personas que «serán considerados

autores» no lo son realmente, en sentido dogmático, sino que se les calificará así para imponerles la pena de los autores, pese a que no lo sean en sentido estricto. Los inductores, por tanto, son realmente partícipes —pese a que se les imponga la pena del autor—, al igual que los cooperadores necesarios.

Finalmente, el art. 29 CP define a los cómplices: *«Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos»*.

Como vemos, los cómplices cooperan a la ejecución del hecho —por eso son simplemente partícipes— con actos que, sin embargo, no son esenciales para la realización del mismo —por eso no son cooperadores necesarios—.

Por último debemos recordar que, tal y como dice el art. 61 CP: *«cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada»*, lo que significa que las penas establecidas en la parte especial son las que se aplican a los autores en sentido propio, a los inductores y a los cooperadores necesarios, cuando el delito se ha consumado. Frente a ello, el art. 63 CP dispone: *«A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito»*, de manera que los cómplices siempre recibirán la pena inferior en grado a la prevista para los autores.

2. CLASES DE PARTICIPACIÓN

2.1. Según la forma o la clase de la aportación

— Participación moral: inducción. Si se la denomina así es porque el inductor despierta, a través de medios psíquicos, la decisión de cometer el delito en el autor, de modo que históricamente se le denominaba el autor moral o autor intelectual del delito —lo que explica que tenga previsto el castigo con la pena de los autores—.

Ej. 15.1: Antonio quiere vengarse de Bruno, que violó a su hija. Así, ofrece 30.000 euros a Mirka N., mercenario serbio, para que le dé una paliza a Bruno. Es Antonio quien, con el ofrecimiento del dinero ha despertado en Mirka N. la resolución de voluntad de realizar el delito de lesiones sobre Bruno.

— Participación material: cooperación necesaria y complicidad. En estos casos se pone el acento en la aportación a la comisión del delito que supone la conducta de participación.

Ej. 15.2: Recordemos el ejemplo 14.3, en el que Custodia facilitaba la pistola a Miguel H. para que este pudiese matar a Fermín V.

2.2. Según el momento en que se realiza la aportación

— Participación propia: la contribución al delito se realiza antes o durante la ejecución del mismo. Aquí se sitúan la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad.

Ej. 15.3: Cualquiera de los dos ejemplos anteriores es de participación propia. El ejemplo 15.1 es de inducción y el ejemplo 15.2 es de complicidad o cooperación necesaria, según si Miguel consideraba esencial para su plan delictivo —matar a Fermín V.— que Custodia le entregase la pistola (supuesto en que habría cooperación necesaria) o si lo hubiese realizado de todas formas aunque Custodia no le hubiese facilitado la pistola (supuesto en que se trataría de complicidad).

— Participación impropia: la colaboración se realiza con posterioridad a la ejecución del delito, razón por la que se dice que, en sentido estricto, no se trata de una participación —no se puede participar en lo que ya ha acabado—. Se refería al encubrimiento que, como ya señalamos, hoy en día no se regula como forma de participación, sino como delito independiente.

Ej. 15.4: Kiko F. ha matado en una pelea a Manuel Q. Le cuenta lo que ha ocurrido a Francisco H. y le pide que le ayude a esconderse en el monte y le lleve comida, y a deshacerse de la ropa que llevaba puesta y cambiarla por otra, para que no le descubran las fuerzas de seguridad, lo que Manuel Q., que colabora habitualmente con él realizando delitos contra el patrimonio, hace. Se trataría de un supuesto de encubrimiento del art. 451 CP.

II. NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN

Hoy en día nadie duda de que se participa en lo injusto cometido por el autor y no en la culpabilidad del mismo. La participación consiste en cooperar, en colaborar en la ejecución del delito que lleva a cabo el autor, de modo que la participación no es independiente, sino todo lo contrario, la responsabilidad del partícipe dependerá, en cierta medida, de la conducta del autor. Esta idea de dependencia de la participación

respecto de la autoría se denomina «accesoriedad de la participación» y tiene dos facetas:

1) Accesoriedad_cuantitativa: Se refiere al grado de realización del hecho delictivo por parte del autor que es necesario para poder castigar a los partícipes. Salvo los que defienden el carácter independiente de la participación —negando cualquier dependencia de la participación respecto de la autoría—, existe unanimidad doctrinal en exigir un principio de ejecución de la conducta del autor para poder castigar a los partícipes. Así, si el autor no da comienzo a la ejecución del delito, no se podrá castigar a los partícipes, por mucho que estos hayan realizado por completo su conducta —salvo que la misma constituya ya por sí misma un acto preparatorio punible—. La idea que sirve de base a este aspecto del principio de accesoriedad es sencilla: si se participa en la comisión de un delito y un delito sólo existe como tal en el momento en que comienza su ejecución, no podrá haber participación en el delito mientras este no exista —esto es, mientras no se haya dado comienzo a la ejecución del mismo—.

Ej. 15.5: Tomemos una vez más el ejemplo 14.3 en el que Custodia facilita el arma a Miguel para que pueda disparar a Fermín. Puede ocurrir perfectamente que, una vez que Custodia le ha entregado el arma, Miguel decida no seguir adelante con su plan y, por tanto, no disparar sobre Fermín. Al no realizar todavía actos típicos Miguel no podríamos castigar a Custodia, pues no habría hecho típico en el que se hubiese participado —la posible responsabilidad de Custodia por tenencia ilícita de armas en su caso, acto preparatorio castigado como delito autónomo, es irrelevante para la cuestión de su participación en el delito cometido por Miguel—. Podríamos recordar, igualmente, el ejemplo 14.16 sobre la necesidad de regular expresamente la autoría mediata para evitar supuestos de impunidad.

Una vez que se haya comenzado la ejecución del delito, ya se podrá castigar a los partícipes. Ahora bien, teniendo en cuenta que la accesoriedad implica también la dependencia del partícipe respecto de lo que realmente realice el autor, si no se consuma el delito no podrá haber participación más que en un delito en grado de tentativa.

Ej. 15.6: Si en el ejemplo anterior Miguel dispara a Fermín, pero falla, sí podríamos castigar a Custodia como cooperadora necesaria o cómplice —recuérdese lo que dijimos en el ejemplo 15.3— de una tentativa de homicidio o asesinato. Dado que se participa en el hecho que realiza el autor, el grado en el que

quede este es esencial para la responsabilidad del partícipe.

Sólo cuando el autor consuma el delito puede castigarse la participación como participación en un delito consumado.

2) Accesoriedad cualitativa: Va referida a las características, a los elementos del delito que debe presentar la conducta del autor para considerar punibles las conductas de participación. Dicho de otra forma: se trata de saber la medida de la dependencia de la responsabilidad de los partícipes respecto de la del autor. En este sentido existen cuatro teorías:

- a) Accesoriedad mínima: La punición del partícipe sólo requiere que la conducta del autor sea típica.
- b) Accesoriedad limitada: Para poder castigar a un partícipe es necesario que la conducta del autor sea típica y antijurídica.
- c) Accesoriedad máxima: Según este planteamiento solo cuando la conducta del autor sea típica, antijurídica y culpable podrá castigarse a los partícipes.
- d) Accesoriedad extrema o hiperaccesoriedad: La conducta del autor tendrá que ser típica, antijurídica, culpable y punible.

En nuestro país es dominante la idea de la accesoriad limitada, de modo que la conducta del autor debe ser típica y antijurídica para que podamos castigar a los partícipes. Entre los diversos argumentos a favor de esta postura se encuentra el que aduce que los artículos 28, párrafo segundo, y 29 CP se refieren a inducir o cooperar a la ejecución del «hecho», debiendo interpretar el término «hecho» como acción típica y antijurídica.

Frente a ello se ha señalado que el término «hecho» puede interpretarse, sin mayores problemas, como conducta típica y, especialmente, que la accesoriad mínima (la que considera suficiente la tipicidad de la conducta del autor para poder castigar al partícipe) es la que mejor se ajusta a una concepción personal de lo injusto como la que rige en nuestro Código (BOLDOVA PASAMAR). De esta manera, la conducta del partícipe será punible aunque el autor actúe amparado por una causa de justificación, *salvo que concurra una causa de justificación también en la conducta del partícipe*.

Consideramos preferible esta accesoriad mínima, de forma que para castigar al partícipe será suficiente con que la conducta del autor sea típica, no siendo necesario que sea también antijurídica. Como excepción (CEREZO MIR), hay que señalar que el partícipe quedará también impune cuando conozca la concurrencia en la conducta del autor de una causa de justificación.

Las diferencias entre ambas posiciones (la de BOLDOVA y la de

CEREZO) tampoco son tan importantes: dado que en el segundo caso es necesario el dolo del partícipe de colaborar en una conducta justificada, los casos que se resolverán de forma distinta en una y otra concepción, son escasos. En cambio —y esta es la cuestión esencial— con ambas se castigaría al cómplice que colabora en el hecho típico sin saber ni querer a su vez participar en la acción justificante, es decir, sin que concurra en su colaboración un valor de acción. Lo que sin duda es mucho más acorde con el concepto personal de injusto.

III. ELEMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN

La participación en el delito requiere la presencia de una conducta de intervención en el delito —el denominado «elemento objetivo»— y un acuerdo de voluntades entre autor y partícipe —elemento subjetivo—, que hace necesaria la existencia del dolo del partícipe.

1. ELEMENTO OBJETIVO

Suele decirse que la aportación del partícipe, la conducta que supone su participación, su colaboración en el delito, debe suponer una condición para la realización de la conducta típica por parte del autor.

1.1. Participación psíquica

Se plantea el problema, sin embargo, de si admitir participación en los supuestos en que el partícipe no ha puesto siquiera una condición para la realización de la conducta delictiva por parte del autor —los supuestos de participación o complicidad psíquica—.

Ej. 15.7: Diana D. da consejos sobre cómo entrar a la tienda y la hora en que hacerlo a Pepe T., que quiere cometer un hurto.

Dado que dentro de estos supuestos existen algunos que son causales y otros que no lo son, solo los casos en los que no podamos hablar de esa causalidad resultan discutidos. Si no hay una contribución causal no puede decirse que se haya participado en la ejecución del delito, dado que la participación exige que la conducta sea una condición de la concreta forma de realizar la conducta delictiva —de ahí que, por ejemplo, la doctrina dominante exija que la conducta del sujeto facilite la comisión del delito—.

Ej. 15.8: Supongamos que en el ejemplo anterior, Pepe T. empieza a dudar de la comisión del delito. Los ánimos que le da Diana D. hacen que continúe adelante con su decisión. En este

caso parece claro que la conducta de Diana D. ha condicionado la decisión de Pepe T. y, por tanto, estamos ante participación punible.

Ej. 15.9: Supongamos ahora que Pepe T. está tan decidido a cometer el delito que los ánimos que le da Diana resultan absolutamente irrelevantes. Esta irrelevancia llevaría a que la conducta de Diana no se considerase participación punible.

1.2. Participación por omisión

En un primer momento, el Tribunal Supremo no aceptaba la participación por omisión, pues, como ocurre hoy día —art. 29 CP—, la complicidad se definía utilizando el término «actos», lo que para el Tribunal Supremo implicaba un comportamiento activo.

Posteriormente la admite, exigiendo los siguientes requisitos:

1. Elemento objetivo: constituido por la omisión. En la cooperación necesaria debe ser «causal» del resultado típico, mientras que en la complicidad basta con que sea eficaz.
2. Elemento subjetivo: voluntad dolosa.
3. Elemento normativo: el específico deber de actuar que resulta de la posición de garante.

No existe acuerdo doctrinal ni sobre la posibilidad de participación por omisión —pese a que modernamente se admite de forma mayoritaria— ni sobre los requisitos.

En nuestra opinión, sí puede darse una participación por omisión. Para ello será necesario que, por un lado, la omisión haya facilitado la comisión del delito —en estos casos no existirá relación de causalidad—, esto es, que la conducta omitida hubiese impedido o dificultado la comisión del delito y, por otro, que el sujeto ocupe una posición de garante. Debemos recordar que no es suficiente con ocupar una posición de garante y omitir para ser autor de un delito en comisión por omisión. Como ya vimos en la lección 12 se necesitaba, además, la equivalencia de la omisión con la comisión activa en contenido de lo injusto. Por tanto, en los supuestos en que no exista dicha equivalencia podremos acudir a la participación por omisión, siempre que la misma sea equivalente, desvalorativamente, a una conducta de participación.

Ej. 15.10: En los casos de violencia de uno de los cónyuges sobre los hijos del matrimonio, nuestra jurisprudencia suele castigar al otro cónyuge que no impide el maltrato a los hijos comunes como cooperador necesario por omisión. En otras ocasiones lo considera cómplice de un delito de lesiones en comisión por omisión. La caótica jurisprudencia sobre esta

materia pone de manifiesto las dificultades para determinar los distintos requisitos de la participación por omisión.

2. ELEMENTO SUBJETIVO

Como hemos señalado, el elemento subjetivo consiste en el acuerdo de voluntades entre el autor y el partícipe o partícipes, acuerdo que exige, previamente, la existencia del dolo del partícipe, entendido como conciencia y voluntad de participar en la conducta típica del autor.

2.1. El dolo del partícipe

El dolo del partícipe supone que el sujeto conoce y quiere participar en la comisión del delito, siendo suficiente el dolo eventual (que el sujeto haya previsto la posibilidad de que su conducta contribuya a la comisión de un delito y cuente con ello).

Ej. 15.11: Imaginemos que en el tan citado ejemplo 14.3 Miguel le pide a Custodia la pistola, pero no le dice que es para matar a Fermín. Custodia piensa para qué puede querer Miguel su pistola y considera probable que sea para matar a Fermín. Contando con que sea así, le da la pistola a Miguel que mata a Fermín con la misma.

2.2. El acuerdo de voluntades

No es necesario que estemos ante un acuerdo expreso y anterior a la comisión del delito. El acuerdo puede ser expreso o tácito y, además, anterior o simultáneo a la comisión del hecho.

2.3. La teoría del acuerdo previo

Como acabamos de ver, se conceden amplias oportunidades al requisito del acuerdo de voluntades —que puede ser tácito y simultáneo a la comisión del hecho—, que el Tribunal Supremo amplía todavía más —especialmente, como ya señalamos, en el ámbito de la coautoría—. Sin embargo, hay que rechazar enérgicamente la teoría del acuerdo previo, sostenida en su momento por el Tribunal Supremo y que sigue latiendo en muchas sentencias —si bien ahora al amparo de la teoría del dominio del hecho (GARCÍA DEL BLANCO)—.

Según la teoría del acuerdo previo, cuando varias personas se ponían previamente de acuerdo para cometer un delito, todos eran coautores, con independencia de la forma en que cada uno contribuyese a la comisión del mismo.

Incluso el Tribunal Supremo llegó a ir más allá y consideraba a todos coautores cuando uno de ellos se excedía del plan delictivo acordado y

cometía algún delito que no estaba incluido en el plan.

Ej. 15.12: Recordemos el ejemplo 14.29 en el que Marcos, Juan y Miguel han decidido atracar una sucursal de Bankia en Las Rozas. De acuerdo con su plan, Marcos y Juan entrarán en el recinto y Miguel permanecerá fuera, vigilando. Pese a que irán armados han decidido no utilizar las armas. Sin embargo, cuando Marcos y Juan entran en la sucursal, aparece dentro de la misma Fernando T., que trabaja allí como empleado de seguridad. Juan le dispara y le produce la muerte. Según la teoría del acuerdo previo, en su forma más extrema, todos serían autores de un delito de robo con homicidio (figura prevista en el art. 501 CP de 1973).

Esta teoría, duramente criticada, fue abandonada —al menos de forma expresa— por el Tribunal Supremo, aunque sigue latiendo en sentencias relativas, por ejemplo, al delito de lesiones. Eso sí, en estos momentos ya no se responde por el exceso que pueda cometer uno de los codelincuentes. Si existe un acuerdo previo para cometer un delito y uno se excede, cada uno responderá por lo acordado para su forma de contribución al delito, respondiendo del exceso únicamente el que se excedió.

Ej. 15.13: Así, en el ejemplo anterior, el acuerdo sólo abarcaba el delito de robo con violencia o intimidación, que sería de lo que, en su caso, podrían responder —bien en grado de consumación, bien en grado de tentativa—. La responsabilidad de Miguel, que no realiza actos ejecutivos, sería a título de cooperador necesario o cómplice, en función de la importancia *ante* de su aportación, según el plan delictivo —puede verse sobre esta cuestión el ejemplo 14.30—.

IV. LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Como sabemos, en la comisión de un delito pueden concurrir circunstancias agravantes y atenuantes, de forma que se plantea el problema de si es posible extender las que concurren en uno de los codelincuentes a los demás. Esta cuestión es la que se estudia bajo la denominación de «comunicabilidad de las circunstancias».

Ej. 15.14: Carmelo A. ha recibido 30.000 euros por matar a Moncho X. Jaime U. le lleva en coche hasta el lugar desde donde va a realizar el disparo y espera a que termine su trabajo para llevarlo de vuelta a la ciudad. Carmelo A. será autor de asesinato

agravado —art. 139.2 CP—, pues realiza el delito por precio y, además, lo hace con alevosía. El problema se plantea respecto a Jaime U. Partamos de que es cómplice, pero ¿cómplice de qué? ¿De asesinato agravado, en cuanto conoce la concurrencia de la alevosía y el precio —pese a que él no ha cobrado—? ¿De asesinato común —art. 139.1 CP— en cuanto conoce que Carmelo A. actuará con alevosía—? ¿De homicidio simple —art. 138 CP— porque no ha cobrado y desconoce que Carmelo A. cometerá el delito con alevosía? A estas cuestiones responde la comunicabilidad de las circunstancias.

Este problema se encuentra regulado en el art. 65 CP, que, en el fondo, proviene ya del Código penal de 1848.

Art. 65: «**1.** Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurren.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate».

Dejando al margen los elogios que ha recibido el precepto, los ámbitos en que se plantean problemas sobre su aplicación son los siguientes:

1) Tipos agravados y atenuados

El artículo 65 CP resulta aplicable, claro está, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que nuestro legislador ha regulado con carácter general en los arts. 21, 22 y 23 CP, esto es, a las denominadas circunstancias genéricas. Hasta aquí no se plantea ninguna discusión doctrinal. El problema nace cuando se trata de decidir si el precepto es aplicable a las circunstancias atenuantes y agravantes que el legislador ha tenido en cuenta en la Parte Especial para formar tipos agravados o atenuados.

Si aplicásemos el art. 65 CP sería posible que autores y partícipes respondiesen por delitos con un título jurídico distinto, esto es, individualizaríamos las responsabilidades según la concreta situación

de cada uno.

Ej. 15.15: Si podemos aplicar el art. 65 CP, Carmelo A. respondería por asesinato agravado y Jaime U. por complicidad en homicidio, no por complicidad en asesinato o asesinato agravado, de modo que su pena sería sensiblemente inferior.

Sin embargo, si decidimos que el art. 65 CP no resulta aplicable a los tipos atenuados o agravados de la Parte Especial, el principio de unidad del título de imputación y la accesoriedad de la participación, harían que todos los partícipes respondiesen del delito cometido por el autor, esto es, no se individualizarían las responsabilidades y el autor decidiría el delito cometido, por el que también responderían los partícipes.

Ej. 15.16: En este caso, Jaime U. respondería por complicidad en asesinato agravado, pues participaría en el delito cometido por el autor, siendo el autor el que decide el título de imputación —el delito que se atribuye a los codelincuentes—.

De acuerdo con la opinión dominante, debemos aplicar el art. 65 CP en estos casos, pues no solo individualizar responsabilidades es más justo, sino que, además, se adecúa mejor a nuestro Código penal.

Así, el art. 67 CP, que regula el *principio de inherencia*, dispone: «*Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podrían cometerse*». Este artículo, por tanto, señala que las reglas de determinación de la pena en función de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal —materia que regula el art. 66 CP—, no se aplican a las circunstancias agravantes o atenuantes con las que el legislador forma tipos agravados o atenuados, de forma que, *contrario sensu* [en sentido contrario], lo dispuesto en otros artículos, como el art. 65 CP, sí se aplica a las mismas. Si el art. 67 CP sólo excluye el anterior —el art. 66 CP— es porque no quiere excluir la aplicación de los demás.

Por otro lado, si atendemos a la regulación del Código, el asesinato (arts. 139 y 140 CP) se encuentra regulado en el Título I del Libro II del Código penal, que se denomina «Del homicidio y sus formas». Así, el legislador considera el asesinato una mera forma —agravada— de homicidio. Además, a este argumento de naturaleza formal —la sistemática del Código—, puede añadirse que, desde una perspectiva material, el asesinato no es más que un mero tipo agravado del

homicidio doloso. El asesinato no es más que un homicidio doloso realizado con la concurrencia de determinadas circunstancias. En todo asesinato se mata dolosamente a otra persona, lo único que el legislador ha seleccionado determinadas circunstancias para ello. Por tanto, si estamos ante un tipo agravado de otro, no estamos ante delitos distintos, independientes, sino ante agravaciones de un tipo básico.

Ej. 15.17: Así, optaríamos por individualizar las responsabilidades de modo que, pese a que Carmelo A. respondiese por un asesinato agravado —concurren las circunstancias de alevosía y de precio—, Jaime U. respondería en función de su conocimiento de las circunstancias del caso, como cómplice de asesinato u homicidio. Así, el precio, por ser una circunstancia de carácter personal, no se le podría aplicar —el art. 65.1 CP señala que las circunstancias personales sólo se aplican a los sujetos en quienes concurren—. Para considerarlo partícipe en el asesinato sería necesario que conociese que Carmelo A. iba a actuar con alevosía. Si no conocía que la muerte sería alevosa respondería únicamente como cómplice de homicidio, pues las circunstancias ejecutivas del art. 65.2 CP requieren conocimiento para poder ser comunicadas.

2) Delitos especiales

También plantea problemas la aplicación del art. 65 CP a los delitos especiales. Como vimos en su momento —lección 8—, los delitos especiales son aquellos en que solo puede ser sujeto activo la persona que reúne determinadas cualidades o características que exige el tipo en cuestión (como, por ejemplo, ser funcionario en los delitos contra la Administración Pública).

Además, había que distinguir entre delitos especiales propios, que no tienen una figura común paralela —y que, por tanto, solo pueden cometerse por el sujeto idóneo, por el sujeto que tiene las cualidades exigidas por el tipo— y los delitos especiales impropios, que sí tienen una figura común paralela que puede ser cometida por cualquiera.

Ej. 15.18: Recordemos el ejemplo 14.5, donde Ginés T. prestaba a su esposa Sonia O., magistrada, los medios materiales para que dictase una sentencia injusta (prevaricación del art. 446 CP).

Ej. 15.19: Como ejemplo de delito especial impropio podemos utilizar el allanamiento de morada por funcionario público (art. 204 CP), existiendo el allanamiento de morada por particular (art. 202 CP), como figura común paralela.

Pues bien, también en estos casos se nos plantea el problema de si se aplica el art. 65 CP o no.

Para la opinión dominante, el art. 65 CP debe aplicarse también en los delitos especiales impropios, mientras que otro sector doctrinal opina que la naturaleza accesoria de la participación debe llevar a que los partícipes respondan del delito cometido por el autor, sin que deba aplicarse el art. 65 CP.

Ej. 15.20: Carmen L. induce a Martín S., policía nacional, a entrar violentamente en la vivienda de Alfonso R., que no consiente dicha entrada. Según la doctrina dominante Carmen L. respondería de inducción al allanamiento de morada del art. 202 CP, mientras que Martín S. sería autor de un delito de allanamiento de morada cometido por funcionario público del art. 204 CP. La aplicación del art. 65 CP lleva a que se individualicen las responsabilidades, de forma que a Carmen no se le comunique la cualidad de funcionario público de Martín, respondiendo sólo por el delito común. Para el sector discrepante no debería aplicarse el art. 65 CP y, por tanto, Carmen debería responder de inducción a un allanamiento de morada cometido por funcionario público, pues Martín S., autor del delito, es funcionario público y, por tanto, el delito cometido es el allanamiento de funcionario público del art. 204 CP. La cuestión sería exactamente igual si, en lugar de inducción, se tratase de cooperación necesaria o de complicidad.

La cuestión, sin embargo, debe resolverse de forma distinta en los delitos especiales propios, en los que, al no existir una figura común paralela, la individualización de responsabilidad llevaría a la impunidad del partícipe. Pese a que en alguna ocasión así lo hizo el Tribunal Supremo, lo cierto es que en estos casos castiga al partícipe como partícipe en un delito especial propio, lo que, en principio, resultaría contradictorio con su proceder en los delitos especiales impropios.

Ej. 15.21: Recordemos la participación en el delito de prevaricación judicial del ejemplo 15.18. Si quisiésemos individualizar responsabilidades, Ginés quedaría impune, pues no habría figura común de la que pudiese participar, ya que la prevaricación judicial solo puede cometerse por jueces y magistrados.

Nuestra doctrina señala, sin embargo, que la contradicción es meramente aparente, pues en los delitos especiales propios las

características o cualidades del autor que exige el tipo no son una mera circunstancia de atenuación o agravación de la pena, sino elementos que fundamentan lo injusto y, por tanto, están fuera del ámbito de aplicación del art. 65 CP.

Así, el carácter de juez o Magistrado de la persona que dicta la sentencia o resolución injusta (art. 446 CP) es constitutivo de lo ilícito de la prevaricación judicial. No se trata de una circunstancia que agrave un hecho que, en su ausencia, seguiría siendo delictivo, sino que no podemos pensar en la prevaricación judicial sin que la realice un juez o Magistrado, que es quien tiene encargada la función de dictar sentencias o resoluciones y, por tanto, el único sujeto concebible que puede hacerlo. No existe nada similar a una «prevaricación del particular», como resolver injustamente un asunto personal. Las conductas no son ni remotamente similares.

Así lo reconoció nuestro legislador —la jurisprudencia aplicaba hace tiempo una atenuación de la pena— al introducir un párrafo tercero en el art. 65 CP. Según la redacción del art. 65: «**3.** *Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate*».

Pese a los defectos en su redacción —no se trata de circunstancias que fundamentan la culpabilidad, sino que fundamentan ya lo ilícito; no se menciona a los cómplices; la atenuación es meramente facultativa—, la doctrina mayoritaria se muestra de acuerdo con el precepto.

Ej. 15.22: Partamos una vez más del ejemplo 15.18. Supongamos que Ginés induce a su esposa Sonia O., magistrada, a la comisión de una prevaricación judicial. En este caso, aplicando el art. 65.3 CP se podría atenuar la pena de Ginés —que, como inductor, sería la misma que la de su esposa Sonia, autora inmediata individual de la prevaricación—, de forma que recibiese la inferior en grado a la contemplada en el art. 446 CP. Modifiquemos ahora el ejemplo de forma que Ginés y Sonia acuerdan que esta dicte una sentencia injusta, pero siendo esencial que Ginés le preste los medios o cualquier otra clase de cooperación. Si Ginés no presta los medios o no coopera, no se llevará a cabo el delito. Aquí, aplicando el art. 65.3 CP se podría atenuar la pena de Ginés —que, como cooperador necesario, sería la misma que la de su esposa Sonia, autora inmediata individual de la prevaricación—, de forma que recibiese la inferior

en grado a la contemplada en el art. 446 CP.

Finalmente pensemos en el supuesto en que Sonia O. ha decidido llevar a cabo una prevaricación judicial y pide la ayuda de Ginés. Ahora bien, la aportación de Ginés no resulta esencial (Sonia O. cometería el delito con la ayuda de Ginés o sin ella), por lo que Ginés sería cómplice. En este caso no se podría aplicar el art. 65.3 CP. Sin embargo, al ser cómplice, la pena de Ginés ya estaría atenuada respecto a la del autor (art. 63 CP). Es posible que, por esta razón, el legislador no quisiese establecer la posibilidad de una mayor atenuación para el cómplice.

V. FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Como hemos podido ver, nuestro vigente Código penal regula como formas de participación la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. Veamos cada una de estas formas de participación.

1. INDUCTORES

1.1. Concepto y consideraciones generales

El inductor es quien consigue que otra persona adopte la resolución de voluntad de cometer el delito. Debe conseguirlo, además, por medios psíquicos, sin que sea suficiente con crear una ocasión favorable a la comisión del delito, de modo que así el autor adopte la resolución de voluntad de cometerlo.

Ej. 15.23: Quien deja un libro valioso con la intención de que otro se apropie de él no es, como tal, inductor, pues no ha creado la resolución de voluntad. Ha dispuesto una ocasión propicia para que el autor adopte la resolución de voluntad, pero nada más, pues, pese a la existencia de una oportunidad u ocasión favorable, el autor puede prescindir de adoptar la resolución de voluntad de cometer el delito y, de este modo, no cometerlo. La mera creación de una oportunidad deja todo en manos del futuro autor.

Ej. 15.24: Quien ofrece una cantidad de dinero a otro para que cometa un delito no se limita a crear una ocasión favorable, sino que va más allá, despertando, como tal, la resolución de voluntad de cometer el delito, que no existiría sin su colaboración. Aquí se va más allá de la mera creación de una oportunidad —que después queda al albur del posible autor—, pues no se ponen los medios para que, en su caso, el posible

autor pueda decidir cometer el delito, sino que se despierta la decisión de cometer el delito. De ahí que al inductor se le haya denominado autor intelectual o autor moral del delito, en cuanto consigue, despertando su decisión, que otro cometa el delito. Recordemos el ejemplo 15.1.

Pese a la regulación de nuestro Código penal, que en el párrafo 2 letra a) del art. 28 también considera autor al inductor, debemos insistir en que el inductor es un mero partícipe en la conducta delictiva que lleva a cabo otra persona. Sólo es autor a efectos de pena; el vigente Código le considera autor para que se le imponga la pena destinada a éstos (la establecida en la ley para la infracción consumada, según nos decía el art. 61 CP).

Dada la naturaleza de forma de participación de la inducción, la responsabilidad del inductor estará en función de la del autor, como se desprende del principio de accesoriedad de la participación, de forma que si el inducido consuma el delito, el inductor responderá de inducción a un delito consumado —se le impondrá la pena prevista para el autor de la infracción consumada—, mientras que si el inducido no logra consumar el delito, que queda en grado de tentativa, el inductor será castigado como inductor a un delito en grado de tentativa, recibiendo así la pena prevista para el autor de un delito en grado de tentativa (la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para la infracción consumada, según el art. 62 CP).

Ej. 15.25: Recordemos el ejemplo 15.1 en el que Antonio pagaba una cantidad de dinero a Mirka N., mercenario serbio, para que le diese una paliza a Bruno. Si Mirka le da la paliza a Bruno, Antonio sería inductor de un delito de lesiones. Si Bruno se defiende y evita que Mirka le dé una paliza y le cause lesiones, pese a los intentos del mismo, Antonio sería inductor de un delito de lesiones en grado de tentativa.

Por último, si el inducido ni siquiera da comienzo a la ejecución del delito, el inductor quedará impune, pues no está previsto en nuestro Código el castigo de la «tentativa de inducción» que tampoco encaja como forma de provocación del art. 18.1 CP, de forma que rigen las reglas generales —accesoriedad de la participación—.

Ej. 15.26: Supongamos que, por las razones que sean, Mirka ni siquiera intenta golpear a Bruno. La inducción de Antonio sería ineficaz y, dado que él no había previsto cometer el delito, Antonio quedaría impune.

1.2. Requisitos de la inducción.

Como se señala de modo unánime la inducción debe ser directa y eficaz.

1.2.1. Inducción directa

Con este requisito se alude a que la inducción debe ir dirigida a una persona o personas determinadas, para la comisión de un delito concreto. La necesidad, en nuestro Código penal, de que la inducción sea directa excluye la punición de la denominada «inducción en cadena», de forma que el inductor del inductor es impune.

En todo caso, deberá constatarse que se trata de una auténtica inducción en cadena y no de fenómenos relativamente parecidos que, sin embargo, sí pueden ser legítimamente castigados (delincuencia en aparatos jerárquicamente organizados). No actúa así sin embargo nuestro Tribunal Supremo, que suele castigar la inducción en cadena, como el caso en que uno le pide a otro que contrate a un tercero para cometer un delito, el TS castiga como inductores al primero y al intermediario (único verdadero inductor directo). Así STS 212/2007, de 22 de febrero: *«no es impedimento para afirmar la inducción el que hubiera mediado intermediario, ya que puede existir una forma de inducción que se valga de una persona para crear en otro la resolución criminal, sin que a ello obste el que el artículo 28.a) exija que la inducción sea directa, ya que con ello lo que quiere el legislador es que se concrete en un determinada persona (autor) y en un determinado delito, sin que se impida una posible inducción en cadena».*

1.2.2. Inducción eficaz

Como hemos señalado, la inducción, además de ser directa, debe ser eficaz, esto es, debe hacer que el inducido de comienzo al menos a la ejecución del delito. No es necesario que el inducido logre consumar el delito, pero sí que comience su ejecución, pues, en el caso contrario, la inducción será impune —inducción ineficaz—, salvo que cumpla los requisitos de la proposición.

Ej. 15.27: Véase el ejemplo 15.26 con su comentario. Ahora bien, si Antonio había decidido darle él mismo la paliza a Bruno, pero paga a Mirka para que le ayuda a darle la paliza, pese a que finalmente no consiguen golpear a Bruno, sí habría una proposición punible.

1.2.3. El agente provocador

Con la denominación de «agente provocador» se hace referencia a los supuestos del sujeto que provoca la comisión de un delito para poder detener a quien lo comete. Pese a que, como tal, podría tratarse de un particular, normalmente son miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Dado que el agente provocador lleva a que otros decidan cometer un delito, el agente provocador debería ser considerado inductor: Para el sector doctrinal mayoritario, la impunidad del agente provocador deriva de que no quiere que el delito se cometa o, más exactamente, no quiere que el delito se consuma, razón por la que le falta el dolo de la participación —no podemos hablar de conciencia y voluntad de colaborar en la comisión de un delito porque precisamente lo que busca es evitar la producción del mismo, de manera que no actúa dolosamente—.

Pese a que no argumente convincentemente el porqué, el Tribunal Supremo no castiga al agente provocador.

2. COOPERADORES NECESARIOS Y CÓMPLICES

Nos encontramos, otra vez, en el ámbito de la colaboración a la comisión del delito. De lo preceptuado en el Código [art. 28, párrafo 2º letra b) y art. 29], se desprende que nos encontramos ante supuestos en que se contribuye a la realización del delito. En este sentido, tanto cooperación necesaria como complicidad constituyen conductas de contribución a la realización del delito. La diferencia es que en la cooperación necesaria, la contribución debe consistir en un acto «sin el cual no se habría efectuado» el delito, mientras que en la complicidad la propia redacción exige que no se trate de un acto de esas características. El conocimiento de cada una de estas formas de participación hace necesario, por tanto, distinguir entre las mismas, tarea para la que se han propuesto distintas teorías.

2.1. Teorías de distinción

2.1.1. Teoría del caso concreto

Según este criterio, el cooperador necesario, con su conducta, pone una condición sin la que el delito no se hubiese realizado o, en otro caso, pone una condición sin la que el delito se habría realizado de modo diferente.

Ej. 15.28: Recordemos otra vez el ejemplo 14.3. Custodia da la pistola que utiliza Miguel para disparar y matar a Fermín. Si atendemos al caso concreto, resulta claro que Custodia sería cooperadora necesaria, pues sin la entrega que hizo de la pistola,

el resultado no se habría producido o no del mismo modo.

El principal problema de esta teoría es que apenas dejaría espacio para la complicidad, pues sólo podrían incluirse en la misma las conductas que ni siquiera supusieran una condición de la comisión de un delito, como algunos supuestos de complicidad psíquica —cuya punición, por otro lado, resulta sumamente discutible, como ya vimos—.

Para evitar estos problemas se plantearon variantes de la teoría:

— ANTÓN ONECA propuso que la necesidad se refiriese a la producción del resultado y no a las modalidades de la acción, de modo que cooperador necesario sería quien pone una condición sin la que el resultado no se habría producido, mientras que el cómplice sería el que pone una condición que afecta únicamente al modo o forma de realización del delito.

— RODRÍGUEZ MOURULLO, en la misma línea, propuso considerar cooperación necesaria a la colaboración de la que depende la comisión del delito, siendo mera complicidad la colaboración de la que depende únicamente la forma de comisión del delito.

El problema de ambos criterios, que pretenden evitar que la complicidad quede vacía, es el mismo: centrarse en el desvalor del resultado, menospreciando la importancia que en el Derecho penal tiene el desvalor de la acción.

2.1.2. Teoría abstracta

Según este planteamiento, hay que prescindir del caso concreto y averiguar si la forma de cooperación es, en general, necesaria para la comisión del delito o no. Si lo fuese, estaríamos ante cooperación necesaria, siendo complicidad el supuesto contrario. Esta teoría, de forma contraria a la anterior, deja sin contenido la cooperación necesaria, pues parece difícil pensar en conductas que, fuera de las circunstancias del caso concreto, sean necesarias, absolutamente, para la comisión de un delito. Se ha señalado, además (CEREZO MIR), las dificultades de prueba que plantearía la demostración de si otra persona hubiese podido o no realizar la conducta de cooperación y también la incorrección de hacer depender la responsabilidad de una persona no de su efectiva aportación, sino de lo que el autor hubiese podido o no conseguir.

Ej. 15.29: Por seguir con el ejemplo 14.3, parece difícil partir de la base de que sólo con la pistola que le entrega Custodia podía Miguel matar a Fermín. Dado que no es difícil imaginar formas

alternativas, deberíamos concluir que Custodia sólo sería cómplice.

2.1.3. *Teoría de los bienes escasos*

Formulada por GIMBERNAT ORDEIG, la misma señala que una conducta será cooperación necesaria si era difícil de conseguir («bien escaso»), mientras que si el autor podía conseguir fácilmente la misma («bien abundante») estaríamos ante complicidad.

Ej. 15.30: Pensemos, una vez más, en el ejemplo 14.3 en el que Custodia facilita la pistola a Miguel para que mate a Fermín. Así, dado que conseguir una pistola no suele resultar fácil, la conducta de Custodia sería cooperación necesaria, pues se trataría de un bien escaso.

A esta teoría se le ha objetado lo siguiente:

- Abandonar el enfoque causal de la figura del cooperador necesario.
- Inexistencia de relación entre la importancia de la contribución y la mayor o menor facilidad de su consecución (su abundancia o escasez).
- Dependencia del medio social del autor del delito.

2.1.4. *Teoría relativa de los bienes escasos*

Se trata de una teoría con importantes puntos de contacto con la anterior pues también tiene en cuenta si era fácil o difícil conseguir la colaboración, pero restringiéndolo al marco de los codelincuentes (RODRÍGUEZ DEVESA). Así, si la contribución que prestó el sujeto podría haberla prestado otro de los codelincuentes que participaron en el delito, estaríamos ante complicidad; en otro caso, estaremos ante cooperación necesaria.

Pese a que no se abandona el enfoque causal, le podemos aplicar las demás objeciones hechas al criterio de los bienes escasos. Además, de nuevo la responsabilidad depende de lo que pudiesen hacer otros y no sólo de lo que uno hizo.

Ej. 15.31: Utilicemos el propio ejemplo que usaba RODRÍGUEZ DEVESA. El médico que extiende la receta con la que se obtiene el veneno para producir la muerte sería cooperador necesario, pues se trata de una conducta que el resto de codelincuentes no pueden suplir. Sin embargo, el que va a la farmacia sería mero cómplice, pues se trata de una conducta que podría realizar cualquiera de los demás codelincuentes.

2.1.5. Negación de la distinción

El escaso éxito de las teorías que buscan diferenciar entre cooperadores necesarios y cómplices ha llevado a algunos autores (CEREZO MIR) a considerar la distinción una tarea irresoluble, que pone de manifiesto el carácter obsoleto de la figura del cooperador necesario —que desapareció de los códigos europeos a finales del siglo XIX—. Así, se propone la desaparición del cooperador necesario y el establecimiento de una atenuación solo facultativa para el cómplice, que ofrecería la posibilidad de castigar a los partícipes que así lo mereciesen con la pena del autor, pero de modo técnicamente correcto —como hemos señalado, en nuestro Código, a tenor el art. 63, el cómplice recibe siempre, de modo obligatorio, la pena inferior en un grado a la del autor, pues la atenuación es obligatoria y no potestativa—.

2.2. Toma de postura

Sea cual sea la opinión que se mantenga de *lege ferenda* sobre el cooperador necesario, lo cierto es que, con el Código vigente, hay que diferenciarlo del cómplice, pues lo exige el Código penal, donde la distinción tiene importantes consecuencias —baste recordar que al cooperador necesario se le impone la pena de los autores, mientras que al cómplice se le impone la pena inferior en un grado—.

Aquí es donde pueden ser de utilidad reflexiones utilizadas por nuestra doctrina con otras finalidades, como la distinción entre el cooperador necesario con dominio funcional del hecho —coautor, por tanto, para esos enfoques— y el cooperador necesario que no tiene dicho dominio funcional —mero partícipe—. Así, para otorgar al cooperador necesario el dominio funcional del hecho —de forma que se le considera coautor, lo que no es más que otra forma de destacar la importancia de su contribución al delito— se parte de una perspectiva *ex ante* —anterior a la comisión del delito— y se pide que la contribución del mismo, que debe realizar durante la fase de ejecución, sea esencial para la comisión del delito según el plan de los autores. Si, con estos datos, la aportación del sujeto era tan importante que sin ella el delito no se realizaría estaríamos ante un cooperador necesario con dominio del hecho y, por tanto, coautor.

Aquí rechazamos la idea del dominio funcional del hecho y, así, la posibilidad de que el cooperador necesario sea coautor. Sin embargo, las ideas anteriores, con algún pequeño matiz, nos parecen perfectamente válidas para distinguir entre cooperadores necesarios y cómplices. Dado que la distinción se basa en el carácter esencial o no de la aportación, la forma de decidir sobre dicho carácter esencial coincide, sustancialmente, con los razonamientos que acabamos de ver: para saber si estamos ante un acto sin el que el delito no se habría

efectuado (cooperación necesaria) o, por el contrario, una mera contribución anterior o simultánea al delito, pero sin la cual se hubiese podido realizar el mismo (complicidad), partiremos de una perspectiva *ex ante* y buscaremos conocer si, según el plan de los autores, la colaboración era una tarea tan importante que sin la misma no se hubiese realizado el hecho. En este caso, estaremos ante cooperación necesaria. Si *ex ante* y según el plan delictivo la cooperación no condicionaba de tal forma la comisión del delito, esto es, si el mismo se hubiese realizado igual, estaremos ante complicidad. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que ya no hay por qué exigir que la aportación del cooperador necesario consista en una colaboración simultánea a la ejecución. Al no buscar ya establecer ningún dominio funcional del hecho, no es necesario restringir la colaboración a actos simultáneos a los ejecutivos. La importancia de la contribución depende más de su significado según el plan de los autores que del momento temporal en que se presta. De esta forma, el cooperador necesario podrá actuar también en la fase preparatoria.

Ej. 15.32: Recordemos el ejemplo 14.29. Marcos, Juan y Miguel han decidido atracar una sucursal de Bankia en Las Rozas. De acuerdo con su plan, Marcos y Juan entrarán en el recinto y Miguel permanecerá fuera, vigilando. Tal y como señalamos en la variante del ejemplo 14.30, si los propios Marcos y Juan consideran tan importante que Miguel vigile, de forma que, en otro caso, no llevarían a cabo el delito, Miguel sería cooperador necesario, dado el carácter esencial de su colaboración.

Ej. 15.33: Volvamos al ejemplo anterior, pero partiendo ahora de la base de que la vigilancia de Miguel no es algo esencial para Marcos y Juan. Prefieren que Miguel vigile pero, en otro caso, también llevarán a cabo el delito. Dado el carácter no esencial que en este caso tiene su aportación, Miguel será cómplice.

Ej. 15.34: Recordemos el ejemplo 14.28: Patxi Z. prepara una bomba que Anta V. colocará en un sitio determinado. Patxi es cooperador necesario pues, pese a participar en la fase preparatoria del delito, no cabe duda de que su aportación es esencial.

VI. PARTICIPACIÓN Y DELITOS IMPRUDENTES

El finalismo, tradicionalmente, ha partido de un sistema unitario de autoría en el delito imprudente, considerando autor, sin más, a cualquiera que realiza una conducta que no observaba el cuidado

objetivamente debido (así WELZEL, CERESO MIR).

Desde esta perspectiva rechazaba la posibilidad de que existiese participación imprudente (ya fuese en un delito doloso o en un delito imprudente) o participación en un delito imprudente (ya fuese dicha participación dolosa o imprudente).

Aquí, pese a partir de un concepto finalista de acción y de injusto, creemos que no cualquier conducta imprudente supone, sin más, una conducta de autoría. ¿Cómo repercute este planteamiento en la cuestión de la participación imprudente?

Se distinguen tres supuestos en la doctrina, que hay que analizar por separado:

1. PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE EN DELITO IMPRUDENTE

Como ya vimos al rechazar la posibilidad de coautoría imprudente, no puede darse un acuerdo de voluntades dirigido a la realización de lo injusto de un delito imprudente de resultado —desvalor de acción y desvalor de resultado—. Por esta razón, por tanto, no puede haber participación imprudente en un delito imprudente.

Esta solución no supone contradicción alguna con el rechazo a un sistema unitario de autoría en los delitos imprudentes, pues una cosa es que, contemplada materialmente, una conducta sea de mera participación —en cuanto favorece o supone una colaboración, objetivamente, con la del autor— y otra cosa es que se cumplan los requisitos para hablar de participación en sentido estricto —requisitos que no son sólo objetivos—. Recordemos que, en su momento, ya señalamos que las conductas que favorecían la actuación de un tercero (las conductas de «participación» imprudente) eran atípicas en nuestro Derecho penal, dando lugar, en su caso, a responsabilidad por un ilícito administrativo.

Otros autores consideran que es posible la participación imprudente en un delito imprudente, pues basta con ponerse de acuerdo en la realización de una conducta que no responda al cuidado objetivamente debido, lo que, claro está, es perfectamente posible. Cuestión distinta y también discutida es si, además de ser posible —a lo que se responde mayoritariamente que sí—, es punible en nuestro Código —sobre lo que existen también diversas opiniones—.

2. PARTICIPACIÓN DOLOSA EN DELITO IMPRUDENTE

Una vez más negamos que pueda darse este supuesto, pues la

participación, como hemos visto, requiere que exista en el autor la decisión de realizar el hecho (el dolo), lo que, por definición, falta en los delitos imprudentes en los que el autor no quiere que se produzca el hecho (sea porque lo ha previsto pero confía en su no producción, sea porque no lo ha previsto aunque podía hacerlo) y, por tanto, actúa sin dolo.

Además, el principio de accesoriedad impediría castigar al autor por un delito (el tipo imprudente) y al partícipe por otro delito distinto (el tipo doloso).

Los supuestos de participación dolosa en delito imprudente serán, normalmente, casos de autoría mediata de un delito doloso con un instrumento que actúa imprudentemente.

Ej. 15.35: Guillermo G., médico, tiene como paciente a Rosa Z. con cuya vida quiere acabar. Para ello le dice a Matilde V., enfermera, que le inyecte una dosis excesiva —de lo que no se da cuenta Matilde— de morfina, a consecuencia de la cual Rosa Z. fallece. Matilde V. habrá actuado de modo imprudente —en cuanto pudo darse cuenta de que la dosis era excesiva— y, así, cometido un homicidio por imprudencia. Sin embargo, parece claro que estamos ante un caso de autoría mediata en el que Guillermo instrumentaliza a Matilde para conseguir su fin, y no ante una participación dolosa en un delito imprudente.

3. PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE EN DELITO DOLOSO

Una vez más no se dará, en este caso, un acuerdo de voluntades y, por tanto, el dolo del partícipe. Ahora bien, ello tampoco significa que estemos ante autoría de un delito imprudente, pues, como hemos visto, no todo aquel que realiza una conducta que no responde al cuidado objetivamente debido es autor.

Ej. 15.36: Recordemos nuevamente el ejemplo 11.15, utilizado como ejemplo 14.12 un poco más arriba. Supongamos, ahora, que el cliente busca precisamente ese fármaco porque quiere, precisamente, matar a su hijo administrándoselo, tal y como hace posteriormente. La conducta descuidada del farmacéutico —el medicamento debe suministrarse con receta y él lo ha hecho sin ella— ha contribuido, sin duda, a que el cliente pueda dar muerte a su hijo, pero no es una participación imprudente, dado que no hay acuerdo de voluntades entre el farmacéutico y el cliente. Sin dicho acuerdo, no puede haber participación. Y, como

vimos, la conducta del farmacéutico tampoco era de autoría imprudente, por no ser su infracción de cuidado la conducta típica del homicidio imprudente. El farmacéutico solo habrá cometido un ilícito administrativo al despachar sin receta.

VII. LA CODELINCUENCIA EN LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

El artículo 30 del Código penal vigente contiene una regulación específica para los delitos que se cometan a través de los medios o soportes de difusión mecánicos.

Art. 30: «**1.** *En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.*

2. *Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:*

1º. *Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.*

2º. *Los directores de la publicación o programa en que se difunda.*

3º. *Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.*

4º. *Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.*

3. *Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior».*

1. FUNDAMENTO DE LA REGULACIÓN

Estamos ante una regulación específica cuya existencia suele reconducirse a una combinación de dos principios:

1. Principio de limitación: se trata de reducir el círculo de personas responsables, pues la vigencia de las reglas generales sobre autoría y participación ampliaría en exceso su número, en detrimento del derecho fundamental a la libertad de expresión e información.

2. Principio de efectividad: como contrapunto a la idea anterior se busca que siempre haya un responsable, estableciéndose para asegurarlo —en la medida de lo posible— un sistema de responsabilidad en cascada.

Frente a este sistema se menciona como alternativa el criterio del gerente responsable, a tenor del cual responden siempre el autor y el responsable de la publicación, programa o empresa —que, por supuesto, deberá actuar con dolo o imprudencia—.

2. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA

De forma muy sintética podemos apuntar las siguientes notas:

1) La responsabilidad queda limitada a los autores en el sentido del art. 28 CP: autores en sentido estricto (autor inmediato individual; coautores y autores mediatos) y los que son considerados autores (inductores y cooperadores necesarios), pese a que, como sabemos, son, en el fondo, participes.

Así, los directores a que hacen referencia los números 2º (director de la publicación o programa), 3º (director de la empresa editora, emisora o difusora) y 4º (directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora) del art. 30 CP, deberán ser inductores o cooperadores necesarios para poder responder penalmente.

2) Responsabilidad en cascada, de forma que sólo se puede perseguir a unas personas en defecto de otras. Si es posible, por ejemplo, perseguir a los que realmente han redactado el texto o a quienes les hayan inducido, no podría perseguirse a los directores de la publicación o programa en que se difunda. Así, poder perseguir a una persona implicará que no podría perseguirse a las que se encuentren en los números anteriores.

Ej. 15.37: Así, si se persigue al director de la empresa editora, debe quedar claro que no podía perseguirse ni a las personas mencionadas en el número primero (quienes realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate y quienes les hayan inducido a realizarlo) ni en el número segundo (directores de la publicación o programa en que se difunda).

La responsabilidad en cascada no implica, en modo alguno, responsabilidad objetiva y, por tanto, una vulneración del principio de culpabilidad, pues cualquiera de las personas a que

hace referencia el artículo podrá invocar, para quedar exento de responsabilidad criminal, una causa de exclusión de la culpabilidad (sea la inimputabilidad, sea el error de prohibición o incluso causas de exculpación como el estado de necesidad —en determinados supuestos— o el miedo insuperable).

3) El régimen es aplicable no sólo a los delitos que se cometen a través de los medios de comunicación social, sino también a los que realicen a través de medios de difusión mecánicos (CD, DVD, por ejemplo), lo que resulta lógico por las innovaciones tecnológicas. Se discute también su aplicación a las publicaciones en Internet —mostrándose a favor una parte de la doctrina, pese a que no se trate de un medio de difusión «mecánico»—.

LECCIÓN 16. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

I. EL DELITO COMO ACCIÓN ANTIJURÍDICA. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: SISTEMÁTICA

1. LOS EFECTOS DE LA APRECIACIÓN DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Como ya vimos al tratar el tema de la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad en la lección 8, se sigue aquí la concepción de que toda acción típica es antijurídica si no concurre una causa de justificación. Si concurre una causa de justificación la conducta sigue siendo típica pero no es antijurídica, sino lícita; conforme a Derecho. Las causas de justificación llevan implícito un precepto permisivo que interfiere las normas subyacentes a los tipos, dando lugar a que la realización de la conducta típica (en los delitos de acción) o la no realización de la conducta típica (en los delitos de omisión) sea lícita (CEREZO). La realización de la conducta justificada supone, como veremos, un valor que compensará el desvalor que comportaba la conducta típica. Por tanto, las causas de justificación compensan el desvalor del hecho haciendo que sea lícito a pesar de su tipicidad.

Al ser la conducta lícita, permitida, las causas de justificación excluyen no solo la responsabilidad penal, sino también la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito, lo que no significa que en algunos supuestos no siga existiendo responsabilidad civil, pero esta no se

deriva de un hecho ilícito, sino de otros principios que la hacen surgir, como la gestión de negocios ajenos o el enriquecimiento sin causa.

Ej. 16.1: Así, para el caso de actuación en estado de necesidad justificante, el art. 118.1.3 CP dispone que no será responsable civil el autor sino: *«las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado»*.

Las causas de justificación eliminan también la posibilidad de imponer medidas de seguridad, ya que la comisión de un delito, en el sentido de conducta típica y antijurídica, es siempre un presupuesto para su imposición.

2. SISTEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La mayoría de las causas de justificación previstas en nuestro Código penal están definidas en el catálogo de eximentes del artículo 20: la legítima defensa, el estado de necesidad cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar y el obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Algunas otras se hallan sin embargo reguladas en la Parte Especial, pues afectan a un delito o grupos de delitos en particular. Es el caso de la *exceptio veritatis* en las injurias:

Art. 210 CP: *«El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas»*.

O del consentimiento en las lesiones:

Art. 156 CP: *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales»*.

La eficacia del consentimiento como causa de justificación presenta peculiaridades pues, además de estar expresamente prevista para algunos delitos, la doctrina le atribuye dicha eficacia justificante en otros delitos sin que la ley lo establezca expresamente, mientras que, por último, existen otros casos en los que el consentimiento excluye ya la tipicidad de la conducta, como se verá al estudiar esta eximente.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN CONFORME A SU FUNDAMENTO Y CONFORME A SU ESTRUCTURA TÍPICA

La doctrina ha intentado clasificar las causas de justificación conforme a su fundamento, distinguiendo aquellas que se basarían en el principio de la ausencia de interés, como el consentimiento, de aquellas otras cuyo fundamento residiría en el principio del interés preponderante. Frente a esta distinción también hay autores que defienden que todas las causas de justificación se basan en un interés o valor preponderante (o en una ponderación de intereses o de valores). Por último otros defienden que el fundamento de las causas de justificación es mucho más complejo, ya que en él se entrecruzan diversos principios.

En realidad, cualquiera de estas posturas es defendible dependiendo de cómo se entienda la ponderación de intereses o valores.

Ej. 16.2: Así, la legítima defensa no puede explicarse adecuadamente conforme al interés preponderante si solo consideramos como intereses en juego los bienes respectivamente lesionados o defendidos, pero la cosa cambia si se incluye entre los intereses a ponderar, junto con el bien jurídico defendido, la protección del ordenamiento jurídico.

Ej. 16.3: Para explicar el fundamento del consentimiento como causa de justificación también sería posible acudir al criterio de la ponderación de intereses (y no al de la ausencia de interés), siendo aquí el interés o valor preponderante el de la libertad de la voluntad frente al del bien jurídico protegido.

Por todo lo dicho vamos a renunciar a un intento de sistematización de las causas de justificación en torno a su fundamento. Nos parece más importante que el estudiante aprenda el fundamento de cada una de ellas al estudiarlas en particular.

Sin embargo, sí resulta imprescindible para poder explicar después el funcionamiento de las causas de justificación hacer referencia a su clasificación conforme a su estructura típica.

Como veremos a continuación, al igual que existen tipos de lo injusto a los que subyace un mandato (delitos de omisión) o una prohibición de actuar (delitos de acción), existen tipos de justificación, a los que subyace una autorización de actuar de determinada manera en ciertas circunstancias. Los tipos de las causas de justificación contienen, igual que los tipos de lo injusto, elementos objetivos y elementos subjetivos, y en atención a la congruencia entre las partes objetiva y subjetiva del tipo de justificación podemos distinguir:

A) Tipos incongruentes

En ellos la parte subjetiva del tipo de justificación excede a la parte objetiva, es decir, lo querido por el sujeto va más allá de lo que efectivamente tiene que realizar para que se aprecie la justificación. Aquí el tipo subjetivo de la causa de justificación, la finalidad justificante, ha quedado resaltado por el recorte del tipo objetivo, dando lugar de esta manera a causas de justificación de resultado cortado y mutiladas de varios actos. El legislador acude a esta estructura con el fin de adelantar los efectos justificantes a un momento anterior al de la producción del resultado valioso. La finalidad es promover la realización de la acción justificante, ya que la penalización que supondría no apreciar la eximente completa en caso de frustración del fin salvador podría desincentivar el emprendimiento de estas acciones de salvación.

Ej. 16.4: La legítima defensa o el estado de necesidad justificante son tipos de justificación de resultado cortado. El tipo exige actuar para defender la persona o derechos propios o ajenos de una agresión ilegítima, en el primer caso, o para evitar un mal propio o ajeno mayor que el que se causa en el segundo. Pero el tipo objetivo no exige en ninguno de los dos la efectiva consecución de los resultados de salvación del bien o de evitación del mal cuya persecución sin embargo sí integra el tipo subjetivo.

Ej. 16.5: Como ejemplo del ejercicio legítimo de un derecho podemos citar la detención de un delincuente por un particular, que puede realizarse en los casos previstos en el art. 490 de la LECrim, pero siempre, conforme al art. 496 de la misma ley, que la detención se realice con la intención de ponerle a disposición judicial. Estamos ante una causa de justificación mutilada de varios actos, pues la detención, para estar justificada, debe cometerse con la intención de realizar a continuación una segunda conducta: poner al sujeto a disposición judicial. Si se detiene al delincuente con otro fin, como cobrar un rescate, o

castigarle uno mismo, ya no se dará la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho. Sin embargo, la detención está justificada en el mismo momento en que se produce con tal fin y aunque después el sujeto no consiguiera realizar la segunda conducta, por ejemplo porque el delincuente lograra escapar antes. El tipo objetivo no comprende la efectiva realización de esa segunda conducta con cuya intención sin embargo debe ser realizada la primera.

[Delitos de resultado cortado: la parte subjetiva requiere la voluntad dirigida a la producción del resultado, sin embargo, la parte objetiva no necesita de que se produzca ese resultado para que se considere cometido el tipo (el delito). Aquellos en los que se tipifica una acción con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado posterior, que el tipo no requiere que se llegue a realizar: Tortura para conseguir una confesión; falsificación de moneda para ponerla en distribución.

Delitos mutilados de varios actos: aquí es al revés, sólo se exige un trozo, o varios, de la parte objetiva, pero la subjetiva debe incluir la voluntad de llegar a la lesión del bien jurídico. La tentativa inacabada y los actos preparatorios son estos tipos de delitos; con lo cual la causa de justificación se acorta, a diferencia de la anterior, hasta dónde se haya producido lo conseguido por el sujeto y que por diversas causas no se ha llegado a conseguir.]

B) Tipos congruentes

La parte subjetiva abarca toda la parte objetiva del tipo y coincide con ella. El legislador utiliza esta estructura allí donde no quiere promover la realización de la conducta, sino que solo la tolera cuando da lugar a un resultado positivo.

Ej. 16.6: El consentimiento como causa de justificación o la *exceptio veritatis* [es la facultad que se otorga al autor del delito de injurias para que pruebe la verdad de sus afirmaciones] en las injurias son causas de justificación de estructura típica congruente.

En realidad, en ambos modelos el tipo subjetivo en su conjunto es el mismo, la voluntad de actuar, la finalidad justificante, lo que sucede es que en el primero una parte del mismo queda destacada por un recorte del tipo objetivo y en el segundo no.

II. EL TIPO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. ELEMENTOS

OBJETIVOS Y ELEMENTOS SUBJETIVOS

Como hemos anunciado, los tipos de las causas de justificación contienen, igual que los tipos de lo injusto, elementos objetivos y elementos subjetivos. Al tipo de la causa de justificación subyace una autorización de realizar determinada conducta. Los elementos objetivos del tipo, por lo general, definirán la situación en la que está permitido actuar y las características externas de la acción justificada. Y de la misma manera que la finalidad (conciencia y voluntad) referida a la realización de los elementos objetivos del tipo constituye el dolo y es considerado un elemento subjetivo de lo injusto, la finalidad configuradora de la acción justificada, es decir, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos de la causa de justificación, configurará el elemento subjetivo de justificación. Dentro de este elemento subjetivo de justificación, en aquellas causas de justificación de resultado cortado y mutiladas de varios actos, que como hemos visto son la mayoría, podemos distinguir todavía la parte de la finalidad de actuar que es congruente con el tipo objetivo recortado, a la que llamaremos «*dolo de justificación*» y la finalidad que trasciende al tipo objetivo, que va más allá de este, referida al resultado valioso, a la que llamaremos «*elemento subjetivo de justificación trascendente*».

Ej. 16.7: Así, por ejemplo, en el estado de necesidad justificante el elemento subjetivo comprende la conciencia y voluntad del sujeto de actuar para evitar un mal mayor propio o ajeno que el mismo no ha provocado intencionadamente, lo que incluye la conciencia de la situación de necesidad y la voluntad trascendente de evitar con su intervención el mal.

Ej. 16.8: Y en la legítima defensa el elemento subjetivo comprende la conciencia y voluntad de obrar en defensa de la persona o derechos propios o ajenos frente a una agresión ilegítima mediante el uso de medios racionalmente necesarios para impedir la o repelerla, lo que incluye la conciencia de la existencia de una agresión ilegítima, de la necesidad de defensa, la conciencia y voluntad de elegir un medio racionalmente necesario para repelerla (quien sabe que se excede ya no se está defendiendo, sino atacando) y la voluntad trascendente (porque va más allá del tipo objetivo) de con ello librar al bien jurídico del ataque.

De la misma manera que durante años se negó la existencia de elementos subjetivos en lo injusto, también ha sido grande la oposición en la doctrina al reconocimiento de elementos subjetivos en

la justificación. Muchas veces se negó todo elemento subjetivo, otras solo la existencia de estos elementos subjetivos trascendentes, por varios motivos. En ocasiones por confundirlos erróneamente con móviles (innecesarios en la justificación), con una intención directa de primer grado (lo que tampoco es correcto, por comprender el elemento subjetivo de justificación cualquiera de los grados de voluntad que estudiamos al hablar de las clases de dolo —directo de primer o segundo grado o eventual—), o por confundirlos también erróneamente con la conciencia de la licitud de la conducta. Otras veces se rechazan simplemente por no haber comprendido la estructura de resultado cortado de la mayoría de las causas de justificación. El elemento subjetivo de justificación, que no es otra cosa que la finalidad en la acción justificante, paralela por tanto al dolo en lo injusto, es compatible con otros fines simultáneos o incluso con móviles que en realidad son irrelevantes tanto para lo injusto típico como para lo justificante.

Ej. 16.9: Manolo obra con el elemento subjetivo que exige la legítima defensa cuando, viendo que Pedro, su mayor enemigo, agrede ilegítimamente a Carmen actúa para defenderla eligiendo los medios racionalmente necesarios para ello, aun cuando con su acción defensiva al mismo tiempo persiga la satisfacción personal de lesionar a Pedro, a quien odia.

Ej. 16.10: Enrique actúa con el elemento subjetivo del estado de necesidad justificante cuando toma sin pedir permiso un coche ajeno que ve aparcado frente a su casa, para llevar a su vecino gravemente accidentado al hospital, aunque su fin directo sea conducir el maravilloso coche ajeno, siempre que llegar al hospital y salvar la vida del accidentado sea una consecuencia secundaria necesariamente unida a su fin principal —aquí entra en el ámbito de lo querido por él— o no necesariamente unida, pero tampoco absolutamente improbable con la que cuenta —por lo tanto también integrada en su voluntad—.

En la actualidad, en paralelo a los intentos de normativización de lo injusto que vimos en las lecciones anteriores, también se ha intentado una objetivización de la justificación. Estas corrientes rechazan la exigencia de elementos subjetivos trascendentes, sustituyendo la intención referida al resultado o a la realización de actos posteriores por la idoneidad de la acción. Estas posturas plantean numerosos problemas, de los que destacamos los siguientes:

1. La inclusión de un elemento que no está expresamente recogido en el tipo de la causa de justificación, como es la idoneidad de la conducta para producir el resultado valorado —paralelo al requisito de la peligrosidad de la conducta que se exige en el tipo de lo injusto—, supone una interpretación restrictiva contraria al reo.

Ej. 16.11: Así, por ejemplo, quien intenta defenderse de alguien ostensiblemente más fuerte con unos golpes que objetivamente son inidóneos para frenar la agresión, además de recibir una paliza sería castigado por las lesiones que hubiera ocasionado al agresor en su fallido intento de defenderse, pues su conducta, por ser inidónea para salvarle, no estaría, según estas posturas, justificada.

2. La absoluta objetivación de lo justificante, al igual que la de lo injusto, solo es posible en situaciones de tentativa acabada, pues solo en ellas es posible apreciar de forma objetiva la idoneidad o la peligrosidad de la acción, es decir, apreciar su capacidad para producir un resultado sin tener en cuenta necesariamente la voluntad de actuar del sujeto, la finalidad (elementos subjetivos). Por ello, esta construcción falla cuando se enfrenta a las causas de justificación mutiladas de varios actos. En ellas no es posible definir lo justificante con criterios meramente objetivos. Y no resulta coherente que en una causa de justificación mutilada de varios actos se deba reconocer necesariamente como elemento de lo justificante un elemento subjetivo consistente en una determinada voluntad de actuar, una finalidad (elemento subjetivo —con independencia de que además después se exija la idoneidad objetiva de dicho plan—), y ese elemento subjetivo desaparezca como fundamento de lo justificante cuando la ejecución ha avanzado hasta la situación de tentativa acabada.

Ej. 16.12: Un particular detiene a un delincuente que se ha fugado del establecimiento penal en que se hallaba cumpliendo condena. En ese mismo momento el ordenamiento tiene que decir si la acción es un delito de detenciones ilegales o si por el contrario se encuentra justificada por el ejercicio

legítimo del derecho a detener a otro en las circunstancias previstas por la ley, pues, entre otras cosas, si la conducta no fuese lícita desde su comienzo, cabría contra ella legítima defensa y cualquiera podría evitar la detención. Pero, como hemos visto la licitud de la detención depende de que el sujeto detenga con la intención de poner a disposición judicial. Esto es imposible determinarlo de manera objetiva, sin tener en cuenta la intención del sujeto. Cuando se produce la detención no podemos conocer su idoneidad objetiva para devolver al delincuente a la prisión, ya que ello dependerá de la voluntad de actuar del sujeto (un elemento subjetivo). Si su intención es llevarlo a un zulo y pedir un rescate a su familia, la detención no estará justificada.

No pertenecen al tipo de lo justificante determinados requisitos introducidos en la definición legal de una causa de justificación que no hacen referencia a la conducta valiosa que el ordenamiento promueve o tolera con la intención de salvaguardar un interés preponderante, sino a determinados límites introducidos por motivos político criminales. Al no tratarse de elementos objetivos del tipo de lo justificante, el elemento subjetivo tampoco necesita extenderse a los mismos.

Ej. 16.13: Así por ejemplo, en la legítima defensa, el requisito de la falta de provocación suficiente por parte del defensor (en los casos en los que la provocación no supone ya la falta de necesidad de defensa) es un elemento que no pertenece al tipo de lo justificante, pues no pertenece al fundamento de la causa de justificación: la defensa de los bienes jurídicos y del ordenamiento. Pero puede entenderse que el Derecho no permite que se erija en defensor del ordenamiento quien provocó la infracción del mismo (CEREZO) y que por ello se impone esta condición objetiva de justificación. Al no pertenecer al tipo de lo justificante no tiene por qué estar abarcada por el elemento subjetivo de la causa de justificación y puede faltar aunque este concorra, dando lugar a la aplicación de una eximente incompleta.

Las causas de justificación son aplicables tanto a los delitos dolosos como a los delitos imprudentes y en ambos casos deben concurrir tanto sus elementos objetivos como sus elementos subjetivos.

Ej. 16.14: Mariano, único médico de un pequeño pueblo que se encuentra a 60 km de la población más cercana, es avisado por teléfono por un pastor de que se ha producido un gravísimo accidente a 10 km de la localidad y hay heridos que necesitan de una intervención inmediata para no morir desangrados. El médico coge todo el instrumental del que dispone y sale en su vehículo particular hacia el lugar del accidente. Mariano conduce a una velocidad excesiva en su afán por llegar a tiempo de salvar la vida del accidentado lo que provoca que en un momento determinado y sin quererlo embista por detrás a otro vehículo causando unas lesiones a su conductor. El delito de lesiones imprudentes cometido está justificado por la actuación de Mariano en estado de necesidad.

No existe en ningún caso una justificación meramente objetiva. La misma supondría prescindir de las normas de determinación, y el Derecho penal acabaría siendo un mero distribuidor de responsabilidades por hechos comprobados *ex post* en lugar de un instrumento eficaz para la protección de bienes jurídicos, que solo puede funcionar mediante normas de determinación. Y ello es así porque el Derecho puede motivar a la realización de acciones valiosas, puede motivar a realizar acciones de defensa o de salvamento, pero no puede dejar de motivar al sujeto a no matar a otro por lo que acaso después pueda suceder sin que este lo pretenda.

III. LA EXCLUSIÓN DE LO INJUSTO: VALOR DE LA ACCIÓN Y VALOR DEL RESULTADO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La justificación opera en principio compensando el desvalor de acción y el desvalor de resultado constitutivos de lo injusto típico a través de un valor de acción y de un valor de resultado. El valor de acción está constituido por la acción justificada, de la que forman parte la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo de la causas de justificación, los demás elementos subjetivos de justificación y también el desarrollo externo (la concurrencia de los elementos objetivos) de dicha acción. El valor de resultado determinado por la consecución del valor pretendido por la causa de justificación: el interés preponderante cuya salvaguarda se busca. Sin embargo, la mayoría de las causas de justificación previstas en nuestro Código penal exigen para su eficacia únicamente un valor de acción, siendo las menos las que exigen además un valor de resultado.

En las causas de justificación que solo exigen un valor de acción el legislador ha decidido promover la realización de determinadas

acciones dirigidas a fines valiosos y por ello ha renunciado a la efectiva producción del valor de resultado. Así, por ejemplo, el legislador quiere que se intente la salvación del bien agredido ilegítimamente en la legítima defensa o la evitación del mal mayor en el estado de necesidad, pero no exige que se consigan tales resultados. La exigencia de la consecución del valor de resultado podría resultar disuasoria del emprendimiento de dichas acciones, ya que de no lograrse el sujeto resultaría castigado al no aplicársele la eximente completa. Sin duda, ante las consecuencias que comportaría, el posible fracaso, muchos se abstendrían de intentar las acciones salvadoras. Estas causas de justificación se configuran típicamente, como hemos señalado, como causas de justificación de resultado cortado o mutiladas de varios actos.

En cambio, en aquellas causas de justificación que exigen la efectiva producción del valor de resultado, como el consentimiento o la *exceptio veritatis* en los delitos de injurias, el legislador no quiere promover determinadas acciones, sino que simplemente las contempla como lícitas cuando las mismas comportan tanto un valor de acción como el correspondiente valor de resultado.

De la misma manera que en la conformación de lo injusto puede faltar el desvalor del resultado pero nunca el de acción, también en la justificación es siempre imprescindible la existencia de un valor de acción, pudiendo faltar en ocasiones un valor de resultado, cuando el legislador otorga al mero valor de acción el efecto compensador del desvalor de lo injusto (de la acción y del resultado) y con ello la justificación de la conducta típica.

La mera realización del valor de acción en las causas de justificación que exigen también la producción de un valor de resultado o la realización de un valor de acción incompleto en aquellas que solo exigen valor de acción, dará lugar a una compensación parcial del desvalor de lo injusto a través de la aplicación de las eximentes incompletas como atenuantes, pero impedirá la justificación del hecho como explicaremos detenidamente a continuación.

1. SUPUESTOS DISCUTIDOS: LA AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN Y LA CREENCIA ERRÓNEA DE QUE CONCURREN LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE JUSTIFICACIÓN

1.1. La ausencia del elemento subjetivo de justificación

La ausencia del elemento subjetivo de justificación, bien porque falte todo él o bien porque falte la parte trascendente al tipo objetivo en las causas de justificación de resultado cortado y mutiladas de varios

actos, conlleva la no concurrencia del tipo de justificación, de la misma manera que la ausencia del dolo hace inaplicable el tipo de lo injusto del delito de acción doloso. Si no existe la finalidad de evitar un mal, de defenderse de una agresión ilegítima, de cumplir con un deber, etc., no concurre el valor de acción exigido. Y a falta de un valor de acción no se puede afirmar la existencia de un valor de resultado, pues este necesariamente tiene que provenir de un valor de acción. De la misma manera, como vimos en la lección 10, que no se considera un desvalor de resultado cualquier causación de la lesión de un bien jurídico, sino solo aquella que proviene de un desvalor de acción, no puede calificarse como valor de resultado la mera salvación fortuita de un interés preponderante. El Derecho no valora ni premia estos resultados casuales, igual que no desvalora los resultados fortuitos.

Por lo tanto, en los casos en que se produce de forma meramente casual la salvación de un bien, o la realización de un interés preponderante, pero sin que el sujeto conozca que se dan las circunstancias objetivas de una causa de justificación, ni haya actuado con tal intención salvadora, no puede aplicarse la eximente ni completa, ni incompleta. El sujeto ha realizado una conducta típica y antijurídica (por no concurrir la causa de justificación) y como tal deberá ser castigada.

Ej. 16.15: Albrecht, cansado del mal carácter de su padrastro y de las habituales discusiones que tiene aquel con el y con su madre, después de pensarlo mucho, una noche decide asesinarlo. Se levanta de su cama, toma un hacha, entra sigilosamente en la habitación de sus progenitores y asesta un hachazo mortal a su padrastro en la cabeza. En ese momento el padrastro estaba asfixiando a su madre, dato que Albrecht no percibe cuando le da muerte debido a la oscuridad que apenas le permitía distinguir los cuerpos de uno y otra. Al matar a su padrastro, Albrecht, sin saberlo, ni quererlo, ha salvado la vida de su madre. Puesto que Albrecht realizó el tipo del asesinato pero no el de la legítima defensa al faltar el elemento subjetivo de la misma (no conocía que la madre estaba siendo agredida ilegítimamente ni actuó con la intención de defenderla), deberá ser condenado por asesinato consumado, no valorándose a su favor la salvación fortuita de la vida de la madre.

Ej. 16.16: El gánster Giorgio secuestra a Matteo, jefe de la banda contraria, que se ha escapado de prisión, para pedir un rescate a su familia, sin saber que la policía conoce sus planes y le espera en su casa para, cuando llegue con su víctima, detener a Matteo legalmente y ponerle a disposición judicial. Giorgio será

castigado por un delito de detenciones ilegales consumadas, sin que le beneficie el hecho de que sin saberlo, ni quererlo haya contribuido a la puesta a disposición judicial de Matteo.

A pesar de lo dicho en el apartado anterior, una gran parte de la doctrina confunde los elementos objetivos de las causas de justificación de resultado cortado con el valor de resultado de la correspondiente causa de justificación, cuando dichos elementos no son sino la descripción externa de la conducta, y por tanto forman parte del valor de acción. Por ejemplo, la concurrencia de los presupuestos objetivos de la legítima defensa (que exista una agresión ilegítima, una necesidad de la defensa, etc.) es identificado por estos autores con un valor de resultado, cuando en realidad ello no significa aún ningún resultado valioso sobre un bien jurídico o interés preponderante.

Ni siquiera se da un valor de resultado cuando se exige la idoneidad de la acción de defensa, de la misma forma que la peligrosidad de la acción no supone todavía ningún resultado de perturbación de un bien jurídico sino que se integra solo en el desvalor de acción.

Partiendo de este error además le añaden otro segundo al afirmar que puede existir un valor de resultado que no provenga de un valor de acción, lo que aquí venimos negando pues supone renunciar a la concepción de lo injusto como la infracción de una norma de determinación. Y con base en estas premisas se han diseñado diferentes soluciones para el supuesto de ausencia del elemento subjetivo de justificación:

- Unos entienden que al darse ese presunto valor de resultado queda compensado el desvalor del resultado y subsistiría únicamente un injusto parcial consistente en un desvalor de acción. Para castigarlo proponen condenar solo por tentativa (ya que, como vimos, lo injusto de la tentativa se limita a un desvalor de acción).

Así, en el ej. 16.15, Albrecht respondería por tentativa de asesinato, y en el ej. 16.16, Giorgio respondería por tentativa de detenciones ilegales.

- Otros defienden aplicar en estos casos una eximente incompleta como atenuante.

Así, en el ej. 16.15, Albrecht respondería por asesinato consumado con una pena rebajada en uno o en dos grados, y en el ej. 16.16, Giorgio respondería por detenciones ilegales consumadas con una pena rebajada en uno o en dos grados.

- Y otros una mera atenuante por analogía.

Así, en el ej. 16.15, Albrecht respondería por asesinato consumado con una atenuante, y en el ej. 16.16, Giorgio respondería por detenciones ilegales consumadas con una atenuante.

Entendemos aquí que todas estas soluciones que comparten la tesis de la justificación separada (es decir, que parte de que se puede compensar únicamente el desvalor de resultado sin necesidad de que exista un valor de acción) parten de premisas incorrectas, además de plantear cada una de ellas otros problemas adicionales. Como ya hemos señalado *supra*, no hay valor de resultado si el mismo no proviene de un valor de acción. En nuestra opinión, por tanto, un resultado fortuito, o la mera presencia de los elementos objetivos de la causa de justificación, no pueden ser valorados por el Derecho de modo que fundamenten una exclusión del desvalor de resultado, una disminución de lo injusto que sirva de base para la aplicación de una causa de justificación incompleta o de una atenuante analógica.

1.2. La creencia errónea de que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación

El supuesto contrario al que acabamos de ver sería el caso en que sí concurren los elementos subjetivos del tipo de la causa de justificación, pero no los elementos objetivos.

Ej. 16.17: Paco camina de noche por un callejón solitario en el que ya le han atracado anteriormente en dos ocasiones. Entonces ve a Carlos, su enemigo desde hace años, salir de un portal y dirigirse hacia él, y cuando se encuentra a un par de metros de distancia le ve sacar de su bolsillo interior un objeto metálico. Paco, pensando que Carlos ha sacado una pistola y que se dispone inmediatamente a dispararle, saca su arma y abate a Carlos de un disparo, creyendo que se defiende de una agresión ilegítima. Pero en realidad lo que había sacado Carlos de su bolsillo era un encendedor. Al matar a Carlos, Paco actúa pensando que concurren todos los elementos objetivos de la legítima defensa y con el ánimo de defenderse, cuando en

realidad aquellos elementos no se daban. Concorre por tanto en su actuación el tipo subjetivo de la causa de justificación, pero no el tipo objetivo.

En estos supuestos el sujeto intenta, sin conseguirlo, realizar el tipo de la causa de justificación. Se trata pues de supuestos que podríamos calificar como de «tentativa de justificación».

En las causas de justificación de resultado cortado, incluidas las mutiladas de varios actos, el resultado no se exige, luego su falta no es una tentativa de justificación sino una justificación completa, pero es posible la tentativa del tipo cortado cuando falte algún elemento objetivo de dicho tipo y el sujeto lo desconozca.

En el ej. 16.17 faltan todos los elementos objetivos: la agresión ilegítima, la necesidad de la defensa, etc., pero el sujeto cree que concurren, está intentando realizar la acción defensiva sin conseguirlo.

Esta «tentativa de justificación», para quienes separamos la tipicidad de la antijuridicidad, supone en primer lugar una disminución de injusto por la existencia de un cierto valor de acción y en segundo lugar afecta a la culpabilidad a través del error de prohibición.

Ese cierto valor de acción lo representa el intento de realizar una acción justificada. Igual que en la tentativa existe un desvalor de acción y el mismo va disminuyendo conforme más se aleja el intento de la consecución del resultado (recordemos que a menor desarrollo externo y menor peligrosidad, menor contenido de desvalor de acción y menor pena), de la misma manera el intento de realizar la acción justificante supone un valor de acción aunque menor que el de la causa de justificación completa (con sus elementos objetivos y subjetivos) y por lo tanto insuficiente para compensar el desvalor del hecho. Pero que no sea suficiente para justificar (en contra MUÑOZ CONDE y otros) no significa que no se le conceda ninguna relevancia. Ese pequeño valor de acción debe tenerse en cuenta al graduar la pena puesto que ha supuesto una compensación parcial del desvalor que representa el delito cometido.

En el ej. 16.17 es menos disvalioso [privado de valor] matar a alguien queriendo defenderse de una supuesta agresión ilegítima que hacerlo sin tal finalidad defensiva. La intención defensiva supone un cierto valor de acción que compensa una parte del desvalor del homicidio.

Para tener en cuenta esa disminución de injusto podemos acudir a la

aplicación de una eximente incompleta como atenuante o a la de una atenuante analógica, dependiendo de cuál sea el grado del valor de acción realizado (en atención al número y entidad de los elementos objetivos que concurren y los que falten). Sin embargo, el actuar en la creencia errónea de que concurren los elementos objetivos del tipo de justificación y con el correspondiente elemento subjetivo de justificación trascendente (en los casos en que tales elementos se exigen), supone además otro efecto, como ya hemos anunciado: excluye o disminuye la culpabilidad (según el error de prohibición sea invencible o vencible) al actuar el sujeto pensando que su conducta es lícita, creyendo que está justificada. El sujeto se encuentra, por tanto, en un error de prohibición, cuestión que se explicará con detalle en la lección 22.

Si el error de prohibición es invencible el sujeto quedará exento de responsabilidad penal. Si el error es vencible la solución para el ejemplo planteado no supone sumar a la rebaja de la pena por disminución de injusto (eximente incompleta o atenuante por analogía), una nueva rebaja por error de prohibición vencible (en contra VALLE MUÑIZ), sino que habrá que elegir una de ellas, la que proporcione un mayor efecto atenuatorio, dado que se encuentran en una relación de concurso de leyes: toda tentativa de justificación supone desconocer la ilicitud de la conducta realmente realizada y todo error de prohibición indirecto consistente en creer que se está realizando el tipo de la causa de justificación implica necesariamente actuar con el elemento subjetivo de la misma.

LECCIÓN 17. EL DELITO COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA, I: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, 1: LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD

I. LA LEGÍTIMA DEFENSA

La eximente de legítima defensa es una causa de justificación que aparece regulada en el art. 20.4 CP. Según este precepto: *«Están exentos de responsabilidad criminal: 4º. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

Primero. *Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus*

dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. *Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.*

Tercero. *Falta de provocación suficiente por parte del defensor».*

El ordenamiento da cobertura con esta regulación a situaciones en las que, para evitar la lesión de un bien jurídico amenazado por una agresión ilegítima, el sujeto lleva a cabo una conducta típica. Si concurren todas las circunstancias exigidas por el art. 20.4 CP, su realización se considerará amparada por la causa de justificación de la legítima defensa y, por tanto, será lícita. En caso de que falte alguno de sus requisitos inesenciales, de acuerdo con el art. 21.1 CP, supondrá una atenuación de la responsabilidad al ser menor lo injusto de la conducta —sobre esta última cuestión volveremos en la lección 19—.

Ej. 17.1: Por motivos relacionados con una deuda, Gonzalo L. G. cita a Manuel A. A. en la vivienda de un tercero. Durante el encuentro ambos salen a la terraza de la casa, momento que Manuel A. A. aprovecha para sacar un cuchillo de unos diecinueve centímetros de hoja y terminado en punta con el que acomete a Gonzalo. Se produce un forcejeo y finalmente Gonzalo propina un fuerte puñetazo a Manuel, que cae por encima de la barandilla hasta la calle desde una altura de tres metros y medio. Como consecuencia de la caída, Manuel A. A. se produce lesiones tipificadas como graves. En caso de estimarse la aplicación de la legítima defensa, la conducta de Gonzalo L. G., que realiza el tipo de lo injusto del delito de lesiones graves, no será ilícita sino conforme a derecho.

1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA EXIMENTE DE LEGÍTIMA DEFENSA

Al analizar la estructura básica del delito describíamos distintos tipos de circunstancias eximentes: causas de justificación, de inimputabilidad, error de prohibición invencible, causas de exculpación basadas en el principio de inexigibilidad de la obediencia al Derecho... Todas ellas tienen en común que el sujeto en quien concurren queda exento de responsabilidad criminal, pero las implicaciones de su apreciación no acaban aquí. En función de la concreta naturaleza de la eximente, la conducta será lícita o no, existirá o no responsabilidad civil, será posible o no aplicar medidas de seguridad. Por ello una de las principales cuestiones a las que ha de dar respuesta el análisis de

toda eximente es la de cuál sea la naturaleza de la misma. Para ello hemos de comenzar por determinar el porqué de su aplicación. En el caso que nos ocupa ¿cuál es el fundamento de la existencia de la eximente de legítima defensa?

1.1. El doble fundamento de la eximente de legítima defensa

Doctrina y jurisprudencia concuerdan con muy pocas excepciones en que la eximente de legítima defensa tiene un doble fundamento, supraindividual e individual.

1.1.1. El fundamento supraindividual de la legítima defensa

La legítima defensa incluye entre sus requisitos que la puesta en peligro del bien jurídico defendido sea consecuencia de una agresión ilegítima, esto es, una agresión contraria al ordenamiento. De ahí que quien actúe en legítima defensa proteja el sistema jurídico establecido. El fundamento supraindividual de la legítima defensa se sitúa por tanto en la necesidad de defensa del ordenamiento jurídico, representada por la idea de que el Derecho no debe ceder ante lo injusto. Es esta una de las diferencias fundamentales con la eximente de estado de necesidad y la que explica que permita un mayor ámbito de actuación. Obsérvese que ello no implica que para aplicar la legítima defensa sea necesario que los órganos del Estado no puedan impedir o repeler la agresión, es suficiente con que se dé la agresión ilegítima. Sin embargo, tampoco supone la concesión al defensor de una suerte de carta blanca para la autogestión de la justicia; como veremos, su aplicación está condicionada por ciertos límites y su interpretación debe ir guiada por la idea de que se trata de una última frontera en la protección de los bienes jurídicos.

Ej. 17.2: En el ejemplo anterior Gonzalo L. G., al causar las lesiones a Manuel A. A., está evitando que se cometa un delito de lesiones u homicidio, esto es, que se produzca una conducta contraria a derecho. En definitiva, está salvaguardando el sistema jurídico establecido. Si se dan todos los requisitos, su conducta estará amparada por la legítima defensa aunque en la misma terraza se hubiera encontrado Juan L. M., policía local, que también hubiera podido intervenir.

1.1.2. El fundamento individual de la legítima defensa

Para aplicar la legítima defensa no basta con que sea preciso defender el orden jurídico, no basta pues con cualquier tipo de agresión ilegítima. El art. 20.4 CP establece que como consecuencia de la misma han de estar en juego: «...la persona o derechos propios o ajenos...».

Es decir, junto al fundamento supraindividual es necesario que concurra un fundamento individual, representado por la defensa de determinados bienes jurídicos. La fórmula empleada por el legislador indica que se ha de tratar de bienes jurídicos cuyo portador sea una persona física o jurídica.

Ej. 17.3: Y así, Gonzalo L. G. con su conducta no solo protege el ordenamiento jurídico en su conjunto, sino que evita la lesión de su vida o integridad física, bien jurídico de carácter individual.

La interpretación más común es pues que quedan al margen de la legítima defensa los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, propios de la sociedad, el Estado o la comunidad internacional. Únicamente cuando el Estado, la sociedad o alguno de los entes que conforman la comunidad internacional sean portadores de un bien jurídico en calidad de personas jurídicas será posible actuar en legítima defensa del mismo.

Ello no significa que en esas otras circunstancias queden desprotegidos. Los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales podrán ser defendidos bajo el amparo de otro tipo de eximentes, como la de estado de necesidad o la de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

Se apuntan diversas razones para la exclusión de este tipo de bienes jurídicos del ámbito de la legítima defensa, desde los abusos a los que podría llevar su alegación, a la inseguridad jurídica que en ocasiones podría acarrear la interpretación de los requisitos para su aplicación.

Ej. 17.4: En definitiva, será posible alegar la legítima defensa del patrimonio del Estado o las Comunidades Autónomas, pero no del interés del Estado en el control de los flujos migratorios, del medio ambiente o de la seguridad nacional.

1.2. La naturaleza de la eximente de legítima defensa

Habida cuenta de su doble fundamento, podemos afirmar que la legítima defensa tiene naturaleza de causa de justificación: en caso de que concurren todos sus elementos la conducta típica realizada al amparo de la misma será declarada lícita, conforme a derecho. La antijuridicidad quedará excluida.

2. REQUISITOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Los requisitos objetivos de la causa de justificación vienen recogidos expresamente en el art. 20.4 CP: agresión ilegítima, necesidad

racional del medio empleado y falta de provocación suficiente. A los allí descritos hemos de añadir uno más de carácter subjetivo: la conciencia y voluntad de defensa.

2.1. Los requisitos objetivos de la legítima defensa

2.1.1. La agresión ilegítima

La legítima defensa supone una reacción frente a una agresión ilegítima, esto es, frente a una conducta dirigida a la producción de la lesión de un bien que cuenta con la protección del ordenamiento jurídico. Según el párrafo primero del art. 20.4 CP es requisito de la legítima defensa: «**Primero.** Agresión ilegítima. *En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas*».

Considerado como un elemento esencial de la legítima defensa por doctrina y jurisprudencia, ha de concurrir para su aplicación tanto como eximente completa como incompleta —recordemos que en este segundo caso no habrá exención de pena sino una mera atenuación de la pena por ser menor lo injusto—.

En caso de que el sujeto crea equivocadamente que se da una situación de agresión ilegítima, siendo que no es así, estaremos ante un supuesto de la conocida como legítima defensa putativa, que podrá dar lugar a un error de prohibición del art. 14.3 CP. Su lugar sistemático de análisis será por tanto la culpabilidad.

Estudiemos la agresión ilegítima desde la perspectiva de su concepto, de las cualidades que ha de tener y de los objetos sobre los que ha de recaer.

A) El concepto de agresión

Por agresión se entiende todo comportamiento dirigido hacia la lesión de un bien jurídico. Ello hace que la jurisprudencia y un sector altamente cualificado de la doctrina consideren que solo cabe la legítima defensa frente a acciones lesivas, nunca frente a omisiones.

Entendemos sin embargo que el término agresión no excluye de su ámbito a las omisiones. En efecto, ello es así desde el momento en que no se trata de conectar la conducta con un resultado material externo —lo que excluiría a las omisiones no causales—, sino de constatar que está dirigida a la lesión del bien jurídico, esto es, a un resultado valorativo; y esta capacidad la tienen tanto acciones como omisiones.

Ej. 17.5: Por ello frente a otras opiniones, entendemos que cabe

aplicar la causa de justificación de la legítima defensa tanto al autor de las lesiones producidas. en el caso que hemos recogido en los ejemplos 17.1 a 3, en el que la agresión es claramente activa, como a quien coacciona al médico de guardia que se niega a prestar asistencia a quien acude a urgencias —véase. ejemplos 12.18, 12.20, 12.22, 12.24 y 12.25—, o al padre que como medio para maltratar psicológicamente a su hija deja de hablarle —véase segundo caso incluido en el ejemplo 7.4—

Consideradas tanto acciones como omisiones como posibles agresiones, la acotación del concepto debe venir por el lado de la intención. El comportamiento agresor implica la conciencia y voluntad de lesionar el bien jurídico. Ello excluye del ámbito de las agresiones ilegítimas las amenazas puramente causales a bienes jurídicos, bien sean fortuitas, bien tengan su origen en una imprudencia.

Ahora bien, en estos casos de imprudencia o caso fortuito se podrá invocar el estado de necesidad que, como veremos, no precisa de la concurrencia de una agresión ilegítima.

En contraposición al modelo descrito, el Tribunal Supremo no solo excluye los comportamientos omisivos del concepto de agresión, sino que, no contentándose con la concurrencia de una acción, exige frecuentemente que se produzca un acometimiento personal de carácter material o físico. Se trata a todas luces de una restricción injustificada, que no exige la regulación legal, ni es acorde al fundamento de esta causa de justificación.

B) La ilegitimidad de la agresión

La agresión ha de ser ilegítima, ilícita, esto es, ha de infringir normas de determinación, mandatos o prohibiciones. Ello no implica que se haya de tratar en todo caso de un ilícito penal; cabe que suponga la infracción de normas de cualquier sector del ordenamiento, por ejemplo, civil o administrativo.

Otro tipo de interpretación iría contra el doble fundamento de esta causa de justificación y contra la acotación que el legislador hace expresamente en el caso de la legítima defensa de los bienes —solo cabe ante delitos—. No obstante, lo cierto es que el tipo de ilicitud influirá decisivamente en la concurrencia o no de los requisitos de necesidad de la defensa y de racionalidad del medio empleado, restringiendo en la práctica el ámbito de las infracciones ante las que cabe actuar en legítima defensa.

A *contrario sensu*, no cabe la legítima defensa ante una «agresión legítima». Es decir, si se trata de una agresión justa, amparada por una causa de justificación y por tanto no ilegítima, dejará de darse el fundamento supraindividual y no se podrá invocar la legítima defensa

ante la misma.

Ej. 17.6: Agustín V. S. participa en una concentración no autorizada frente a la Embajada de Israel en Madrid. Antonio B. R. miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, se encuentra en el dispositivo de seguridad y con el objeto de disolver la concentración golpea a Agustín con su porra reglamentaria causándole lesiones leves. Si Antonio actúa dentro de los parámetros de la causa de justificación del cumplimiento de un deber, actúa lícitamente, por lo que Agustín no podrá defenderse legítimamente. En caso de que reaccione y agrede a Antonio B. R. su conducta no solo será típica sino también antijurídica.

Por lo mismo, puede afirmarse que cabe la legítima defensa frente a ataques ilícitos pero no culpables, como los de los inimputables, los de quien ha sufrido un error de prohibición o quien se encuentra amparado por una causa de exculpación basada en la inexigibilidad de la obediencia al Derecho. En todos estos supuestos, pese a la inexistencia de responsabilidad penal por parte del agresor, la conducta es ilegítima por lo que, si se da el resto de requisitos, se podrá actuar al amparo de la legítima defensa. En todo caso, la falta de culpabilidad del agresor podrá influir en la concurrencia o concreción de otros elementos de esta causa de justificación, como la necesidad de defensa o la racionalidad del medio empleado.

C) Los bienes jurídicos objeto de la agresión ilegítima: la defensa de los bienes y de la morada

El art. 20.4 CP exige que la agresión ilegítima se dirija contra «...*la persona o derechos propios o ajenos...*», ello nos permite llevar a cabo una doble caracterización de los bienes jurídicos amenazados por la agresión ilegítima y que, por tanto, pueden ser objeto de defensa.

a) Desde una perspectiva objetiva, como hemos visto más arriba, la regulación del art. 20.4 CP limita los bienes jurídicos que pueden ser objeto de defensa a aquellos cuyo portador sea una persona física o jurídica.

Recordemos que no es preciso que estén protegidos jurídico penalmente sino que la ilegitimidad de la conducta agresora puede provenir de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Se trata de una caracterización en principio amplia de los bienes jurídicos defendibles, sin embargo, tanto la jurisprudencia como el propio Código penal han establecido algunas acotaciones.

En primer lugar, ya hemos visto que el Tribunal Supremo lleva a

cabo restricciones poco justificables por el modo de ataque, exigiendo en determinados casos el acometimiento personal.

Pero también el art. 20.4º Primero CP incluye algunas acotaciones en el ámbito de la defensa de los bienes patrimoniales y de la morada. Según este precepto: «...*En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes...*».

Se excluye por tanto de la legítima defensa los ataques al patrimonio que no constituyan una infracción penal. Esta acotación debería ser suprimida por ser contraria a su doble fundamento —si bien desde un punto de vista práctico, teniendo en cuenta el resto de requisitos de la legítima defensa, su repercusión es, en todo caso, muy limitada—. Por otra parte, la referencia a que exista un grave peligro de deterioro o pérdida es superflua. En definitiva, de *lege ferenda* se debería suprimir este inciso.

Por lo que respecta a la morada, el art. 20.4 Primero CP sigue diciendo: «...*En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas*».

En este caso la acotación supone la exclusión de los casos de permanencia en morada ajena en contra de la voluntad del morador, supuestos de comportamiento omisivo que en principio se enmarcarían dentro del concepto de agresión ilegítima. De nuevo de *lege ferenda* se debería suprimir esta limitación, que no es acorde con el fundamento de la eximente.

b) Desde la perspectiva de los sujetos implicados el art. 20.4 CP hace referencia a la actuación en defensa de la persona o derechos propios o ajenos. Cabe pues tanto la legítima defensa propia como de terceros; en este último caso asumiendo en exclusiva la defensa de la víctima o colaborando con la misma o con otros en el rechazo de la agresión.

De ahí que no tengan por qué coincidir las personas de defensor y defendido, cuestión esta que, como veremos más adelante, tiene trascendencia para la interpretación del requisito de falta de provocación suficiente.

2.1.2. Necesidad de la defensa

El segundo de los elementos objetivos de la legítima defensa se encuentra implícito en el art. 20.4 Segundo CP, según el cual es requisito de esta causa de justificación: «**Segundo**. *Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla*».

La necesidad racional del medio empleado supone en primer lugar que la defensa sea necesaria. Para que se dé este requisito es preciso que la agresión sea inminente o actual, peligrosa e inevitable. La concurrencia de estas características en algunos casos se podrá comprobar de modo objetivo, en otros será preciso realizar un juicio *ex ante*.

La necesidad de la defensa es pues un requisito esencial de la causa de justificación, de modo que si no concurre no podemos aplicar ni la eximente completa ni la atenuación que corresponde a la eximente incompleta *ex art. 21.1 CP*.

A) Inminencia o actualidad de la agresión ilegítima: el acto de defensa

No es preciso que la agresión ilegítima ya se esté produciendo, basta con su inmediatez. Con ello no se hace referencia a una agresión futura sino a una agresión que se encuentra en trance de comenzar. El análisis de este extremo supondrá llevar a cabo un juicio de previsibilidad *ex ante*.

Por otra parte es preciso que la agresión no haya concluido aún, que no haya cesado el ataque al bien jurídico; de no ser así estaríamos justificando supuestos de venganza, lo que técnicamente se conoce como excesos extensivos o impropios.

Esto significa que la legítima defensa será posible en el momento inmediatamente anterior, en cualquier momento de la ejecución, durante la huida en aquellos delitos que necesitan de la misma para su completa perfección o incluso una vez que el delito se ha consumado en el caso de los delitos permanentes.

En definitiva, la reacción debe suponer un auténtico acto de defensa, dirigido a impedir —cuando el ataque no ha comenzado— o repeler —cuando ya ha comenzado pero no ha acabado— la agresión.

Ej. 17.7: Para recobrar su libertad Carolina M. M. golpea en la cabeza con una barra de hierro de cuarenta centímetros a Hans Michael P., que la retenía contra su voluntad hacía seis días. Como consecuencia de la agresión Hans Michael sufre lesiones graves.

Aurora L. L. lanza una piedra a Miguel S. S. que, tras desvalijar la casa de esta, acaba de saltar por la ventana con el botín. La pedrada le produce a Miguel un traumatismo craneoencefálico severo.

B) Peligrosidad de la agresión ilegítima

Para poder justificar la conducta defensiva es preciso que la agresión ilegítima sea peligrosa, es decir, el bien jurídico ha de encontrarse en peligro. Para determinar este extremo de nuevo será preciso realizar

un juicio *ex ante* para comprobar que la lesión del bien jurídico no aparece como absolutamente improbable.

C) Inevitabilidad de la agresión ilegítima por otros medios

La necesidad de la defensa supone que la agresión ilegítima no sea evitable de otro modo menos lesivo. También aquí es preciso llevar a cabo un juicio *ex ante* para determinar este extremo.

Se cuestiona la inevitabilidad del mal en los siguientes supuestos:

- a) La posibilidad de huida: No siempre excluye la necesidad de la defensa el hecho de que el agredido pueda huir. Hemos de tener en cuenta el fundamento supraindividual de la causa de justificación y que por sí sola la huida podría ser consecuencia de un delito de coacciones o suponer un grave atentado contra el honor del agredido.
- b) La posibilidad de reparar el mal: El hecho de que el mal pueda ser reparado en el futuro, tampoco excluye la necesidad de defensa, pues de otro modo se desconocería el doble fundamento de la legítima defensa.
- c) La falta de culpabilidad del agresor: Tampoco excluye por sí solo la necesidad de la defensa el hecho de que el agresor no sea culpable. Será preciso analizar caso por caso: ante un error de prohibición puede bastar con informar al atacante; en el caso de que el agresor sea inimputable quizá haya que ajustar el modo de defensa, factor que repercutirá en la racionalidad del medio empleado —siguiente requisito—; pero también es posible que de un sujeto inimputable provenga una agresión especialmente lesiva o peligrosa.

En cualquier caso, la imposibilidad de evitar la agresión ilegítima por otros medios es una idea que ha de inspirar la interpretación del conjunto de esta causa de justificación. Como decíamos al principio del estudio, se debe evitar que la legítima defensa acabe por ser un modo de institucionalizar la autogestión de la justicia como una vía paralela de protección de los bienes jurídicos. Se trata de una vía excepcional y será preciso estar bien atentos a la posibilidad de evitar la agresión con medios menos lesivos.

2.1.3. *Racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión*

El segundo de los requisitos que derivan del art. 20.4 Segundo CP es la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Se trata de que se emplee el medio estrictamente necesario, esto es, el menos lesivo que esté al alcance del defensor siempre que sea idóneo para procurar una defensa segura. Enlazamos aquí por tanto con las conclusiones que hemos alcanzado en el número anterior.

Estamos ante un requisito no esencial de la eximente de legítima defensa, de modo que en caso de no concurrir, si se da el resto de circunstancias necesarias, será posible apreciar la eximente incompleta del art. 21.1 CP, procediendo a una atenuación de la pena por ser menor lo injusto de la conducta.

A) Determinación de la racionalidad del medio empleado: rechazo del criterio de la proporcionalidad con el mal amenazante

Para determinar la concurrencia de este requisito será preciso verificar cuál era la situación en el momento en que era inminente, comenzaba o se producía la agresión. Desde una perspectiva *ex ante* habremos de valorar entre otros extremos: la rapidez e intensidad del ataque; su carácter inesperado o previsible; las características del agresor —entre las que deberemos tener en cuenta si se trata de un inimputable o semiimputable—; los medios que tiene a su alcance el defensor; su estado de ánimo...

Es común encontrar tanto en doctrina como en jurisprudencia planteamientos que equiparan el requisito de racionalidad del medio empleado con el de su proporcionalidad con el mal con que amenazaba la agresión, de modo que se exige la proporcionalidad entre ambos o al menos que no exista una gran desproporción. No obstante, como ha puesto de manifiesto entre otros autores CERESO, este modo de interpretar la legítima defensa resulta incompatible con el doble fundamento de la misma y no se ajusta al tenor del art. 20.4 CP.

Al referirse este requisito al medio empleado, el término de comparación será la entidad del ataque, no la del bien jurídico. La racionalidad del medio empleado implica por tanto llegar hasta el extremo que sea necesario para impedir o repeler la agresión al bien jurídico y al conjunto del ordenamiento. Esta idea viene reforzada porque en la legítima defensa agresor y defensor se encuentran en planos distintos respecto del orden jurídico: aquello niega y este intenta su afirmación. En cualquier caso la valoración estará siempre sometida al principio general de la ilicitud del abuso de derecho recogido en el art. 7.2 CC.

Y así el requisito de la racionalidad implica una acotación tanto de máximos como de mínimos: por una parte y desde una perspectiva general, será ilícita la actuación defensiva que sea muy desproporcionada no ya con el bien jurídico en peligro sino con la entidad del ataque; pero dando un paso más en el análisis de la concreta situación, también quedarán al margen de la legítima defensa como eximente completa aquellos casos en que no se utilice el medio menos lesivo del que se disponga pese a que el mal causado por la defensa sea proporcionado al que suponía la agresión.

B) La aplicación práctica del requisito de la racionalidad del medio empleado

Determinados casos han sido objeto de especial atención por sus implicaciones prácticas. Entre ellos:

- a) Supuestos de agresores no culpables: En el estudio de la concurrencia del requisito de la racionalidad del medio empleado tiene especial relevancia el que el autor de la agresión sea no culpable. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, el defensor habrá de ajustar su respuesta en aquellos casos en que el agresor sea inimputable, semiimputable o sufra un error.
- b) Sistemas automatizados de defensa: La proliferación de sistemas automatizados de defensa —desde cámaras que pueden vulnerar la intimidad, a la instalación de sistemas que pueden lesionar la integridad física o la vida, como vallas electrificadas o animales peligrosos—, plantea la posibilidad de aplicar la eximente de legítima defensa a sus responsables en los casos en que estos mecanismos reaccionen ante una agresión ilegítima. La dificultad de control tanto de su intervención como de la magnitud de la misma se ha de traducir en un cuidadoso análisis de la racionalidad de su empleo.
- c) Excesos en la defensa: Es común que se produzcan excesos en la defensa que excluyan el requisito de la racionalidad del medio empleado. En estas situaciones, ya hemos visto que será posible aplicar, siempre que concurra el resto de requisitos, la legítima defensa como eximente incompleta, que supone una atenuación de la pena por la menor gravedad de lo injusto.

Pero en la práctica, para conseguir la exención de responsabilidad penal, además se suele invocar con carácter simultáneo o subsidiario la eximente de miedo insuperable del art. 20.6 CP, alegando que el exceso en la reacción defensiva se produjo por el miedo que sufría el defensor —tendremos ocasión de analizar esta eximente cuando estudiemos la culpabilidad—.

2.1.4. Falta de provocación suficiente por parte del defensor

El último elemento objetivo de la legítima defensa tiene carácter negativo y viene recogido en el art. 20.4 Tercero CP, según el cual es requisito de esta causa de justificación: «**Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor**».

El sujeto que defiende el bien jurídico propio o ajeno no puede haber provocado suficientemente la agresión ilegítima. Se trata de un elemento no esencial de la eximente. Por lo tanto, en caso de que no concurra y se dé el resto de requisitos necesarios, podremos aplicarla causa de justificación incompleta, que supone una atenuación de la

pena basada en la menor gravedad de lo injusto.
Ante la ausencia de una definición legal de este requisito hemos de analizar cada uno de sus componentes.

A) Concepto de provocación

Las dos primeras acepciones que recoge el Diccionario de la Real Academia para el término provocar son las siguientes:

«**1.** *tr. Incitar, inducir a alguien a que ejecute algo.*

2. *tr. Irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje».*

El defensor habrá por tanto estimulado la agresión de la que es víctima él mismo o un tercero. La conducta provocadora no tendrá por qué ser ilícita, sino simplemente contraria a las normas de la ética social o a los usos sociales. Nada impide que se provoque por acción o por omisión y no es necesario que esté dirigida a provocar la agresión ilegítima, ni siquiera que se hubiera previsto esta.

B) La suficiencia de la provocación

No cualquier provocación que anteceda a una agresión ilegítima impide actuar en legítima defensa; ha de existir una proporción de mínimos entre provocación y respuesta agresora. La jurisprudencia aplica el criterio del hombre medio: la provocación será suficiente cuando tras la misma cabría esperar la agresión por parte de un hombre medio. Si la respuesta a la provocación es absolutamente desproporcionada cabrá apreciar la legítima defensa.

En caso de que la provocación constituya por sí sola una agresión ilegítima la respuesta «agresora» podrá encuadrarse dentro de la legítima defensa. Pero según la jurisprudencia también es posible que, constituyendo la provocación una agresión ilegítima, el exceso en la reacción haga que el inicial agresor pueda a su vez amparar su reacción en la legítima defensa.

Ej. 17.8: Luis T. E. tras un encontronazo en el baño de un bar con Ricardo V. I. se dirige a la barra donde se encuentra este y agarrándole el cuello y la mano izquierda desde atrás, le dice: ¡Subproducto! ¡Como me cruce contigo te mato! Como reacción Ricardo V. I. se libera y usando su mano derecha libre, en la que tiene un vaso de cristal, rompe este contra la barra y se dirige hacia Luis con la intención de estrellárselo en la cara. El exceso en la reacción defensiva puede fundamentar en este caso que finalmente Luis, cuya provocación se encuentra en el origen de la agresión ilegítima de la que es objeto, pueda sin embargo actuar en legítima defensa contra la agresión de Ricardo.

C) Sujetos implicados: la provocación suficiente por parte del defendido

Para que quede excluida la legítima defensa como eximente completa, la provocación suficiente ha de venir de parte del defensor. La regulación permite por tanto que un tercero actúe en legítima defensa de un bien jurídico del provocador. Esto es, es posible que el provocador, que no puede actuar en legítima defensa, sea finalmente el defendido.

En supuestos de riña mutua y libremente aceptada el Tribunal Supremo niega la aplicación de la legítima defensa arguyendo que la aceptación de la riña constituye provocación suficiente y también se cuestiona que en estos casos concorra la necesidad y el ánimo de defensa. Este criterio, en principio correcto, se deberá contemporizar teniendo en cuenta las características del acto de aceptación, pues en el marco de una riña una concreta agresión puede superar los límites mutua y libremente aceptados, abandonando el ámbito de la provocación.

2.2. El requisito subjetivo de la legítima defensa: conciencia y voluntad de defensa

Junto al resto de requisitos objetivos, recogidos expresamente por el art. 20.4 CP, para la aplicación de la causa de justificación de legítima defensa es necesario que concorra un elemento subjetivo: la conciencia y voluntad de defensa del bien jurídico en peligro. Solo de la conducta de quien actúa con conciencia y voluntad de defender el bien jurídico ilegítimamente agredido podremos predicar el valor que se encuentra tras la justificación de la misma.

La concurrencia de la voluntad de defensa no excluye que el defensor pueda moverse impulsado por otras motivaciones, incluso el odio o la venganza.

Se trata de un elemento esencial de la legítima defensa por lo que en caso de no concurrir no será de aplicación ni la eximente completa ni la incompleta del art. 21.1 CP.

Ej. 17.9: Thomas F. dispara sobre Thomas B., que a su vez estaba a punto de disparar sobre Fátima F. M., que se encontraba leyendo el periódico en un banco de la ciudad universitaria. Como consecuencia del impacto recibido, Thomas B. fallece. Si Thomas F. no tiene conciencia y/o voluntad de actuar en legítima defensa de Fátima porque, por ejemplo, no se ha percatado de la intención de Thomas B., no será posible aplicarle la causa de justificación.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

La aplicación de la causa de justificación de la legítima defensa supone la licitud de la conducta típica y la exclusión tanto de la responsabilidad penal como de la civil derivada del delito. El sujeto habrá actuado conforme al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, los daños a bienes de terceros que no hayan sido utilizados en la agresión y las afecciones a otros bienes jurídicos de terceros que no hayan participado en la misma no estarán amparados por la legítima defensa, si bien se podrá aplicar en su caso la eximente de estado de necesidad.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD

Inmediatamente después de la legítima defensa, el Código penal incluye entre los supuestos que sirven de base a la aplicación de una circunstancia eximente aquellas situaciones de necesidad en las que el sujeto ha de infringir un deber o lesionar un bien jurídico con el objeto de salvaguardar otro. El art. 20.5 CP recoge la eximente de estado de necesidad en los siguientes términos: *«Están exentos de responsabilidad criminal: 5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

Primero. *Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*

Segundo. *Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*

Tercero. *Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».*

Entre los requisitos para su aplicación destaca la exigencia de que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, lo que supone la existencia de dos categorías de estado de necesidad, según que el mal causado sea igual que el que se trata de evitar o menor.

Ej. 17.10: Vicky G. V. se ve sorprendida por la ventisca mientras realiza una travesía por el campo. Ante los graves síntomas de congelación, dando una fuerte patada, fuerza la puerta de la primera casa que encuentra y se refugia en la misma. En este supuesto el mal causado —daños y allanamiento de morada— es menor que el que se trataba de evitar —lesiones o muerte—.

El mal causado es por el contrario de la misma entidad que el evitado en el siguiente caso: Eduardo R. M. y Juan Antonio J. U. naufragan frente a las costas de Tarifa cuando se dirigían a la cercana ciudad de Ceuta. Al comprobar que el único modo de

salvar la vida es asirse a una tabla que allí flota y que la misma no puede aguantar el peso de los dos, Juan Antonio se abalanza sobre Eduardo y sumerge la cabeza de este hasta que finalmente fallece ahogado.

1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA EXIMENTE DE ESTADO DE NECESIDAD

Como hemos visto, el art. 20.5 CP admite el estado de necesidad siempre que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Ello implica que podrá concurrir tanto cuando el mal causado sea igual como cuando sea menor que el que amenazaba con producirse. Ambos supuestos se conocen respectivamente como conflicto de intereses iguales y conflicto de intereses desiguales.

Históricamente no siempre fue así. Hasta 1944 el Código penal español recogía exclusivamente los supuestos de estado de necesidad en los que el mal causado era menor que el que se pretendía evitar. Durante la vigencia de dicha regulación se mantuvo de modo unánime que nos encontrábamos ante una causa de justificación con fundamento en el principio del interés preponderante; no en vano se estaba intentando evitar el mal mayor causando uno menor.

La reforma de 1944 marca un punto de inflexión en esta regulación y en su interpretación, introduciendo el modelo actual. Es en este momento cuando aparece la polémica sobre la naturaleza doble o unitaria del estado de necesidad.

En un principio, la complejidad actual de las situaciones que sirven de base a la eximente de estado de necesidad hace que exista un cierto consenso en que no siempre se presenta con la misma naturaleza: en ocasiones actúa como causa de justificación y en otras como causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de la obediencia a la norma. Sin embargo, un sector minoritario pero altamente cualificado de la doctrina mantiene pese a todo su naturaleza unitaria. Se hace por tanto necesario analizar los distintos modelos propuestos.

1.1. La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad

La doctrina dominante estima que el estado de necesidad puede concurrir con naturaleza tanto de causa de justificación como de causa de exculpación basada en la inexigibilidad de la obediencia a la norma. Ahora bien, junto a la interpretación más común existen variantes que conviene que recojamos en este lugar.

1.1.1. *La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad según la opinión dominante*

Ya desde los orígenes de la nueva regulación del estado de necesidad,

algunos autores como ANTÓN ONECA y RODRIGUEZ MUÑOZ apuntaron la idea de la doble naturaleza del estado de necesidad, planteamiento que se ha mantenido hasta la actualidad como opinión dominante en doctrina y jurisprudencia.

A) Causa de justificación

Según la opinión dominante el estado de necesidad concurre como causa de justificación en aquellos casos en los que el mal causado es menor que el que se trataba de evitar. Consecuentemente, se sitúa el fundamento de esta causa de justificación en el principio del interés preponderante.

El hecho de que en estos casos se pueda exigir responsabilidad civil tal y como prevé el art. 118.1.3 CP no es obstáculo para esta corriente. La conducta es lícita y dicha responsabilidad civil no es en caso alguno derivada del delito, se basa en los principios de gestión de negocios ajenos y de enriquecimiento injusto.

B) Causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de la obediencia a la norma

Se aplica la eximente de estado de necesidad como causa de inexigibilidad en los supuestos en los que el mal causado es de la misma entidad que el que se trata de evitar. En este caso la eximente está basada en la no exigibilidad de la obediencia al Derecho. La conducta constituye un ilícito penal aunque no es culpable y por tanto no se podrá aplicar pena alguna.

1.1.2. *La doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad según CERZO MIR*

De especial interés es el modelo que propone CERZO MIR que, con base en la opinión dominante, lleva a cabo una serie de restricciones a la consideración de la eximente de estado de necesidad como causa de justificación. En este caso, la doble naturaleza se asienta sobre los siguientes parámetros:

A) Causa de justificación

Considera CERZO que la simple ponderación de intereses es insuficiente para justificar la conducta pues lleva en algunos casos a resultados insatisfactorios. Para evitarlos es preciso introducir, al margen de la ponderación de intereses, una nueva restricción con base en el principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana, recogido en el art. 10 CE como un principio de validez *a priori*, límite inmanente del Derecho positivo.

Ej. 17.11: Para ilustrar dicha necesidad CERZO acude al

ejemplo del cirujano que extirpa un riñón contra la voluntad del sujeto para trasplantárselo a un tercero a quien salva de su inminente muerte. Entiende CEREZO que en este caso el mal causado es claramente menor que el que se pretendía evitar y que de seguir la versión de la opinión dominante deberíamos declarar la licitud de la conducta, pero no está de acuerdo con tal solución por haberse vulnerado la dignidad del paciente.

La conclusión es que el estado de necesidad concurrirá como causa de justificación solo cuando, además de que el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, no suponga una grave infracción del respeto debido a la dignidad humana.

B) Causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de la obediencia a la norma

Con base en la anterior conclusión, CEREZO entiende que estaremos ante el estado de necesidad como causa de inexigibilidad tanto en los casos de conflicto de intereses iguales como cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar pero suponga una grave infracción del respeto debido a la dignidad humana.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de la causa de inexigibilidad de este tipo de situaciones, será preciso llevar a cabo una interpretación restrictiva acorde con su fundamento. Debido a la comprensión de la inexigibilidad sustentada por CEREZO, ello requerirá por una parte que se produzca una disminución de lo injusto, que se traduce en una disminución de la culpabilidad —recordemos la estructura piramidal del delito y la relación lógica que recorre sus elementos (véase figs. 5.1 a 5.6)— y, además, que el sujeto tenga disminuida su capacidad de obrar de otro modo, de manera que no le sea exigible la obediencia al Derecho. Para ello es preciso tener en cuenta cuál sería la conducta de una persona inteligente y respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico. Este último factor será decisivo en la reducción del del denominado auxilio necesario, en el que se actúa en salvaguarda bien jurídico ajeno.

1.2. Los planteamientos unitarios de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad

Otros autores han mantenido que el estado de necesidad actúa en todo caso como una causa de justificación. En este grupo podemos incluir las propuestas de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE o GIMBERNAT ORDEIG.

1.2.1. *El planteamiento unitario de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad según MIR PUIG y MUÑOZ CONDE*

Los planteamientos de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE son similares: básicamente consideran que si se aplican estrictamente los requisitos establecidos por el art. 20.5 CP la eximente actuará en todo caso como causa de justificación, entre otras razones porque comparar los males en juego y no simplemente los bienes jurídicos implica que generalmente el bien jurídico que se pretende salvar sea superior al lesionado.

La base de este modelo se encuentra por tanto en una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la eximente.

1.2.2. *El planteamiento unitario de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad según GIMBERNAT ORDEIG*

Especialmente elaborado es el planteamiento de GIMBERNAT. Mantiene también este autor que la eximente de estado de necesidad es en todo caso una causa de justificación, pero fundamenta tal decisión en su modo de entender los distintos elementos del delito y su relación con los propósitos del legislador.

En su opinión, mientras que en la antijuridicidad el legislador establece lo que quiere prohibir frente a todos, en la culpabilidad recoge una serie de valoraciones en torno a lo que es realmente posible prohibir, renunciando a la pena en aquellos supuestos en los que considera que su aplicación no tiene eficacia inhibitoria aunque se haya prohibido.

Es precisamente la diferencia entre lo que se quiere prohibir —frente a todos— y lo que se puede castigar por la eficacia inhibitoria lo que lleva a GIMBERNAT a afirmar que el estado de necesidad es siempre una causa de justificación, ya que considera que en los casos en los que concurren los requisitos de esta eximente el legislador decide no penar pese a que la pena tiene eficacia inhibitoria.

Las críticas a este modelo han versado tanto sobre sus deficiencias internas como sobre las consecuencias de su aplicación. Así, desde el primero de ambos puntos de vista se ha señalado que el criterio de distinción entre los elementos del delito por su eficacia inhibitoria no es convincente, pues es una característica que puede concurrir en todas las categorías del delito.

Pero también se ha hecho hincapié en que considerar en todo caso el estado de necesidad como causa de justificación plantea el problema de que no sería posible la legítima defensa contra quien agrede en estado de necesidad a un tercero, ya que su actuación debería ser calificada como lícita. En estos supuestos se estaría dando amparo legal a la ley del más fuerte. Para evitar este último tipo de críticas GIMBERNAT ha desarrollado una categorización de las causas de justificación según exista o no tras las mismas una valoración positiva de la situación.

Ej. 17.12: Volvamos al segundo supuesto recogido en el ejemplo 17.10, en el que Eduardo R. M. y Juan Antonio J. U. naufragan frente a las costas de Tarifa cuando se dirigían a la cercana ciudad de Ceuta. En la situación original Juan Antonio se abalanzaba sobre Eduardo para ahogarlo, pues la única tabla de que disponían no soportaba el peso de los dos. Imaginemos ahora que Eduardo consigue zafarse de Juan Antonio y es él quien sumerge la cabeza de su agresor hasta que finalmente este último fallece ahogado.

Si consideramos que Juan Antonio actuaba amparado por una causa de justificación, su agresión a Eduardo ha de ser valorada como lícita y este no podría alegar la concurrencia de la legítima defensa. ¡Lo que le está sucediendo a Eduardo cuenta con el visto bueno del ordenamiento jurídico!

Solo si entendemos que en este tipo de supuestos el agresor actúa amparado por una causa de inexigibilidad podremos valorar su conducta como una agresión ilegítima ante la que se puede responder bajo la cobertura de la legítima defensa.

1.3. Toma de postura: la doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad y su distinto fundamento

En lo que sigue vamos a aceptar la postura diferenciadora de quienes admiten la doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad. En caso de conflicto de intereses desiguales el estado de necesidad aparecerá como causa de justificación, en caso de que los intereses en juego sean iguales concurrirá como causa de exculpación.

Dentro de este marco, el principio del debido respeto a la dignidad humana, consagrado en el art. 10 CE, tendrá un papel central en la valoración, pero no externo a la misma. La ponderación de intereses incluirá pues este extremo.

En definitiva, el estado de necesidad puede concurrir con una u otra naturaleza según las circunstancias. Cuando aparece como causa de justificación su fundamento se encuentra en el principio del interés preponderante; en el caso de que se trate de una causa de exculpación, su fundamento se encontrará en la no exigibilidad de obediencia a la norma. En este último caso no bastará con la ponderación de intereses, que constituirá un límite a su aplicación, sino que tendrá que unirse la valoración de la exigibilidad específica de la culpabilidad como categoría del delito, como reprochabilidad. En la lección 23 nos ocuparemos con detalles de esta institución.

Ej. 17.13: Volviendo al ejemplo que utilizaba CERESO para ilustrar su concepción del estado de necesidad y aplicándolo a nuestro modelo, la conducta del cirujano que extrae un riñón

para salvar la vida de un tercero en ningún caso podrá ser amparada por la causa de justificación, pues la ponderación de intereses no permite hablar de que el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, ya que incluimos en la ponderación la vulneración de la dignidad humana cometida. En cuanto a las posibilidades de aplicar la causa de exculpación basada en la inexigibilidad, si llegamos a la conclusión de que el mal causado es de la misma entidad que el que se trataba de evitar, aún deberemos añadir el filtro de la exigibilidad, de modo que las razones que llevasen a actuar al cirujano, por ejemplo, que el tercero al que trasplanta el riñón era su hijo menor, hagan posible considerar inexigible su conducta y no realizarle reproche alguno.

2. REQUISITOS DE LA EXIMENTE DE ESTADO DE NECESIDAD

Los requisitos objetivos que han de concurrir para apreciar la eximente de estado de necesidad vienen recogidos por el art. 20.5 CP; a ellos habremos de añadir un componente subjetivo, la conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno.

2.1. Requisitos objetivos del estado de necesidad

2.1.1. Situación de necesidad: concepto y clases

Según el art. 20.5 CP está exento de responsabilidad criminal quien actúa: «...*en estado de necesidad*...».

Como primer requisito de la eximente será preciso pues que concurra un estado de necesidad. Ahora bien, al hablar de estado de necesidad nos referimos tanto a la situación que sirve de base a la eximente como a la eximente misma. Es por ello que en este apartado para evitar confusiones con el conjunto de la circunstancia, adoptamos la expresión «situación de necesidad» al referirnos a este requisito.

Se trata de un elemento esencial de la eximente, de modo que en caso de no concurrir la situación de necesidad no se podrá aplicar el estado de necesidad completo ni incompleto.

A) La situación de necesidad: concepto

Para la aplicación de la eximente del art. 20.5 CP, el Código penal se limita a exigir que se actúe en estado de necesidad; pero no define qué se ha de entender por el mismo. Doctrina y jurisprudencia han ido perfilando una serie de caracteres:

- a) En primer lugar debe concurrir un peligro actual para un bien jurídico. Esto es, llevado a cabo un juicio de previsibilidad *ex ante*, ha de aparecer como no absolutamente improbable la

- producción de la lesión del bien jurídico.
- b) El origen del peligro puede provenir de las fuerzas de la naturaleza, de un ataque de un animal, de movimientos corporales de un ser humano, de una conducta humana lícita o incluso de una conducta humana ilícita que no constituya agresión ilegítima, como es el caso de los comportamientos imprudentes.
 - c) Los bienes jurídicos en peligro pueden ser propios o ajenos y, frente a las limitaciones que establecíamos para la legítima defensa, en el caso del estado de necesidad pueden pertenecer tanto a personas físicas o jurídicas como a la sociedad, al Estado o a la comunidad internacional.
 - d) El mal ha de aparecer como inminente o al menos el conflicto debe resultar irresoluble con el transcurso del tiempo.
 - e) Se ha de tratar de un mal grave. En el caso de los bienes patrimoniales dicha gravedad se podrá determinar teniendo en cuenta las concretas circunstancias del afectado, sin que sea preciso que el bien jurídico en peligro tenga un gran valor económico en términos absolutos.
 - f) Para evitar el mal ha de ser preciso lesionar otro bien jurídico o infringir un deber. Esta es la esencia de la situación de necesidad. El mal no ha de ser evitable por un procedimiento menos perjudicial, ilícito o lícito, como por ejemplo la huida. El Tribunal Supremo habla en este sentido del carácter absoluto del estado de necesidad.

Atendiendo a los anteriores requisitos es posible definir la situación de necesidad como una *situación de peligro actual para un bien jurídico, propio o ajeno, en la que aparece como inminente la producción de un mal grave, inevitable sin producir la lesión o con una lesión menos grave de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber.*

Los requisitos de la situación de necesidad han de concurrir de modo objetivo, si bien para la determinación de algunos de ellos será preciso llevar a cabo un juicio de previsibilidad *ex ante*.

Si el defensor estima erróneamente que se da una situación de necesidad siendo que no es así, estaremos ante un caso de estado de necesidad putativo. El tratamiento del mismo dependerá de la naturaleza con la que concurra en dicha ocasión el estado de necesidad, pero supondrá en todo caso la exclusión de la aplicación de esta eximente.

Se plantea cuál es la relación entre los casos de situación de necesidad y de colisión de deberes. La colisión de deberes se refiere a supuestos en los que el sujeto causa un mal como consecuencia de que tenía el deber de evitar el mal ajeno que amenazaba a otra persona física o jurídica, a la sociedad o al Estado.

Es decir, mientras que en el estado de necesidad se contraponen el deber de no llevar a cabo un comportamiento típico que lesionará o pondrá en peligro un bien jurídico con el permiso de salvaguardar otro bien jurídico, en la colisión de deberes se contraponen el deber de no llevar a cabo el comportamiento típico que lesionará o pondrá en peligro el bien jurídico con el deber de salvaguardar otro bien jurídico. El problema es el de cuál es el tratamiento legal correcto de los supuestos de colisión de deberes, ya que en principio los podríamos incardinar en el art. 20.5 CP, que ahora nos ocupa, pero también entre los supuestos de la eximente de cumplimiento de un deber del art. 20.7 CP.

Pues bien, lo correcto será aplicar esta última ya que todos los supuestos de cumplimiento de un deber suponen en definitiva el cumplimiento de un deber de rango superior y podemos considerarla como ley especial frente al estado de necesidad. Además, de considerarse aplicable este último se vaciaría de contenido la eximente de cumplimiento de un deber.

B) Clases de situación de necesidad

Podemos clasificar las situaciones de necesidad en función de dos parámetros: la magnitud del mal causado con respecto al que se trata de evitar y la relación del sujeto con el bien jurídico protegido.

a) Clasificación de la situación de necesidad por la magnitud del mal causado: la ponderación de males

Se distingue comúnmente entre la situación de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales —como sabemos, introducida en la reforma del Código penal 1944— y la situación de necesidad en caso de conflicto de intereses desiguales —única existente con anterioridad—, según que el mal que se pretende causar sea igual o menor que el que se trata de evitar.

El mal amenazante no tiene por qué tener una salvaguarda específicamente jurídico penal sino que puede suponer la vulneración de cualquier sector del ordenamiento. Ahora bien, no se puede considerar como mal la lesión de un interés no protegido por el Derecho, que solo merezca una desvaloración social.

Ej. 17.14: No es mal el daño proveniente de quien está amparado por una causa de justificación, por lo que en ningún caso podremos afirmar que se da la situación de necesidad.

Se discute si constituye un mal no tener drogas con que aplacar un síndrome de abstinencia. En este punto lo

decisivo será contemplar el menoscabo en la salud que supone dicho síndrome, por lo que si se da la intensidad requerida, podrá constituir un mal en el sentido del estado de necesidad.

La ponderación de males tiene carácter objetivo. Se trata de comparar los intereses en conflicto, siendo el concepto de interés sensiblemente más amplio que el de bien jurídico. No solo tiene en cuenta los bienes jurídicos concurrentes sino otros elementos, como que vayan a verse lesionados o simplemente puestos en peligro, el grado de peligro, la gravedad e irreparabilidad de la lesión, el desvalor de la conducta o si existe una grave infracción del principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana.

Determinados supuestos plantean especial dificultad para llevar a cabo dicha ponderación, como son los casos en que concurren intereses individuales y supraindividuales o cuando entran en juego intereses patrimoniales.

Ej. 17.15: Así se discuten los casos en los que para justificar la realización de un delito de tráfico de estupefacientes o de robo se alega la paupérrima situación económica del autor —la jurisprudencia tiende a excluir en este tipo de situaciones el estado de necesidad pues considera más grave el daño causado con el tráfico de drogas—.

b) Clasificación de la situación de necesidad por la relación del sujeto con el bien jurídico protegido

Según la relación entre el sujeto actuante y el bien jurídico en situación de necesidad se distingue entre el estado de necesidad propio, el auxilio necesario y la comunidad de peligro.

i) Estado de necesidad propio: Coinciden necesitado y sujeto actuante.

Ej. 17.16: Los dos supuestos recogidos en el ejemplo 17.10 son de estado de necesidad propio.

ii) Auxilio necesario: Se actúa para evitar un mal ajeno.

Ej. 17.17: El caso del médico que extirpa un riñón para trasplantarlo a un tercero recogido en los ejemplos 17.11 y 13, es un caso de auxilio necesario,

siempre que se den sus requisitos.

iii) Comunidad de peligro: El peligro es tanto para el que actúa como para un tercero.

Ej. 17.18: Gonzalo L. L., capitán del barco carguero P. M., que se encuentra en medio de una gran tormenta en el mar de Alborán, ordena lanzar por la borda parte de la valiosa carga que transporta para salvar la vida de los tripulantes.

2.1.2. Mal causado menor o igual que el que se pretendía evitar: la ponderación de males

El segundo de los requisitos que distingue el Código penal para apreciar la eximente de estado de necesidad hace referencia a la magnitud del mal que amenaza. Según el art. 20.5 Primero CP es requisito de la misma: «**Primero.** *Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*».

La aplicación del estado de necesidad supone por tanto que el mal causado sea igual o menor que el que se trataba de evitar. Tras ello se encuentra la ponderación de todos los intereses en juego en los términos que acabamos de analizar al distinguir las distintas clases de situación de necesidad según la magnitud del mal causado —lugar al que ahora nos remitimos—.

En el caso de que llevada a cabo la ponderación de males, estemos ante un conflicto de intereses desiguales, la eximente actuará como causa de justificación, siendo lícita la conducta si se da el resto de requisitos; en caso de que se trate de un conflicto de intereses iguales el estado de necesidad podrá actuar como causa de exculpación basada en la inexigibilidad de otra conducta. Estamos por tanto ante un punto de la mayor trascendencia en la interpretación del estado de necesidad.

Se trata de un elemento no esencial del estado de necesidad. Ello significa que en caso de que no concurra se abrirá la posibilidad de aplicar una atenuante del art. 21.1 CP.

2.1.3. Falta de provocación intencionada de la situación de necesidad

Según el art. 20.5. Segundo CP es requisito de la eximente de estado de necesidad: «**Segundo.** *Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto*».

Esto es, no se podrá aplicar el estado de necesidad cuando el sujeto que actúa ha provocado intencionadamente una situación de conflicto insalvable entre dos intereses.

De nuevo estamos ante un requisito no esencial de la eximente por lo

que en caso de que no concurra se podrá acudir a la aplicación de las reglas del art. 21.1 CP sobre la concurrencia de eximentes incompletas.

La provocación no se refiere por tanto al peligro, sino a la situación de necesidad. Esto es, no excluye la concurrencia de la eximente que el sujeto haya puesto intencionadamente en peligro el bien jurídico, sino que es preciso que fuera con la intención de provocar la situación de necesidad.

Por otra parte, al exigirse la intencionalidad no bastará cualquier provocación de la situación de necesidad, sino que habrá de ser voluntaria, lo que excluye los casos de provocación imprudente —que podrán quedar al amparo de la eximente—, pero no así aquellos en los que el sujeto previó la posibilidad se produjera la situación y actuó contando con dicha posibilidad.

Por otra parte dicha voluntariedad se refiere al sujeto que actúa, no al portador del bien jurídico en caso de auxilio necesario.

El fundamento de este requisito en el caso de la causa de justificación se encuentra en la ponderación de intereses, que se inclina a favor de los intereses lesionados o puestos en peligro y en el caso de la causa de exclusión de la culpabilidad porque al sujeto que provocó la situación de necesidad le es exigible actuar conforme a Derecho.

2.1.4. Inexistencia de obligación de sacrificio

Como cuarto elemento del estado de necesidad, en el art. 20.5. Tercero CP aparece otro requisito negativo: «**Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse**».

Hace referencia al necesitado, no a quien actúa, por lo que impedirá actuar en auxilio necesario de quien está obligado a sacrificarse. Se refiere a casos como los de profesionales como bomberos, médicos, socorristas, marineros...

Se trata de un requisito no esencial Si no concurre entrará en juego la posibilidad de aplicar una eximente incompleta a través del art. 21.1 CP.

No se ha de aplicar con carácter absoluto, el Tribunal Supremo lo excluye en casos de sacrificio inútil y tampoco se deberá exigir este requisito cuando haya una gran desproporción entre los intereses en juego.

Ej. 17.19: Juan Carlos R. L., miembro del Cuerpo de Bomberos de la Diputación de Zaragoza, queda atrapado por un incendio; para liberar el paso al exterior utiliza un estatua de mármol de gran valor que sufre importantes desperfectos.

El fundamento de este requisito en el caso de la causa de justificación

se encuentra en la ponderación de intereses y en el de la causa de inculpabilidad en la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

2.2. El requisito subjetivo del estado de necesidad: la conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno

La apreciación del estado de necesidad requiere que el sujeto actúe con conciencia y voluntad de evitar un mal propio o ajeno. No basta pues con el elemento intelectual, que el sujeto conozca la situación de necesidad, sino que es preciso que actúe con ánimo de evitar un mal propio o ajeno aunque no tiene por qué ser el único motivo de su actuación.

De nuevo nos encontramos ante un elemento esencial de la eximente. En caso de no concurrir no será posible aplicar ni la eximente completa ni la atenuación prevista para la eximente incompleta del art. 21.1 CP.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA EXIMIENTE DE ESTADO DE NECESIDAD

Las consecuencias de la aplicación de la eximente de estado de necesidad dependen de la naturaleza con la que concurra, como causa de justificación o como causa de exculpación basada en el principio de la inexigibilidad de la obediencia a la norma.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal en ambos casos el sujeto quedará exento de pena, pero mientras que en el primero la conducta será declarada lícita, en el segundo caso se tratará de un ilícito penal al que no se aplica pena alguna por no ser declarado su autor culpable.

En cualquier caso, los daños a bienes de terceros deberán ser abonados siguiendo las previsiones del art. 118.1.3 CP. Según el mismo: *«En el caso del número 5º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.*

Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales».

Este precepto no es obstáculo para fundamentar la exclusión de la antijuridicidad de la conducta en caso de que el estado de necesidad concurra como causa de justificación. El abono de las

responsabilidades civiles no deriva de la comisión de delito alguno, se basa en los principios de gestión de negocios ajenos y de enriquecimiento injusto —como veremos en la lección 35 de este Curso—.

LECCIÓN 18. EL DELITO COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA, II: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, y 2: EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO Y EL CONSENTIMIENTO

I. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

El catálogo de eximentes del art. 20 CP incluye en su número séptimo la siguiente previsión: «Están exentos de responsabilidad criminal: **7. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**».

Bajo el mismo número se incluyen como base para la exención de pena dos tipos de situaciones: aquellas en las que al realizar la conducta típica el sujeto actúa cumpliendo con un deber, que habrá de tener carácter jurídico, y aquellas en las que ejerce un derecho, oficio o cargo.

Teniendo en cuenta que tras el ejercicio de todo oficio o cargo se encuentra una serie de derechos y deberes, podemos reformular la eximente del siguiente modo: está exento de responsabilidad criminal el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Se ha planteado si era necesaria su inclusión en el Código penal, ya que se encuentra implícita en las regulaciones de los distintos derechos y deberes que componen el ordenamiento jurídico. Pero aunque es preciso reconocer este extremo, lo cierto es que su declaración expresa resulta muy conveniente. La eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho se sitúa así en una posición de cierre del ordenamiento jurídico, garantizando su unidad y coherencia.

Y es que las fuentes del deber o derecho podrán situarse en cualquier sector del ordenamiento jurídico y formalmente podrán tener rango de ley, ser disposiciones de nivel inferior, convenios o tratados internacionales o incluso costumbres. Como veremos, su aplicación tiene especial relevancia en el ámbito de la función pública, pero alcanza a numerosos sectores de la vida en sociedad.

Ej. 18.1: Rogelio R. C., policía nacional de servicio, observa como Catherine M. A., aprovechando la aglomeración de personas que se produce en el momento de subir al metro, introduce la mano en el bolsillo trasero derecho del pantalón de Gloria Marcela Q. L. y le extrae la cartera. Rogelio agarra fuertemente a Catherine pero esta logra desasirse y comienza a correr, ante lo cual Rogelio la zancadillea, golpeándose Catherine contra un banco de granito. Como consecuencia de las lesiones producidas pierde un noventa por ciento de la visión del ojo izquierdo.

Véase también el caso recogido en el ejemplo 17.6.

1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA EXIMIENTE DE CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

El fundamento de la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho se sitúa, según la opinión dominante, en el principio del interés preponderante. Con su aplicación se estaría protegiendo el interés de rango superior de los que se encuentran en juego.

Un sector de la doctrina, a partir de las tesis de CEREZO MIR, considera sin embargo que no basta con fundamentar la exención de pena en el interés preponderante, pues la licitud se habrá de predicar también en aquellos casos en que los dos deberes en concurso sean del mismo rango.

Esta afirmación no resulta convincente: en los casos en que los intereses en conflicto sean del mismo rango, el cumplimiento de cualquiera de los dos deberes en juego cumplirá con el principio del interés preponderante pues la alternativa sería no cumplir con ninguno de los dos. En definitiva, el principio del interés preponderante es fundamento suficiente para la aplicación de esta causa de justificación tanto cuando el interés atendido sea de mayor rango como cuando ambos intereses tengan el mismo.

Otro argumento en contra de la suficiencia del principio del interés preponderante, también subrayado por CEREZO, apunta a que en caso de que se produzca un grave atentado a la dignidad de la persona humana la conducta deberá ser ilícita aunque el deber cumplido sea de mayor rango que el vulnerado. Pues bien, al igual que ya señalábamos cuando estudiamos la eximente de estado de necesidad, debemos decir que en la ponderación de intereses no solo se deberá incluir el rango de los deberes en juego sino también otros elementos. Entre ellos destaca el principio, no externo a la misma, del respeto debido a

la dignidad humana que, consagrado en el art. 10 CE, tendrá un papel central en la valoración.

Con base en las anteriores conclusiones y sumándonos a la opinión unánime de doctrina y jurisprudencia podemos afirmar que el cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho tiene naturaleza de causa de justificación. La conducta amparada por la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho será por tanto lícita, conforme al ordenamiento jurídico.

2. REQUISITOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

La especial configuración de esta causa de justificación hace que sea preciso analizar su ámbito de aplicación con especial referencia a las muy distintas situaciones a las que da cobijo y sectores sociales en los que se aplica. Es quizá por ello que, frente a lo depurado de las teorías que se han propuesto para otras eximentes, salvo excepciones, ni doctrina ni jurisprudencia han dedicado demasiada atención a la elaboración de los conceptos generales de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho. El interés se ha centrado en el análisis de grupos de casos, lo que ha producido una cierta atomización de las conclusiones.

Sin embargo, antes de que nosotros mismos nos ocupemos de estudiar algunos de los supuestos prácticos más relevantes en que se aplica esta eximente, es posible determinar una serie de requisitos comunes que vamos a analizar distinguiéndolos según tengan carácter objetivo o subjetivo.

2.1. Requisitos objetivos de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho

2.1.1. Situación de conflicto: concepto y clases

Según el art. 20.7 CP, está exento de responsabilidad criminal quien comete una conducta típica: «...*en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*».

Para poder aplicar esta causa de justificación es pues preciso que el sujeto esté obligado por un deber o amparado por un derecho y se dé una situación de conflicto, que supone la concurrencia de dos grupos de intereses distintos que no pueden ser atendidos simultáneamente.

Dicha situación puede presentar dos configuraciones:

- a) Puede tratarse de la denominada colisión de deberes —sobre la que ya hemos hablado en la lección anterior—, esto es, el

conflicto entre dos deberes: el de no llevar a cabo el comportamiento típico que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y el de salvaguardar otro bien jurídico. En estos supuestos la realización de la acción típica supone el cumplimiento de un deber.

Ej. 18.2: Casos de colisión de deberes son los supuestos recogidos en los ejemplos 17.6 y 18.1.

b) Pero también se darán supuestos de conflicto entre un derecho y un deber: el derecho de llevar a cabo una determinada conducta y el deber de no llevar a cabo el comportamiento típico que lesiona o pone en peligro el bien jurídico.

Ej. 18.3: Pablo C. L., boxeador amateur, en el marco de una competición provincial, propina un fuerte golpe en el mentón a su oponente, Lorien A. M. Este cae al suelo sin sentido. Trasladado Lorien al hospital se le diagnosticó una fuerte conmoción cerebral por lo que hubo de ser ingresado y no fue dado de alta hasta diecisiete días después.

Estamos ante un elemento esencial de la causa de justificación. En caso de no concurrir no se podrá aplicar la eximente completa, pero tampoco se podrá acudir a la eximente incompleta del art. 21.1 CP. Como requisito previo al análisis de los demás elementos será preciso por tanto verificar la efectiva existencia del deber cumplido o del derecho ejercido.

Si el sujeto considera erróneamente que su actuación viene determinada por el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho siendo que tal deber o derecho no existen, estaremos ante un caso de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho putativos, que supondrá tanto una disminución de lo injusto, por ser menor desvalor de la conducta, como un error de prohibición, vencible o invencible, que determinará una menor culpabilidad.

2.1.2. *El interés salvaguardado ha de ser de igual o superior entidad que el lesionado*

Del propio fundamento de esta causa de justificación, basada en el principio del interés preponderante, se deduce que la conducta estará justificada siempre que el interés salvaguardado sea de mayor o igual rango que el lesionado.

Se trata de un elemento no esencial de la causa de justificación por lo que de no concurrir y si se da el resto de requisitos necesarios,

podremos apreciar una eximente incompleta y aplicar la atenuación de la pena derivada del art. 21.1 CP, que estará basada en una menor gravedad de lo injusto.

Para valorar la entidad de los intereses en juego se habrá de tener en cuenta el rango del deber cumplido o del derecho ejercitado, la naturaleza de los bienes jurídicos concurrentes, si van a verse lesionados o simplemente puestos en peligro, el grado de peligro, la gravedad e irreparabilidad de la lesión, el desvalor de la conducta o si existe una grave infracción del principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana.

En caso de que el sujeto actúe en salvaguarda del interés de superior entidad su conducta será lícita. Si se trata de intereses del mismo rango, la realización de cualquiera de las conductas producirá el mismo efecto de licitud.

Ej. 18.4: Mario A. C., miembro de los servicios de Protección Civil del Ayuntamiento de Palencia, es parte del operativo de seguridad de un concierto que la banda de rock Angelitos Negros ofrece en el pabellón de deportes de la localidad. Al salir al escenario el bajista del grupo, Pietro L., se produce una avalancha en las primeras filas. Al verse atrapados contra una valla, varios asistentes quedan tendidos en el suelo con aparentes signos de parada cardíaca. En este supuesto Mario cumplirá con su deber de asistencia atienda a la víctima que atienda, aunque ello, obviamente, suponga desatender a las demás.

Parte de la doctrina hace referencia expresa al mayor rango de los deberes de omitir frente a los de actuar, de modo que ante intereses iguales se debería optar en cualquier caso por la omisión. Sin negar que esto sea correcto en la mayor parte de los supuestos, lo cierto es que el desvalor de la conducta es parte de la valoración del rango de los intereses en juego, esto es, este extremo habrá de ser incluido ya en la ponderación de los mismos y no tras ella.

Ej. 18.5: Se suelen mencionar como ejemplos de preponderancia del deber de omisión sobre el de acción casos como el del testigo de Jehová al que se le trasfunde sangre o el del médico que solo puede salvar la vida de su paciente extirpándole un riñón a quien no ha dado su consentimiento. En ambos casos se trata de situaciones complejas en las que la determinación del interés más elevado no depende única ni principalmente del carácter activo u omisivo del comportamiento, sino en la concurrencia de otros elementos como el principio del

debido respeto a la dignidad de la persona humana.

2.1.3. *Cumplimiento del deber o ejercicio del derecho de modo ajustado a su contenido*

La ejecución de la conducta típica amparada por la causa de justificación del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho debe ajustarse a las características de los mismos. Es decir, hemos de verificar si la actuación del sujeto ha sido respetuosa con el contenido del deber o derecho alegado.

Para ello, junto a las circunstancias del caso concreto, deberemos analizar las normas que regulan el concreto ámbito del que deriva el deber o derecho. Como veremos más abajo, al analizar distintos casos de aplicación de esta causa de justificación, será preciso acudir a otras ramas del ordenamiento jurídico, con las dificultades interpretativas que ello puede causar.

Estamos ante un requisito no esencial de esta eximente, es decir, en caso de que se produzcan excesos o defectos en la conducta realizada, podremos acudir a la aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1 CP, siempre que se dé el resto de requisitos.

Ej. 18.6: Volviendo al ejemplo 18.1, imaginemos que en la misma situación, Catherine M. A. cae al suelo sin hacerse mal alguno y Rogelio R. C., para asegurar su detención, se abalanza sobre ella y con un objeto contundente que allí encuentra le golpea repetidamente en la cabeza, causándole las lesiones señaladas más arriba. Si se establece que ha habido un exceso en la actuación de Rogelio, se podrá plantear la aplicación de la correspondiente eximente incompleta del art. 21.1 CP.

2.2. El requisito subjetivo de la causa de justificación de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho: la conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho

No basta con que concurren objetivamente los requisitos que hemos señalado hasta el momento. Además, el sujeto debe conocer la existencia del deber o derecho y debe actuar con voluntad de que está cumpliendo o ejerciendo legítimamente el mismo. Al igual que en el resto de causas de justificación analizadas, es posible que dicho elemento subjetivo venga acompañado por otro tipo de intenciones o ánimos.

En este caso estamos ante un requisito esencial de la causa de justificación, por lo que si no concurre no podremos aplicar ni la eximente completa ni la incompleta.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

La aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho trae consigo la licitud de la conducta típica y la exclusión tanto de la responsabilidad penal como de la civil derivada del delito. El sujeto habrá actuado de un modo acorde al ordenamiento jurídico y el análisis jurídico penal habrá concluido.

Las posibles responsabilidades civiles por daños a bienes de terceros no derivarán de la comisión de un delito sino de los principios de enriquecimiento sin causa y de gestión de negocios ajenos.

4. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

Como hemos señalado, una de las principales características de la causa de justificación de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho es la de su versatilidad; su ámbito de aplicación incluye situaciones muy diversas, que afectan con cierta frecuencia a muy distintos sectores de la vida social. Ello se ha traducido en que el estudio de la misma se haya fragmentado en baterías de casos, algunas de las cuales vamos a estudiar a continuación.

Dentro de los distintos requisitos de esta causa de justificación, el análisis se centrará principalmente en las características de los deberes y derechos concurrentes y los límites en su ejercicio.

4.1. El cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones

Uno de los supuestos más frecuentes de invocación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber se sitúa en la órbita del ejercicio de las funciones de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Según el art. segundo LOFCS [Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad]: «*Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:*

- a) *Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación.*
- b) *Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas.*
- c) *Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales».*

Por la naturaleza de su profesión, en ocasiones los miembros de estos cuerpos armados cometen conductas subsumibles en el tipo de lo injusto de delitos como los de homicidio doloso (art. 138 CP),

asesinato (arts. 139 y s. CP), homicidio imprudente (art. 142 CP), lesiones dolosas (art. 147 y ss. CP), lesiones imprudentes (art. 152 CP), detenciones ilegales (art. 167 CP), coacciones (art. 172 CP), daños (art. 263 CP) y otros.

Ahora bien, dichas conductas típicas serán lícitas si concurre la causa de justificación del cumplimiento de un deber. Hemos pues de analizar los requisitos de su ejercicio en este ámbito. Por otra parte, en algunos casos los miembros de las fuerzas de seguridad actuarán en situaciones equiparables a las que ya hemos analizado como supuestos característicos de la legítima defensa; es por ello que también dedicaremos un apartado a la relación entre ambas eximentes.

Ej. 18.7: Un caso de lesiones graves en el que podría concurrir la eximente de cumplimiento del deber por parte de un miembro de la Policía nacional, es el recogido más arriba, en el ejemplo 18.1. Quedaría aún por determinar si el tipo realizado es el de las lesiones dolosas o imprudentes. En este mismo supuesto se darían también las características de la legítima defensa de terceros.

4.1.1. *Requisitos del cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones*

Del análisis general de la causa de justificación del cumplimiento de un deber se derivan una serie de pautas para el caso concreto de las fuerzas y cuerpos de seguridad. La actuación típica de uno de sus miembros estará amparada por la causa de justificación si concurren los siguientes requisitos: situación de conflicto; interés amparado por la actuación que sea superior o igual que el finalmente lesionado; cumplimiento del deber de un modo acorde con su contenido; y todo ello deberá estar comprendido por un elemento subjetivo, la conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber.

El foco de nuestro análisis se debe centrar en el deber de actuación, es pues necesario determinar qué límites ha de tener la actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad para que se considere acorde al contenido de su deber de actuación.

Dos son los principales textos legales donde encontramos las pautas a seguir:

A) La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Es en concreto el art. quinto 1.a) y 2.c) LOFCS el que recoge las pautas que deben presidir la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Según el mismo: «**Quinto.** *Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los*

siguientes:

1. Adecuación al Ordenamiento Jurídico, especialmente:

a) *Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico.*

.../...

2. Relaciones con la comunidad. Singularmente:

e) *En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance».*

Es decir, la actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad habrá de ser acorde a la Constitución española y al resto del ordenamiento y deberá estar presidida por los principios de necesidad, congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

Ya, dentro del orden constitucional, destaca el art. 15 CE que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, por lo que en ningún caso podrán considerarse amparadas por la causa de justificación del cumplimiento del deber conductas que puedan ser calificadas como tales.

B) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950

También se cita el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales como regulación de referencia de la actividad de las fuerzas y miembros de seguridad y en concreto por su tratamiento del derecho a la vida y los casos en que se pueda derivar un resultado de muerte de su actuación. Según el art. 2. CEDDH 1950:

«1. *El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.*

2. *La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:*

a) *En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.*

b) *Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.*

c) *Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».*

Pese a que se pudiera pensar que con esta regulación se concretan los márgenes de actuación legítima de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, se ha criticado con razón que resulta excesivamente amplia, fundamentalmente en la letra b) del párrafo 2; ello hace que en este punto sea de aplicación preferente la más estricta regulación de la LOFCS.

En definitiva, será preciso analizar la necesidad, congruencia, oportunidad y proporcionalidad de la actuación para determinar la aplicación de la causa de justificación.

4.1.2. Cumplimiento del deber y legítima defensa por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad

Las situaciones en las que actúan los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad contienen frecuentemente los requisitos de la legítima defensa propia o de terceros —aunque no siempre, pues la actuación de aquellos no siempre precisa de una agresión ilegítima—. Ahora bien, la aplicación de una u otra eximente supone extender o restringir las posibilidades de actuación. Mientras que quien actúa en legítima defensa está sometido al principio de la necesidad de racionalidad del medio empleado, el miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad que actúa en cumplimiento de un deber debe cumplir con el más riguroso combinado de los principios de necesidad, oportunidad, congruencia y proporcionalidad, que abrirán un campo de actuación más reducido que en el caso de la legítima defensa.

Para determinar el ámbito de aplicación de cada una de ellas será preciso establecer en qué tipo de situaciones los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado deben cumplir su deber. Según el art. quinto.4 LOFCS: «**Quinto.** *Son principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: 4. Dedicación profesional: Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana*».

Esta regulación nos abre a dos escenarios:

A) Aplicación de la causa de justificación de cumplimiento de un deber

Se aplicará la causa de justificación de cumplimiento de un deber en los siguientes supuestos:

- a)** Cuando los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad sufran una agresión ilegítima estando de servicio o con motivo del mismo.

Ej. 18.8: La situación que sirve de base a los ejemplos

18.1 y 18.4 se encuentra en el ámbito de aplicación del cumplimiento de un deber ya que en ambos casos Rogelio R. C. se encuentra de servicio.

b) Cuando sea un tercero quien sufra una agresión ilegítima, se hallen o no de servicio, puesto que según la regulación vigente la dedicación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad ha de ser total, debiendo de intervenir siempre.

Ej. 18.9: Rogelio R. C., policía nacional, que se encuentra fuera de servicio, paseando con su marido, Cristofólogo María N., observa como Catherine M. A., aprovechando la aglomeración de personas que se produce en el momento de subir al metro, introduce la mano en el bolsillo trasero derecho del pantalón de Gloria Marcela Q. L. y le extrae la cartera. Rogelio agarra fuertemente a Catherine pero esta logra desasirse y comienza a correr, ante lo cual Rogelio la zancadillea, golpeándose Catherine contra un banco de granito. Como consecuencia de las lesiones producidas pierde un noventa por ciento de la visión del ojo izquierdo. En este caso, pese a encontrarse Rogelio fuera de servicio se le habrá de exigir los requisitos propios del cumplimiento de un deber.

B) Aplicación de la causa de justificación de legítima defensa

Únicamente será posible aplicar la causa de justificación de la legítima defensa cuando los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad sean objeto de una agresión ilegítima como particulares y por motivos particulares.

Ej. 18.10: Rogelio R. C., policía nacional, se encuentra fuera de servicio paseando con su marido, Cristofólogo María N., cuando es increpado por Javier A. R. que le recrimina su actitud cariñosa hacia su pareja. Tras un intercambio de insultos, Javier A. R. lanza un fuerte puñetazo contra Rogelio que, para defenderse, le golpea en la mandíbula causándole la rotura de la misma. En este supuesto, la conducta de Rogelio se encuentra amparada por la causa de justificación de la legítima defensa siempre que se den sus requisitos puesto que la agresión se ha producido estando fuera de servicio y por motivos particulares.

4.2. La obediencia debida

Tras el análisis del ámbito de aplicación práctica de la eximente de cumplimiento del deber por parte de los miembros de las fuerzas y

cuerpos de seguridad, vamos a analizar una serie de supuestos a veces muy relacionados con los mismos: los de obediencia debida.

No existe una referencia expresa a la obediencia debida en el Código penal vigente. Se trata de situaciones en las que la actuación del sujeto tiene su origen en un deber de obediencia a una instancia superior. En caso de que el cumplimiento de dicho deber suponga la realización de una conducta típica, la obediencia debida nos situará en la órbita de la eximente del cumplimiento de un deber.

Para que sea posible aplicar la causa de justificación se deberán dar los requisitos que hemos señalado con carácter general: situación de conflicto entre el deber de obediencia y el deber de no realizar una conducta típica; que el interés amparado por la actuación sea superior o igual que el finalmente lesionado; cumplimiento del deber de un modo ajustado a su contenido; y todo ello deberá estar comprendido por un elemento subjetivo, la conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber.

Será especialmente importante comprobar que la relación jerárquica se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico y que efectivamente se ha emitido una orden, sin que baste una mera indicación o consejo.

En cualquier caso, es preciso señalar que los supuestos de obediencia debida amparados por la causa de justificación del cumplimiento de un deber son excepcionales en la mayoría de las esferas de la vida en sociedad. Resulta difícil que el cumplimiento de una orden de llevar a cabo una conducta típica pueda estar justificado. Se ha analizado tal posibilidad en distintos ámbitos como el familiar, el laboral o el de la Administración pública.

4.2.1. *La obediencia debida en el ámbito familiar*

El deber de obediencia en el ámbito familiar tiene su base legal en el art. 155.1 CC, según el cual «*Los hijos deben: 1. Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad...*».

Es decir, los hijos no emancipados tienen el deber de obedecer las órdenes de sus padres. Ahora bien, para que sea obligatoria una orden en el ámbito familiar es preciso que sea lícita, con lo que el campo de aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber queda muy reducido.

Ej. 18.11: Piero Pablo P. S., de dieciséis años, provoca intencionadamente un incendio en la villa alquilada en la que pasa las vacaciones. Su padre Pablo P. B., que se encuentra impedido en la cama con un fuerte ataque de gota, le ordena que utilice una alfombra veneciana de gran valor para sofocar las llamas. No existe otro medio para hacerlo y las vidas de ambos

corren peligro: Finalmente el incendio queda apagado pero la alfombra sufre daños irreparables. En este caso no será posible aplicar a Piero la causa de justificación del estado de necesidad —pues no concurre el requisito de que la situación no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto que actúa— pero sí la de cumplimiento de un deber.

4.2.2. La obediencia debida en el ámbito laboral

En el ámbito laboral el deber de obediencia encuentra su base legal en el art. 5.c) ET: «**Deberes laborales.** *Los trabajadores tienen como deberes básicos: e) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*».

En la misma dirección apunta el art. 54.2.b) ET, según el cual: «**Despido disciplinario: 2.** *Se considerarán incumplimientos contractuales: b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo*».

De nuevo, para que la orden de llevar a cabo un comportamiento típico en el ámbito laboral sea obligatoria será preciso que sea lícita, requisito que apoya expresamente el texto legal al exigir que las órdenes e instrucciones del empresario se produzcan en el ejercicio regular de sus facultades.

Ej. 18.12: Retomemos el ejemplo 17.18, en el que Gonzalo L. L., capitán del barco carguero P. M., que se encuentra en medio de una gran tormenta en el mar de Alborán, ordena lanzar por la borda parte de la carga. Si quien recibe la orden es el marinero Sergio L. D. que ha provocado intencionadamente la situación de necesidad al soltar las cuerdas que fijaban un camión volquete almacenado en la bodega, podremos aplicarle la causa de justificación de cumplimiento de un deber aunque, como en el caso del ejemplo anterior, no sea posible aplicar el estado de necesidad por faltar uno de sus requisitos.

4.2.3. La obediencia debida en el ámbito de la Administración pública

Especialmente compleja es la configuración de la obediencia debida en el ámbito de la Administración. Existen diversas fuentes de los deberes de obediencia a los superiores jerárquicos según la rama de la Administración pública a la que nos refiramos.

Así, en el caso de los empleados públicos civiles, encuentra su fundamento en el art. 54.3. EBEP [Estatuto Básico del Empleado Público]; según este precepto: «**Principios de conducta. 3.** *Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes*».

El art. quinto.1.d) LOFCS, señala lo siguiente para los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad: «**Quinto.** Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: **1.** Adecuación al Ordenamiento Jurídico, especialmente: **d)** Sujetarse en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes».

Por último, en el ámbito militar son los arts. 8 y 44 y ss. ROFA, especialmente el art. 48, los que delimitan los deberes de obediencia en las fuerzas armadas:

«Art. 8. Disciplina. La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas».

«Art. 48. Límites de la obediencia. Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión».

En el mismo sentido, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, señala: «**Art. 6. Reglas de comportamiento del militar. 1.** Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes: **Duodécima.** Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas y deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión».

Por otra parte, más allá de las posibles responsabilidades disciplinarias, el funcionario que desobedece una orden dictada por quien tiene competencia realizará los tipos delictivos de los arts. 410 y ss. CP o del art. 44 CPM. Es por ello de la mayor trascendencia delimitar el alcance de las órdenes obligatorias en el seno de la Administración pública.

Al igual que en los casos anteriores en este ámbito todas las órdenes

lícitas de llevar a cabo una conducta típica serán obligatorias. Pero la particularidad de este sector es que la presunción de licitud de los actos del Estado permite la existencia de órdenes ilícitas de obligado cumplimiento, de modo que su ejecución quedaría amparada por la causa de justificación del cumplimiento de un deber. El límite a la obligatoriedad de estas órdenes ilícitas lo proporcionan los primeros preceptos mencionados cuando excluyen el deber de obediencia ante una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Ello deriva en tres posibles situaciones:

A) Órdenes lícitas de llevar a cabo una conducta típica

Las órdenes lícitas de llevar a cabo una conducta típica son obligatorias y, por lo tanto, podrán ser amparadas por la causa de justificación del cumplimiento de un deber si concurre el resto de requisitos.

Ej. 18.13: Recuperando el caso del ejemplo 17.6 en el que tenía lugar una concentración no autorizada ante la Embajada de Israel en Madrid, consideremos ahora la posibilidad de que Antonio B. R., miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que se encuentra en el dispositivo de seguridad, reciba de su superior jerárquico directo y responsable del operativo, Ramón D. S., la orden de disolver la concentración. Con objeto de cumplirla golpea con su porra reglamentaria a Agustín V. S., causándole lesiones leves.

B) Órdenes no manifiestamente ilícitas de llevar a cabo una conducta típica

Puede ocurrir que la orden ilícita sea meramente anulable porque pese a su licitud material adolezca de un defecto de forma o de competencia subsanable. En estos casos el señalado principio de presunción de licitud de los actos del Estado hace que la orden devenga obligatoria, de modo que el subordinado que la cumpla podrá alegar la causa de justificación del cumplimiento de un deber.

Ej. 18.14: Volvamos al ejemplo anterior e introduzcamos la siguiente variación: Antonio B. R. recibe la orden de disolver la concentración de su superior jerárquico directo, Ramón D. S., que no es el responsable del operativo y por lo tanto no tiene la competencia de decidir tal extremo. Este se ha saltado la cadena de mando. Antonio obedece la orden y golpea con su porra reglamentaria a Agustín V. S., causándole lesiones leves.

C) Órdenes manifiestamente ilícitas de llevar a cabo una conducta típica

Las órdenes manifiestamente ilícitas de llevar a cabo una conducta típica no son obligatorias, por lo que en ningún caso se podrá alegar el cumplimiento de un deber como causa de justificación de su cumplimiento.

Con respecto a las fuerzas armadas se plantea la duda de si únicamente quedan fuera del posible amparo de la causa de justificación los ilícitos penales, tal y como parece indicar el citado art. 48 ROFA. Sin embargo, su sujeción al conjunto del ordenamiento jurídico y especialmente a la Constitución, hace que se pueda concluir que tampoco en el ámbito militar se puede alegar la eximente de cumplimiento de un deber ante una orden manifiestamente ilícita.

En el mismo sentido, según el art. 44.3 CPM: «**3.** *No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados*».

En todo caso, el subordinado que acata este tipo de órdenes podrá, si se dan sus requisitos, alegar la concurrencia de las eximentes de estado de necesidad, de miedo insuperable o, en su caso, el error de prohibición.

Ej. 18.15: Acudiendo ahora al ejemplo 12.19, en el que Gustavo P. L. se encuentra en la comisaría, detenido por un delito contra la salud pública. Imaginemos que es José Antonio M. Á. quien da la orden a sus subordinados de que le apliquen unos electrodos con el objeto de que confiese los hechos. La orden es manifiestamente ilícita, por lo que no cabe estimar la concurrencia de la causa de justificación del cumplimiento de un deber. Si finalmente es acatada por los mismos, únicamente podrían alegar el estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad o el miedo insuperable si, por ejemplo, hubieran sido violentamente amenazados por su superior.

Ej. 18.16: En el siguiente ejemplo se podría apreciar un error de prohibición: Pedro Luis L. L., soldado de las Fuerzas Armadas españolas, recibe de su capitán la orden de disfrazarse de médico de la Cruz Roja con la intención de penetrar en la zona enemiga y favorecer desde allí el ataque de las tropas españolas. Pedro, que no se estudió como debía la asignatura de Derecho Internacional Humanitario, desconoce que tal uso indebido de los signos distintivos de la Cruz Roja es un delito (art. 612.4 CP) y cree, en cambio, que tiene el deber de obedecer la orden de su

capitán.

4.3. El derecho-deber de corrección

Sometido a una constante reducción en los últimos años, lo cierto es que aún queda un limitado campo de aplicación a la causa de justificación del cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un derecho en el marco del denominado derecho-deber de corrección que tienen padres, tutores y educadores con respecto a sus hijos, pupilos y alumnos. No existe sin embargo un derecho-deber de corrección de los hijos ajenos. Analicemos estos supuestos.

4.3.1. El derecho-deber de educación y formación de los progenitores sobre sus hijos no emancipados

La base legal del derecho-deber de educación y formación de los progenitores sobre sus hijos no emancipados se encuentra en el art. 154 CC, según el cual: *«Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. ...educarlos y procurarles una formación integral. ... Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad».*

Esta regulación, fruto de la reforma del Código civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, supone una vuelta de tuerca más en el intento por acabar con la base legal de un supuesto derecho a infligir castigos corporales a los hijos no emancipados y avanzar en el respeto a los derechos de los menores. Este camino había sido iniciado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que eliminaba la anterior referencia expresa al derecho de corrección.

En la redacción vigente, junto al respeto a la integridad física y mental de los hijos no emancipados, se introducen los derechos de los mismos como un límite al ejercicio de la patria potestad, manteniéndose la mención al recurso al auxilio de la autoridad.

Ahora bien, ello no quiere decir que se haya suprimido por completo el denominado derecho de corrección de los padres, pues entre los deberes y facultades propios de la patria potestad se incluyen los de educación y formación integral, que podrán suponer en algunos casos la corrección de los hijos. Queda así conformada una suerte de derecho-deber de educación y formación de los progenitores sobre sus hijos no emancipados.

Habida cuenta de los requisitos generales que hemos señalado para la aplicación de la eximente, en los supuestos en que se dé una situación

de conflicto entre la realización de una conducta típica y el derecho-deber de educación y formación, será preciso comprobar si el interés educativo-formativo es superior o igual al finalmente lesionado —con atención al debido respeto a la dignidad de la persona humana—, si se ha cumplido con el deber de un modo acorde con su contenido y el sujeto tenía conciencia y voluntad de actuar en cumplimiento de un deber.

La actuación habrá de ser necesaria y adecuada al objetivo educativo. Veamos las actuaciones que más frecuentemente pueden plantear la posibilidad de concurrencia de la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho.

Ej. 18.17: Martín I. M. intenta que su hija Isabel I. R., de trece años de edad, deje de ver la televisión y se vaya a la cama. Pese a la insistencia de su padre la niña se niega. Martín le propina un cachete e Isabel, llorando, se dirige inmediatamente a su habitación.

A la mañana siguiente Martín le comunica que permanecerá castigada sin salir de casa durante los siguientes cinco días y visiblemente enfadado la denomina «*detritus orgánico de la civilización occidental*».

A) Castigos corporales

Los castigos corporales, aún frecuentes en nuestra sociedad, realizan el tipo del maltrato de obra del art. 153 CP o del art. 173.2 CP en caso de que sean habituales, y pueden derivar en lesiones corporales de distinta gravedad, recogidas en los arts. 147 y ss. CP.

Excluida por razones obvias la compatibilidad entre las formas más graves de estos delitos y la educación y formación de los hijos no emancipados, se plantea la cuestión de si es posible que determinadas conductas que realicen el tipo de las de lesiones corporales de menor gravedad y del maltrato de obra se consideren lícitas. Para ello las concepciones éticas y pedagógicas imperantes deberían estimarlos necesarios y adecuados al fin educativo y el ordenamiento jurídico aportar la base legal necesaria.

Pues bien, hemos de señalar que existe un doble obstáculo. Desde una perspectiva material la pedagogía moderna considera perjudicial la violencia como método de corrección, esto es, innecesaria e inadecuada. Por tanto, el ejercicio de la misma se aleja del fundamento de esta causa de justificación.

Pero además, formalmente la regulación adoptada por el Código civil a partir de 2007 aleja cualquier posibilidad de amparar este tipo de conductas en el derecho-deber de educación y formación, ya que supondrán en cualquier caso un atentado a la integridad física del

menor, cuando no un atentado a su integridad mental. Quedan por tanto fuera del ámbito de aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber.

Por otra parte, hay que contar con la posibilidad de que se aplique la circunstancia de parentesco del art. 23 CP, sin excluir tanto su efecto agravante como atenuante, en función de las concretas circunstancias del caso.

Ej. 18.18: En el ejemplo anterior no sería en ningún caso justificable el cachete propinado por Martín a Isabel.

B) Privaciones de libertad y coacciones

Las privaciones de libertad, que pueden ser constitutivas del tipo de un delito de detenciones ilegales (art. 163 CP), y las coacciones (art. 172 CP) son también comunes en el ámbito de la relación paterno filial.

Si se constata que el encierro —de corta duración— del hijo no emancipado es necesario y adecuado al fin educativo y no supone ninguna vulneración de su integridad psicológica, la conducta típica quedará amparada por la causa de justificación que nos ocupa. Del mismo modo ocurrirá con las coacciones.

Se abre aquí un pequeño espacio a la aplicación de la causa de justificación, que en cualquier caso deberá fundamentarse en la necesidad y adecuación al fin formativo y abarcar el ámbito más reducido posible.

Ej. 18.19: En el ejemplo 18.17, en caso de que Isabel permanezca finalmente cinco días sin salir de casa, será preciso evaluar la necesidad y adecuación de tal medida al objetivo formativo; en caso de que así sea, la conducta estará amparada en la causa de justificación del ejercicio del derecho-deber de corrección.

C) Amenazas e injurias

Las amenazas e injurias (arts. 169 y ss. y 208 CP) que puedan producirse en el marco de ejercicio del derecho-deber de corrección podrían estar amparadas por la causa de justificación siempre que además de necesarias y adecuadas al fin educativo no supongan lesión alguna de la integridad mental del hijo.

De nuevo deberemos ser especialmente rigurosos a la hora de justificar estas conductas típicas. Recordemos que tanto en este como en los casos anteriores se deberá ser especialmente respetuoso con el principio del debido respecto a la dignidad de la persona humana y a los límites establecidos por el Código civil; en este caso es fundamental el respeto a la integridad mental del hijo no emancipado,

por lo que a lo sumo cabría plantearse la posibilidad de justificar los casos menos graves, quedando muy limitado el campo de aplicación de la causa de justificación.

Ej. 18.20: Con respecto a las posibles injurias vertidas por Martín contra su hija Isabel en el ejemplo 18.17, lo primero que será preciso es comprobar si se da el *animus iniuriandi* [es la voluntad, intención o ánimo de un sujeto para injuriar a otro con expresiones o frases que atenten contra su honor] propio de este delito, pues de no ser así, la conducta habrá de ser declarada simplemente atípica. Si concurre tal ánimo y no concurre el ánimo de actuar en legítimo ejercicio del derecho-deber de corrección, la conducta será típica y antijurídica. En caso de que coexistan ambos elementos subjetivos será preciso ponderar la necesidad y adecuación de la expresión al fin educativo perseguido.

En todos los supuestos anteriores resta la posibilidad de que concurren los requisitos de otras causas de justificación como la legítima defensa o incluso el estado de necesidad, que podrán suponer la actuación lícita de los progenitores sin que sea preciso que su intervención esté relacionada con un posible derecho-deber de educación y formación de los mismos.

4.3.2. *El derecho-deber de educación y formación de los tutores sobre sus pupilos*

Los estrictos límites señalados a los padres para el ejercicio del derecho-deber de corrección de sus hijos no emancipados son de aplicación a los tutores con respecto a sus pupilos. En este caso la base legal sobre la que se asienta tal derecho-deber se encuentra en los arts. 268 y 269.2 CC, cuya redacción proviene de la reforma del Código civil por la Ley 54/2007. Según los citados preceptos:

«**Art. 268.** *Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad*».

«**Art. 269.** *El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

2. *A educar al menor y procurarle una formación integral.*

3. *A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad*».

Como vemos, pese a no haber sido incluidos los anteriores artículos en la reforma por la Ley 26/2015, las pautas marcadas son muy similares a las ya definidas para los padres, señalando unos límites muy estrechos a la posible justificación de conductas típicas con base en el derecho-deber de educación y formación de los tutelados.

De nuevo, en aquellos casos en que no sea posible aplicar la causa de justificación del ejercicio del derecho-deber de corrección, será posible alegar la legítima defensa o el estado de necesidad si se dan sus requisitos.

Ej. 18.21: Los ejemplos 18.17 y siguientes nos pueden servir para ilustrar este apartado.

4.3.3. *El ejercicio de la función docente por parte de maestros y profesores*

La situación de los maestros y profesores en el ámbito de la educación no universitaria es similar a la descrita en los apartados anteriores. El art. 6.3 LODE, reformado en 2006 por la Disposición final primera de la LOE, recoge la siguiente previsión con respecto a los derechos de los alumnos: «3. Se reconocen a los alumnos los siguientes derechos básicos:

b) *A que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales.*

d) *A recibir orientación educativa y profesional.*

f) *A la protección contra toda agresión física o moral».*

Estamos ante una situación muy similar a la que hemos destacado para padres y tutores. La regulación sectorial hace referencia expresa a la dignidad personal del alumno, pero ya sabemos que se trata de un principio que no puede ser soslayado en ninguno de los ámbitos que hemos estudiado. Los principios básicos descritos en los apartados anteriores son pues también de aplicación en este ámbito.

Ej. 18.22: José Miguel C. S., profesor de educación primaria, ante las repetidas impertinencias de su alumno de nueve años Álvaro M. G., se dirige súbitamente hacia él y estirándole fuertemente de las patillas, le dice «no eres más tonto porque no te entrenas» y le castiga sin salir al recreo los tres días siguientes. La solución de este supuesto es similar a la que hemos desarrollado en los ejemplos anteriores.

4.3.4. *El derecho-deber de corrección de los hijos ajenos no emancipados*

Aunque tradicionalmente los miembros de la comunidad ejercían con frecuencia funciones de corrección de los hijos menores o incapaces

ajenos, en la actualidad se puede afirmar con rotundidad que no existe un derecho y mucho menos un deber de corrección de los mismos.

Únicamente cuando exista un consentimiento expreso o tácito de los padres o tutores de un concreto menor o incapaz, se podrá alegar la causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

Con respecto a las actuaciones lesivas de los hijos ajenos no emancipados siempre quedará a salvo la posibilidad de aplicar otras eximentes como la legítima defensa o el estado de necesidad cuando se den sus requisitos, al igual que en los supuestos anteriores.

4.4. El ejercicio legítimo de un derecho en el ámbito profesional

El ejercicio legítimo de algunas profesiones puede suponer la realización de conductas típicas. Siempre que se den sus requisitos podremos encontrarnos ante situaciones en las que aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de un oficio. Los supuestos más comúnmente mencionados se refieren al ejercicio de las profesiones de periodista, abogado y médico.

4.4.1. *El ejercicio legítimo de la profesión de periodista*

Especialmente problemáticos y comunes son los casos en los que como consecuencia del ejercicio de la profesión de periodista se llevan a cabo conductas que pueden realizar los tipos de los delitos de injurias o calumnias. Se trata de un campo complejo por los intereses en juego, pues junto a la protección de los bienes jurídicos lesionados concurren la libertad de expresión y el derecho a la información. De hecho, como ha señalado repetidamente el Tribunal Constitucional, cuando las conductas se encuentren dentro del contenido esencial del derecho fundamental en cuestión, no pueden tener relevancia penal — véase, como más representativas, las SSTC 137/1997, de 21 de julio; 110/2000, de 5 de mayo; 185/2003, de 27 de octubre; 108/2008, de 22 de septiembre y 104/2011, de 20 de junio—.

Ej. 18.23: María Victoria F. M, redactora de opinión de un prestigioso semanario, publica un artículo escrito por ella misma, en la que afirma que la reconocida escritora Genoveva G. S. habría defraudado a la Hacienda Pública del Estado un total de trescientos mil euros.

También en este caso es preciso analizar la concurrencia de los distintos elementos subjetivos tanto de los delitos de injurias y calumnias como de la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión de periodista.

A) No concurre el *animus iniuriandi o calumniandi*

La conducta potencialmente injuriosa o calumniosa en la que no concurre el *animus iniuriandi o calumniandi* no es típica. No se le puede exigir responsabilidad penal al periodista que actúe sin dichos ánimos y no procederá por tanto el análisis de la concurrencia de la causa de justificación.

B) Concurre el *animus iniuriandi o calumniandi*

Para que la conducta del periodista sea típica es preciso que concurra el *animus iniuriandi o calumniandi*. Es en estos casos cuando podrá entrar en juego la eximente del ejercicio legítimo de la profesión.

- a) Concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación: Si se da el resto de los requisitos, se podrá aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho. En este caso el análisis deberá dedicar especial atención a la ponderación de los intereses en juego para determinar si priman la libertad de expresión y el derecho a la información. En dicha valoración se habrá de tener en cuenta la veracidad de lo relatado —no es preciso que la información sea totalmente cierta, sino que el periodista haya tomado las adecuadas cautelas a la hora de verificar la misma—, la relevancia o interés público de la información, la intención del periodista de participar en la formación de la voluntad política de la comunidad, y la necesidad de las expresiones injuriosas o calumniosas en el caso concreto.
- b) No concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación: La conducta injuriosa o calumniosa será típica y antijurídica y pasaremos a analizar la culpabilidad.

4.4.2. *El ejercicio legítimo de la profesión de abogado*

En el ejercicio de la profesión de abogado también se presentan con frecuencia conductas que realizan tipos de lo injusto relacionados con la función de los letrados en los procedimientos judiciales. Los supuestos más frecuentes son los de los delitos de injurias y calumnias y los de descubrimiento y revelación de secretos, pudiéndose aplicar también en este caso las consideraciones de nuestro Tribunal Constitucional sobre el ejercicio de derechos fundamentales ya citadas respecto al ejercicio de la profesión de periodista.

Ej. 18.24: Alina Veronica V., abogada del turno de oficio, defiende a Miguel Angel G. S., acusado de un delito de violación. En el transcurso del juicio y como parte de su estrategia de defensa, la letrada afirma que la vida de la presunta víctima era «*absolutamente licenciosa*», habiendo tenido «*contactos sexuales con numerosos hombres los días precedentes a los*

hechos» y aporta como prueba unas fotos en las que se aprecia a la misma en distintas fiestas privadas en las que «aparentemente había ingerido alcohol u otras sustancias».

A) Injurias y calumnias

Nos referimos en primer lugar a los supuestos en los que la actividad profesional del letrado desemboca en la posible concurrencia de las injurias arts. 208 y ss. CP o de las calumnias de los arts. 205 y ss. CP. Se trata de una situación común y de hecho el art. 215.2 CP recoge una previsión procedimental expresa sobre esta cuestión: «*Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas enjuicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido*».

Se plantea pues la cuestión de cuándo se pueden considerar legítimas dichas conductas.

Supuesta la concurrencia de los elementos objetivos del tipo de ambos delitos, para determinar si concurre o no la causa de justificación es fundamental estudiar si se dan los elementos subjetivos que han de estar presentes en este tipo de conflictos de intereses: el *animus iniuriandi o calumniandi*, según que estemos ante injurias o calumnias; y el conocimiento y voluntad de actuar en el ejercicio legítimo de la profesión de abogado como requisito de la causa de justificación. Las combinaciones posibles son las siguientes:

- a) **No concurre el animus iniuriandi o calumniandi**: Independientemente de que el sujeto actúe con voluntad de estar amparado en la causa de justificación, la conducta potencialmente injuriosa o calumniosa en la que no concurre el *animus iniuriandi o calumniandi* no es típica. No se le puede exigir responsabilidad penal al abogado que actúe sin alguno de dichos ánimos.
- b) **Concurre el animus iniuriandi o calumniandi**: Si concurre el *animus iniuriandi o calumniandi* la conducta del abogado será típica, es entonces cuando podrá entrar en juego la eximente del ejercicio legítimo de la profesión.
 - i. **Concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación**: Si se da el resto de los requisitos se podrá aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión de abogado. Téngase en cuenta que ello supondrá que la comisión de la conducta típica sea necesaria desde una perspectiva *ex ante* para la defensa de sus intereses.
 - ii. **No concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación**: La conducta injuriosa o calumniosa no solo será típica sino antijurídica, así que podremos pasar a analizar la culpabilidad.

B) Descubrimiento o revelación de secretos

También puede ocurrir que el abogado en el desempeño de su profesión lleve a cabo declaraciones que realicen el tipo de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, regulados en los arts. 197 y ss. CP. En estos supuestos para determinar si concurre la causa de justificación deberá hacerse especial hincapié en la comprobación de la necesidad de llevar a cabo la conducta típica en el marco del concreto proceso en el que se produzca.

4.4.3. *El ejercicio legítimo de la profesión médica*

En el ejercicio de la profesión médica se plantea frecuentemente la cuestión de cómo tratar casos en los que se producen muertes, lesiones o coacciones. La posible aplicación de la eximente de ejercicio legítimo de la profesión dependerá de la naturaleza de la práctica de que se trate y de las circunstancias que la acompañen. En la ponderación de los intereses en juego será de nuevo fundamental tener en cuenta el principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana. En este ámbito, otras eximentes como el consentimiento del paciente tienen también un importante campo de aplicación.

A) Intervenciones médicas curativas consentidas

Las intervenciones curativas que cuentan con el consentimiento del paciente o sus representantes serán objeto de distinto tratamiento según que sean exitosas o no.

a) Resultado favorable: Descartados el homicidio y las coacciones —ya que se trata de una intervención exitosa y contamos con el consentimiento preceptivo—, si el resultado final de un proceso curativo que implica la causación de lesiones es favorable, no concurre, según la doctrina mayoritaria, el tipo objetivo del delito de lesiones corporales. La conducta será atípica y no tendrá sentido analizar la concurrencia de causas de justificación. Otro sector, minoritario, entiende que estaremos ante un comportamiento típico pero justificado.

Ej. 18.25: David C. L., especialista en cirugía general, extirpa el bazo a Judith T. R., que había sufrido un grave accidente de circulación. Al mes de la operación Judith recibe el alta médica. Pese a que para llevar a cabo la operación David ha debido provocar una serie de incisiones y cortes a su paciente, el resultado final es favorable, para la doctrina mayoritaria la conducta no puede ser entendida

como unas lesiones, será atípica.

b) Resultado desfavorable: Presupuesto el ánimo de curar, las consecuencias jurídico penales de un resultado desfavorable dependerán directamente de si la actuación del facultativo fue conforme a la *lex artis* o no.

i) Si el resultado es desfavorable y se constata que se ha producido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido, nos encontraremos en la esfera de los delitos imprudentes y no será posible acudir a la eximente de ejercicio legítimo de la profesión médica, pero no porque las causas de justificación no sean aplicables en los delitos imprudentes, sino porque precisamente en este caso el ejercicio de la actividad no ha sido el legítimo —ahora bien, se podría plantear la aplicación de la eximente incompleta si se dieran sus requisitos—.

Ej. 18.26: En el supuesto anterior, Judith T. R. finalmente fallece porque David C. L. ha olvidado una gasa dentro de su cuerpo.

ii) Pero no siempre un resultado desfavorable es consecuencia de un error médico. En aquellos casos en que el resultado desfavorable se haya producido a pesar de haber actuado el facultativo de acuerdo con las normas que rigen la profesión médica, la conducta será atípica, según unos autores, o podrá aplicarse la causa de justificación del ejercicio de la profesión médica, según otros.

Ej. 18.27: A pesar del esfuerzo realizado por David C. L., Judith T. R. fallece como consecuencia de la gravedad de las heridas que recibió en el accidente. El hecho de haberle extraído el bazo, bien deberá ser considerado atípico, bien justificado.

B) Intervenciones médicas no curativas consentidas

Existen intervenciones médicas que no tienen por sí solas carácter curativo. Es el caso de la medicina experimental, gran parte de los supuestos de la cirugía estética y transexual, de las esterilizaciones y de los casos de trasplantes o transfusiones desde el punto de vista del donante.

En estos casos se realiza el tipo de los delitos dolosos de lesiones y es

preciso encontrar el tratamiento penal adecuado. Se plantea la aplicación de las causas de justificación del ejercicio legítimo de la profesión médica y del consentimiento del ofendido. El Código penal incluye una previsión específica en este segundo supuesto.

- a) Causa de justificación del consentimiento del ofendido: Tal y como recoge el art. 156 CP, el consentimiento del ofendido exime de responsabilidad penal en casos de trasplantes, esterilizaciones y cirugía transexual cuando se cumpla con los requisitos pertinentes —analizaremos esta eximente más abajo—.
- b) Causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión. Se aplicará en el resto de supuestos. Para ello el facultativo deberá estar legalmente habilitado, la intervención habrá de estar indicada y se habrá de realizar con arreglo a las normas de la *lex artis*, será preciso contar con el consentimiento del paciente y deberá concurrir el elemento subjetivo de la causa de justificación.

Ej. 18.28: José C. B., médico investigador de la industria farmacéutica B., inyecta a José Luis L. C. un compuesto que se encuentra en fase de experimentación para la lucha contra la malaria. José Luis ha de ser ingresado en un centro hospitalario víctima de fuertes dolores abdominales y es dado de alta a los cuarenta y un días de internamiento. La conducta de José C. B. estará justificada en caso de que haya cumplido con los requisitos que exige la normativa que regula este tipo de intervenciones.

C) Intervenciones médicas arbitrarias

Cuando el tratamiento médico sea arbitrario, esto es, se produzca sin el consentimiento del paciente o de sus representantes legales, también es posible que la conducta, que puede realizar el tipo del homicidio, las lesiones o las coacciones, esté justificada. En estos casos el campo de actuación lícita es más restringido.

El ejercicio legítimo de la profesión médica tendrá cabida si nos encontramos en alguno de los supuestos regulados en el art. 9.2 LAP [Ley Básica de Autonomía del Paciente]. Según este precepto: «**9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.**

2. *Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:*

- a) *Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de*

razones sanitarias establecidas por la Ley...

b) *Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».*

Ej. 18.29: Dentro de este tipo de situaciones podemos incluir los casos de vacunaciones obligatorias.

Los arts. 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, incluyen también la posibilidad de que autoridades de las distintas Administraciones sanitarias tomen medidas especiales de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control para proteger la salud pública y prevenir su pérdida y deterioro. Con ello se abre un marco en el que se podrá aplicar, si se da el caso, la exigente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

4.5. El derecho a la práctica del deporte

Mencionada en el art. 43.3 CE, la práctica del deporte constituye un derecho reconocido expresamente en el art. 1.2 LD, según el cual: «*La práctica del deporte es libre y voluntaria. Como factor fundamental de la formación y del desarrollo integral de la personalidad, constituye una manifestación cultural que será tutelada y fomentada por los poderes públicos del Estado*».

Es claro que por su importante componente físico, durante el ejercicio de muchas de sus modalidades se puede producir muertes o lesiones. Pero además, la violencia es parte de la práctica habitual de algunos deportes, por lo que dichas muertes o lesiones pueden ser fruto no solo de la imprudencia sino incluso de una actuación dolosa. La propia Ley del deporte prevé este extremo, incluyendo una previsión específica para el caso de que se comentan delitos. Según el art. 83.1 LD: «*Los órganos disciplinarios deportivos competentes deberán, de oficio o a instancia del instructor del expediente, comunicar al Ministerio Fiscal aquellas infracciones que pudieran revestir caracteres de delito o falta penal [esta última referencia se entiende derogada por la Disposición derogatoria única de la LO 1/2015, que suprime la categoría de las faltas]*».

Pese a ello son pocos los casos que llegan a ser conocidos por los tribunales.

Ej. 18.30: Recordemos el caso recogido en el ejemplo 18.3, en el que se producen unas lesiones como consecuencia de la

práctica del boxeo.

Teniendo en cuenta el proceso de profesionalización que el deporte ha sufrido en las últimas décadas, en este apartado vamos a analizar la posibilidad de aplicar a estos supuestos la causa de justificación del ejercicio de un derecho o de un oficio. Obviaremos los casos atípicos en que un sujeto sin dolo causa lesiones o muerte ajustándose a las reglas del cuidado debido y analizaremos por tanto los supuestos en que concurre dolo o imprudencia. Para ello es fundamental tomar en consideración los distintos estatutos y reglamentos reguladores de cada deporte, a los que se remite el art. 73.1 LD.

4.5.1. *El derecho a la práctica del deporte y los tipos delictivos dolosos*

En deportes violentos será posible la producción de lesiones o incluso muertes con dolo directo o eventual. Tales conductas realizarán los respectivos tipos de lo injusto. En estos casos cabrá acudir a la aplicación de la causa de justificación del ejercicio de un derecho u oficio. Para ello la actuación lesiva habrá de ser acorde al reglamento y se deberá de dar el resto de requisitos.

Por lo que respecta a los delitos de homicidio entendemos que en ningún caso estará justificada la producción de un resultado de muerte con dolo directo, sea de primero o de segundo grado; solo podrá estar amparada por la causa de justificación del ejercicio legítimo del deporte cuando concurra dolo eventual.

En el caso de los delitos de lesiones corporales, si la actuación no se acogiera a las reglas establecidas, se podrá aplicar la atenuante que el art. 155 CP prevé para las lesiones consentidas, siempre que la víctima hubiera otorgado su acuerdo para la vulneración del reglamento, pero nunca con carácter general.

4.5.2. *El derecho a la práctica del deporte y los tipos delictivos imprudentes*

La inobservancia del cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte excluye la posibilidad de aplicar la eximente del ejercicio legítimo de un derecho u oficio en los delitos imprudentes. Se trata de una imposibilidad conceptual. Para que se pueda considerar legítima la práctica de un deporte será preciso que el sujeto se acoja a las reglas que regulan la misma, reglas que incluyen el respeto al cuidado objetivamente debido y justamente su infracción es la característica fundamental de los delitos imprudentes.

4.6. La realización arbitraria del propio derecho: vías de hecho

Por vías de hecho se entiende el ejercicio arbitrario de un derecho con empleo de violencia, amenazas, coacciones o cualquier otro medio

ilegítimo.

Se trata de una práctica no amparada por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho. La legitimidad que ha de caracterizar al modo en que se ejerce el derecho excluye tal posibilidad. y de hecho supone la comisión del delito de realización arbitraria del propio derecho, recogido en el art. 455 CP entre los delitos contra la Administración de Justicia.

Ej. 18.31: Victoria S. C. cede el uso de su apartamento a José María P. G. gratuitamente y por un periodo de tres meses. Pasado el plazo establecido José María se compromete a abandonarlo. Transcurren los tres meses y pese a los requerimientos de Victoria, José María se niega a abandonar la vivienda. Aprovechando que este ha salido a comprar pan Victoria fuerza la puerta y cambia la cerradura.

Ahora bien, si se dieran sus circunstancias, en este tipo de situaciones cabría alegar las eximentes de legítima defensa o estado de necesidad.

II. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD Y COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Cuando hablamos de consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y como causa de justificación nos referimos al consentimiento del portador del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, sujeto pasivo del delito. Ello limita su aplicación a aquellos delitos en los que el portador es una persona física o jurídica, pero en ningún caso será aplicable cuando nos encontremos con bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual, cuyos portadores son la comunidad, el Estado o incluso la comunidad internacional —categorías que estudiamos en la lección 1 de este Curso—.

No existe una regulación expresa del consentimiento en la Parte general de nuestro Código penal, pero de la interpretación del mismo se puede inferir que puede ser relevante tanto como causa de exclusión del tipo de lo injusto, como en su versión de causa de justificación, además de actuar como atenuante en los delitos de lesiones.

1. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD

Cuando el consentimiento concurre como causa de exclusión del tipo de lo injusto la conducta es atípica, carece de relevancia penal. En puridad no estamos pues ante una eximente. Vamos a estudiar el

fundamento y los requisitos que han de concurrir para que se dé este tipo de situaciones.

1.1. Fundamento del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad

El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad tiene su fundamento en la libertad de disposición del bien jurídico por parte de su portador. Podrá pues concurrir en aquellos delitos en los que la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo sea un requisito de la conducta típica. Con este fundamento podemos encontrar dos grupos de figuras delictivas en las que cabe la aplicación del mismo.

1.1.1. Figuras delictivas cuyo bien jurídico protegido es la libertad individual

El primer grupo de delitos en los que el consentimiento del sujeto pasivo hace la conducta atípica es el de aquellos que protegen algún ámbito de la libertad individual. Lógicamente, si el bien jurídico protegido es directamente la libertad individual, se protege también la libertad de disposición de la misma.

Ej. 18.32: Se dará en delitos como las detenciones ilegales y secuestros (arts. 163 y ss. CP), las coacciones (art. 172 CP) o las agresiones y abusos sexuales (arts. 178 y ss. y 181.1 CP).

1.1.2. Figuras delictivas que junto a un bien jurídico protegen la libertad de disponer del mismo

En este caso no se protege la libertad directamente sino determinados bienes jurídicos cuya lesión o puesta en peligro supone la falta de consentimiento de su portador, de tal manera que si este consiente falta uno de los elementos del tipo de lo injusto.

Ej. 18.33: Es el caso de delitos como el hurto (art. 234 CP) o el allanamiento de morada (art. 202 CP).

1.2. Requisitos del consentimiento como causa de exclusión del tipo

El consentimiento como causa de exclusión del tipo plantea algunas diferencias con la regulación general del mismo, recogida en los arts. 1262 y ss. CC. las características que ha de presentar son las siguientes:

a) Ha de ser consciente y libre. Ello excluye como consentimiento válido el obtenido mediante amenazas, violencia o intimidación, así como los supuestos de engaño.

b) Es irrelevante el error sobre los motivos por los que se otorga el consentimiento, no así el error sobre el propio bien jurídico, que excluirá la validez del mismo.

Ej. 18.34: David P. G. da su consentimiento para que sus amigos utilicen su casa sin saber que se va a rodar una película que inevitablemente causará importantes daños en el jardín y en el mobiliario. Dichos daños no estarán abarcados por el consentimiento del propietario.

c) Es irrelevante la forma en que se preste.

d) En cuanto al momento de prestación, deberá ser anterior o simultáneo, no es válido el consentimiento posterior. El consentimiento es en cualquier caso revocable.

e) Para que se dé la capacidad de consentimiento es preciso que el sujeto cuente con capacidad natural de juicio, esto es, que sea capaz de comprender el sentido y la trascendencia de su resolución de voluntad en relación con el bien jurídico.

Nótese que ello no precisa que el sujeto sea imputable y de hecho, si se da la capacidad natural de juicio, lo podrán otorgar los menores de edad —a salvo de aquellos supuestos en los que se prevea un límite de modo expreso—.

Ej. 18.35: Es el caso del Capítulo II bis, del Título VIII del Libro II del Código penal, «*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*», que establece precisamente esa edad para considerar válido su consentimiento.

f) No influyen en la validez del consentimiento otorgado la índole de los motivos que se encuentren tras el mismo, no excluyéndola por ejemplo su inmoralidad o ilicitud.

g) El que el sujeto activo desconozca la existencia del consentimiento no lo invalida, pero abre las puertas a una tentativa del delito en caso de que su no existencia fuera no absolutamente improbable y la conducta objetivamente peligrosa *ex ante*.

Véase el ejemplo 13.30.

2. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Aunque algunas corrientes doctrinales han defendido que el consentimiento actúa siempre como causa de exclusión de la tipicidad

y otros autores, como JIMÉNEZ DE ASÚA, hayan afirmado que en ningún caso puede tener naturaleza de causa de justificación, lo cierto es que queda un espacio para su aplicación como tal.

Se trata de figuras delictivas en las que se protegen bienes jurídicos individuales disponibles, sin que se proteja al mismo tiempo su libertad de disposición; esto es, son disponibles pero no con carácter general. Nos encontramos por tanto en un espacio intermedio entre los bienes jurídicos indisponibles y aquellos que llevan aparejada su libertad de disposición.

Ej. 18.36: Son delitos como los de injurias (art. 208 CP), daños (arts. 263 y ss. CP) o, en el ámbito de las lesiones corporales, los supuestos ya analizados del art. 156 CP.

2.1. Fundamento del consentimiento como causa de justificación

Han sido varios los modelos desarrollados para fundamentar la eficacia del consentimiento como causa de justificación. Se han utilizado ideas como la ausencia de interés, la renuncia a la protección del Derecho o la desaparición del objeto de protección. Sin embargo, el planteamiento que entendemos más convincente es el de NOLL, que centra su propuesta en la ponderación de valores que se encuentra tras toda causa de justificación.

Desde esta perspectiva, el fundamento del consentimiento como causa de justificación se encuentra en la prelación de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos implicados en estas situaciones.

2.2. Requisitos del consentimiento como causa de justificación

Las características del consentimiento como causa de justificación coinciden en principio con las ya señaladas para el consentimiento como causa de exclusión del tipo, a las que nos remitimos. Sin embargo, hay que hacer algunas salvedades.

La primera de ellas en torno a la eficacia del consentimiento en los delitos de lesiones corporales. Como veremos inmediatamente, las previsiones del Código penal para estos casos exigen requisitos más rigurosos que los habituales para la aplicación del consentimiento.

Pero también existen diferencias por lo que respecta a los efectos del desconocimiento, por parte del autor de la conducta típica, de la concurrencia del consentimiento. Como sabemos, la aplicación de una causa de justificación presupone en todo caso que el sujeto actúe con conciencia y voluntad de estar amparado por la misma. Junto con la validez del consentimiento, este elemento subjetivo es un carácter

esencial de la causa de justificación. Ello excluye de la aplicación de esta eximente aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta típica desconozca que el sujeto pasivo otorgó su consentimiento a la lesión del bien jurídico. Solo cuando el sujeto activo conozca su existencia y actúe con dicha motivación —compatible con otras— la conducta típica estará legitimada.

2.3. Aplicación práctica del consentimiento como causa de justificación

Existen algunos ámbitos en los que la aplicación del consentimiento como causa de justificación presenta ciertas particularidades. En otros casos ha sido objeto de mayor atención por su especial interés práctico. A ambas cuestiones vamos a dedicar este apartado.

2.3.1. *El consentimiento como atenuante y como causa de justificación en los delitos de lesiones corporales*

Existe una regulación expresa del alcance del consentimiento en los delitos de lesiones corporales. Incluye tanto una atenuante aplicable a las lesiones en general como una causa de justificación para determinados supuestos.

A) La atenuante del consentimiento en los delitos de lesiones corporales

El art. 155 CP recoge una regulación expresa del consentimiento como atenuante con efecto general en los delitos de lesiones corporales. Pese a que se trata de un supuesto de graduación de la magnitud de lo injusto, lo tratamos en este punto por su relación con la eximente que recoge el art. 156 CP. Según el art. 155 CP: *«En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.*

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección».

La primera consecuencia de esta regulación es que el consentimiento queda excluido con carácter general como causa de justificación en los delitos de lesiones corporales. La integridad física, bien jurídico protegido por estas figuras delictivas, no es disponible con carácter general frente a actuaciones ajenas.

Por otra parte, para que pueda aplicarse la atenuación se exige que el consentimiento sea expreso y espontáneo y se excluye el de menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección, adoptando una regulación más estricta que la que se aplica a otros supuestos de consentimiento con relevancia jurídico penal.

El fundamento de esta atenuante se encuentra en la menor gravedad

de lo injusto de estos casos y en concreto por el menor desvalor de la acción de lesionar cuando concurre el consentimiento del sujeto pasivo.

B) La causa de justificación del consentimiento en los delitos de lesiones corporales

Pese a que con carácter general el consentimiento en las lesiones tendrá un efecto meramente atenuante, el Código recoge la regulación expresa de la causa de justificación del consentimiento para determinados supuestos de lesiones corporales. Las condiciones resultan de nuevo más rigurosas que en el régimen general que hemos descrito.

Ya hicimos referencia a esta causa de justificación cuando explicábamos la de ejercicio legítimo de la profesión médica. Según el art. 156 CP: *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil».

Es decir, en estos supuestos el consentimiento ha de ser en todo caso expreso, no ha de mediar precio, recompensa o promesa y el sujeto ha de ser mayor de edad no incapacitado, siendo inválido en estos casos el consentimiento de los representantes legales salvo en los supuestos que recoge el segundo párrafo para casos de esterilización de personas que de modo permanente no puedan prestar consentimiento válido.

2.3.2. El consentimiento en los delitos imprudentes

En los delitos imprudentes el consentimiento se limita a la realización de la conducta típica, ya que es irrelevante su extensión a un resultado ajeno al contenido de la prohibición y que no pertenece a la conducta. Para poder apreciarlo será menester llevar a cabo la ponderación de valores implícita en toda causa de justificación y que se trate de un bien jurídico disponible.

Ej. 18.37: Reginaldo P. H. permite a su amiga Agripina O. B. que juegue a los dardos a pocos centímetros de una pintura de gran valor de finales del siglo XVIII que cuelga en el salón de su casa. Finalmente uno de los dardos atraviesa la tela, provocando un desgarro de varios centímetros en la parte inferior izquierda.

2.3.3. *El consentimiento presunto*

El consentimiento presunto se da en aquellos casos en que el portador del bien jurídico no conoce la situación en que su consentimiento se entiende otorgado, pero lo hubiera dado de haberla conocido. Es un supuesto diferente del consentimiento tácito, en el que concurre el consentimiento pero no es expreso. En los casos que ahora nos ocupan el sujeto activo actúa presumiendo que el sujeto pasivo está de acuerdo con su conducta.

Se ha planteado si se trata de una causa de justificación independiente o una mera variación de la causa de justificación de consentimiento hasta ahora analizada. Al respecto debemos señalar que no son convincentes las propuestas de concederle perfiles propios, para que sea efectivo se habrá de ajustar a las características de la eximente hasta el momento analizada.

Si el sujeto que actúa presumiendo el consentimiento del portador del bien jurídico está equivocado, cabrá apreciar un error de prohibición, que tendrá su lugar sistemático de análisis en la culpabilidad.

LECCIÓN 19. EL DELITO COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA, y III: LA GRADUACIÓN DE LO INJUSTO

I. LO INJUSTO COMO MAGNITUD GRADUABLE

Una de las principales conclusiones del análisis de la tipicidad y sus distintas formas es que lo injusto de los delitos está formado por el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado —a salvo de aquellos casos en que este último no concurre por razones estructurales—. También en la antijuridicidad nuestro estudio ha tenido por objeto ambos tipos de desvalor: la concurrencia de causas de justificación supone la compensación del desvalor del hecho, que por ello no puede ser considerado ilícito.

Todo ha girado por tanto en torno a la determinación de la magnitud de lo injusto. Su trascendencia viene dada porque es uno de los elementos fundamentales que, junto con el grado de culpabilidad y las

posibles exigencias político criminales de cada caso, nos permitirá concretar la naturaleza y medida de la pena.

El análisis de los distintos elementos del delito estudiados hasta aquí no es por tanto un simple ejercicio teórico, sino que tiene un significado práctico decisivo: nos permite establecer cuál es la gravedad de los desvalores de la conducta y del resultado de un concreto delito, constituyéndose así en la base sobre la que determinar la naturaleza y magnitud de la respuesta penal a la conducta. Resulta pues fundamental atender a los distintos elementos que conforman el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado.

Como estudiábamos en las lecciones 10, 11 y 12, la constitución del desvalor de la conducta depende de la naturaleza dolosa o imprudente de la infracción penal. En el caso de los delitos dolosos pertenecerán a la misma:

1. El dolo.
2. El resto de elementos subjetivos de lo injusto en el caso de que concurran.
3. La infracción de los deberes específicos que atañen al autor en los delitos especiales.
4. El modo, la forma y el grado de realización de la conducta.
5. La peligrosidad de la misma en los delitos de acción.
6. La idoneidad de la conducta omitida para evitar el resultado en los delitos de omisión. En los delitos imprudentes estará determinado por la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

Por lo que respecta al desvalor del resultado, está constituido por la lesión o el peligro del bien jurídico protegido.

Es pues el análisis de todos estos caracteres el que nos permitirá establecer la gravedad de lo injusto como primer escalón en el proceso de determinación de las consecuencias penales de una conducta. Lo injusto es una magnitud graduable: podrá ser más o menos grave según las circunstancias concurrentes.

El análisis que hemos desarrollado hasta el momento ha aportado gran parte de los datos necesarios para llevar a cabo la valoración de lo injusto de una determinada conducta pero, junto a ellos, la ley incluye expresamente aún una serie de circunstancias que permiten modular la gravedad del desvalor de las conductas y resultados analizados; se habla así de circunstancias agravantes y atenuantes de lo injusto.

La antijuridicidad no queda por tanto limitada a una función meramente negativa, de descarte, no se agota con la comprobación de la ausencia de causas de justificación. En caso de que se constate que la conducta no se encuentra amparada por ninguna de ellas, el análisis debe seguir con la determinación de la concreta gravedad del hecho antijurídico, esto es, de lo injusto, para lo cual será preciso analizar la

conurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes que lo afecten. Este es el objeto de la presente lección.

II. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

Si bien el objeto de esta lección es el análisis de aquellas circunstancias que afectan a la gravedad de lo injusto, antes de iniciar su estudio es conveniente que dispongamos de una visión previa de conjunto tanto del concepto general de circunstancias agravantes y atenuantes como de las distintas categorías que incluye el Derecho penal vigente.

1. CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

La ley recoge expresamente una serie de circunstancias que utiliza para modular la magnitud de las penas a aplicar, también conocidas como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. No todas ellas atienden a una mayor o menor gravedad de lo injusto, lugar sistemático en el que nos encontramos, sino que pueden tener su fundamento en otros caracteres del delito como la culpabilidad o la punibilidad. Es por ello que podemos definir las circunstancias agravantes y atenuantes como *todo hecho, condición o relación que la ley regula para modular sin excluir la magnitud de lo injusto, la culpabilidad o la punibilidad de un hecho delictivo*.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

Son varios los criterios que podemos emplear para clasificar las circunstancias que sirven para modular la magnitud de lo injusto, la culpabilidad o la punibilidad. Obviamente podemos distinguirlas según su carácter agravante o atenuante, pero también atendiendo a su ámbito de aplicación, según que se apliquen con carácter general o a concretos delitos, y por su fundamento, que depende directamente del elemento del delito al que afecten.

2.1. Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes por su ámbito de aplicación

Atendiendo a que se encuentren reguladas en la Parte general del Código penal, y por tanto sean aplicables a todos los delitos compatibles con sus características, o que estén incluidas en la Parte especial, en la descripción de concretas figuras delictivas o grupos de

delitos, se distingue entre circunstancias genéricas y específicas. Existe también la posibilidad de que alguna la podamos encontrar en ambas situaciones.

Ej. 19.1: Las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, como el arrebató y obcecación o la reincidencia, se encuentran recogidas en los arts. 21 y ss. CP.

El ánimo de lucro es, por ejemplo, una circunstancia agravante específica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros recogida en el art. 318 bis 1 CP.

La alevosía aparece tanto en el catálogo de agravantes genéricas del art. 22 CP como en el delito de asesinato del art. 139 CP, donde actúa como agravante específica.

La concurrencia de las circunstancias genéricas se traduce en la aplicación de las reglas de medición de la pena recogidas en los arts. 66 y 66 bis CP. De la aplicación de estas reglas quedan exceptuadas las atenuantes y agravantes específicas, tal y como se desprende del art. 67 CP y de una interpretación sistemática del Código; sus efectos vendrán especificados en la regulación de la concreta figura delictiva a la que vengan asociadas [Fruto de las constantes reformas del Código, el art. 67 CP queda en principio desligado del art. 66 CP pues se refiere en exclusiva al artículo anterior (que en este momento es el art. 66 bis CP). Es por ello que para delimitar el ámbito de aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes genéricas y específicas hemos de recurrir a una interpretación sistemática del Código].

2.2. Clasificación de las circunstancias agravantes y atenuantes por su fundamento y naturaleza

El fundamento y naturaleza de las circunstancias agravantes y atenuantes depende del elemento del delito al que afecta su aplicación. De ahí que se distinga entre circunstancias que suponen una mayor o menor gravedad de lo injusto, de la culpabilidad o de la punibilidad —en este último caso y como consecuencia directa del principio de culpabilidad, según el cual «*No hay pena sin culpabilidad. La medida de la pena no puede superar a la medida de la culpabilidad*», encontraremos únicamente circunstancias atenuantes—. Algunas pueden afectar a varios de estos elementos a la vez.

La determinación del fundamento y naturaleza de cada circunstancia es básica para interpretar su significado y alcance, por lo que en muchos casos se ha discutido y se discute cuáles sean.

Ej. 19.2: Como ejemplo de circunstancias que afectan a lo injusto podemos mencionar las causas de justificación

incompletas y la agravante de alevosía.

Afectan a la culpabilidad la atenuante de arrebató u obcecación y la agravante de motivos discriminatorios.

A la medida de la punibilidad afecta, por ejemplo, la atenuante de dilaciones indebidas.

La agravante de ensañamiento afecta tanto a lo injusto como a la culpabilidad.

III. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES QUE SE BASAN EN UNA MENOR GRAVEDAD DE LO INJUSTO

Volviendo al objeto central de esta lección, comenzamos con el estudio de aquellas circunstancias que suponen una atenuación de la pena por ser menor la gravedad de lo injusto de la conducta. En esta categoría se encuadran las ya conocidas causas de justificación incompletas y las atenuantes por analogía a las mismas. Se trata en todos los casos de circunstancias atenuantes genéricas, lo que no impide que en la Parte especial podamos encontrar otras circunstancias atenuantes específicas de naturaleza similar o diferente a las que vamos a analizar en este momento.

Ej. 19.3: Entre estas últimas recordemos por ejemplo la atenuante del consentimiento en las lesiones corporales, recogida en el art. 155 CP y que estudiamos en la lección anterior.

1. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN INCOMPLETAS DEL ARTÍCULO 21, REGLA 1ª DEL CÓDIGO PENAL

Las causas de justificación incompletas aparecen reguladas en el art. 21.1 CP, en cuanto afecta a las eximentes de legítima defensa, estado de necesidad y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho. Según este precepto: «*Son circunstancias atenuantes: 1. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos*».

Pese a que la ley no lo establece expresamente, existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial en que las causas de justificación se consideran incompletas *cuando falta alguno de sus componentes no esenciales*, supuesto en el que se ha de aplicar el art. 21.1 CP. Ello supone una atenuación de la pena mayor a la del resto de las atenuantes genéricas —salvo que se apliquen como muy cualificadas—.

En efecto, según el art. 68 CP, en los casos previstos por el art. 21.1 CP se habrá de imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, mientras que para las demás atenuantes se sigue el sistema de compensaciones regulado en los arts. 66 y 66 bis CP —analizaremos estas cuestiones en las lecciones 32 y 38 de este Curso—.

El fundamento de esta especial atenuación se encuentra en la menor gravedad de lo injusto que deriva de la concurrencia de los elementos esenciales de cada una de esas causas de justificación.

En caso de que *no concurra un componente esencial* de las mismas a lo sumo podremos aplicar una atenuante por analogía con base en el art. 21.7 CP. A este mismo precepto deberemos acudir siempre que concurra la causa de justificación incompleta de consentimiento, tanto si falta alguno de sus requisitos esenciales como no esenciales, pero en este caso porque no se encuentra regulada en el art. 20 CP y, por tanto, no le afecta el art. 21.1 CP —razón por la que la estudiaremos en el siguiente apartado—.

En caso de que el sujeto crea por error que concurre alguno de los elementos ausentes, se producirá un concurso de leyes entre la atenuación propia de la eximente incompleta y el error de prohibición, que se solucionará aplicando la atenuación —o incluso exención en el caso de error de prohibición invencible— que resulte más favorable —sobre esta cuestión véase la lección 16—.

1.1. La causa de justificación incompleta de la legítima defensa

La aplicación de la causa de justificación incompleta de la legítima defensa supone que se den sus elementos esenciales, esto es, la agresión ilegítima, la necesidad de la defensa y el ánimo o voluntad de defensa, y que falte alguno o algunos de los no esenciales, esto es, la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión y/o la falta de provocación suficiente.

Se trata de situaciones en las que o bien la agresión ilegítima ha tenido su origen en un acto de provocación suficiente por parte del defensor o bien se ha producido un exceso intensivo [se refiere a la intensidad de la defensa, se da cuando la defensa ha tenido una intensidad excesiva, desproporcionada. Aquí suele entenderse que no cabe la legítima defensa completa, pero sí la incompleta] en la defensa, extremo este que suele ser muy común. Recordemos que ante la posibilidad de que se desestime la racionalidad del medio empleado, los abogados solicitan frecuentemente la aplicación simultánea o subsidiaria de la eximente de miedo insuperable.

Ej. 19.4: Tras una discusión por un tema de delimitación de

lindes, Arsenio E. A. es agarrado fuertemente por Florencia N. M., que gritándole lo empuja contra la pared del teleclub donde toman café. Arsenio, temiendo por su vida. Saca una navaja de diez centímetros de hoja y se la clava a Florencia en el costado. Como consecuencia de las heridas sufridas a Florencia se le hubo de extirpar el riñón izquierdo.

La eximente incompleta no incluye los casos de los denominados excesos extensivos o impropios, esto es, cuando la reacción se produce con posterioridad a la agresión ilegítima o cuando esta aún no ha comenzado o no es inminente. En estos casos no concurren algunos o todos los elementos esenciales de la causa de justificación por lo que no es posible aplicar la atenuante ex [procedente de] art. 21.1 CP.

La aplicación de la atenuación de la pena encuentra su fundamento en el menor contenido de lo injusto, determinado siempre por la menor gravedad del desvalor de la conducta, a lo que podrá añadirse, en su caso, una menor gravedad del desvalor del resultado.

1.2. La eximente incompleta de estado de necesidad

La aplicación del estado de necesidad como eximente incompleta, tanto en su versión de causa de justificación incompleta como en la de causa de exculpación incompleta basada en el principio de la inexigibilidad de la obediencia a la norma, exige que se dé una situación de necesidad que, como sabemos, incluye el requisito de que el mal no sea evitable por un procedimiento menos perjudicial. Además, deberá concurrir el elemento subjetivo de la misma: que la actuación se haya llevado a cabo con el fin de evitar un mal propio o ajeno.

Por lo tanto, la aplicación de la atenuante ex art. 21.1 CP podrá derivar de que el mal causado sea mayor que el que se trataba de evitar, de que la situación de necesidad haya sido provocada intencionadamente por el sujeto o de que el necesitado tenga obligación de sacrificarse por su oficio o cargo.

Ej. 19.5: Retomemos el ejemplo 17.19, en el que Juan Carlos R. L., miembro del Cuerpo de Bomberos de la Diputación de Zaragoza, queda atrapado por un incendio y para liberar el paso al exterior utiliza un estatua de mármol de gran valor que sufre importantes desperfectos. Introduzcamos la variante de que Juan Carlos haya provocado intencionadamente el fuego: podrá aplicarse la causa de justificación incompleta de estado de necesidad ex art. 21.1 CP.

El fundamento de esta atenuante se encuentra en todos los casos en

que el desvalor del hecho, como tal, es menor —bien por disminuir ya lo injusto (en el caso de la causa de justificación incompleta) o por ser menor la reprochabilidad (cuando concorra como causa de exculpación basada en el principio de la inexigibilidad de la obediencia a la norma, cuestión sobre la que volveremos *infra*, en la lección 24)—. Ello viene determinado por la concurrencia de los elementos esenciales de la eximente.

1.3. La causa de justificación incompleta de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho

La causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho tiene como elementos esenciales la efectiva existencia de una situación de conflicto, que a su vez presupone la efectiva existencia del deber o derecho en que se basa la actuación, y el ánimo de actuar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

El campo de aplicación del art. 21.1 CP queda pues reservado a aquellos supuestos en los que el interés salvaguardado resulta de menor entidad que el lesionado o el cumplimiento del deber o ejercicio legítimo del derecho no es ajustado al contenido de los mismos.

Ej. 19.6: Recuperemos el ejemplo 18.3 en el que Pablo C. L., boxeador amateur, lucha con Lorien A. M. Introduzcamos ahora la variante de que Pablo le propine a Lorien un golpe debajo del cinturón, prohibido por las normas reguladoras del boxeo, y que como consecuencia de ello Lorien resulte gravemente lesionado.

De nuevo, en todos estos casos el fundamento de la atenuante se situará en la menor gravedad de lo injusto, derivada de la concurrencia de los elementos esenciales de la causa de justificación que determinan un menor desvalor tanto de la conducta como, en su caso, del resultado.

2. ATENUANTES POR ANALOGÍA: LAS ATENUANTES POR ANALOGÍA QUE SUPONEN UNA MENOR GRAVEDAD DE LO INJUSTO

El art. 21.7 CP permite la aplicación por analogía de las atenuantes recogidas en los seis primeros números del art. 21 CP. Según el mismo: «*Son circunstancias atenuantes: 7. Cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*».

Se abre así la posibilidad de aplicar atenuantes que supongan una menor gravedad de lo injusto por analogía con las causas de justificación incompletas, que recoge el art. 21.1 CP.

2.1. Fundamento y límites de las atenuantes por analogía

Vamos a comenzar por hacer una referencia sucinta a las atenuantes por analogía en general, para después estudiar en concreto aquellas que suponen una menor gravedad de lo injusto.

El art. 21.7 CP es un ejemplo de aplicación analógica de la ley. Se trata de asociar las atenuantes recogidas en los números anteriores del art. 21 CP a situaciones semejantes a las que contemplan pero que no están recogidas ni en su espíritu ni en su letra. El resultado de tal operación será la imposición de una pena menor a la inicialmente prevista. Nos encontramos por tanto ante un caso de analogía *in bonam partem* [en beneficio del reo], que no supone infracción alguna del principio de legalidad, ni desde un punto de vista material —como tuvimos ocasión de comprobar en la lección 2—, ni desde un punto de vista formal —pues su regulación expresa aleja cualquier duda en este sentido—.

Ahora bien, los problemas surgen a la hora de determinar los límites del significado práctico del precepto. En primer lugar hay que rechazar la posibilidad de aplicar la atenuación a cualquier supuesto que suponga una reducción de lo injusto, de la culpabilidad o de las necesidades de punibilidad; este planteamiento excedería los límites de la analogía y supondría vaciar de contenido la regla del art. 66.6 CP, que establece cuales son los factores de medición de la pena cuando no concurren agravantes ni atenuantes. Sin embargo, también es preciso alejarse de otras propuestas que exigen referir la analogía a cada uno de los elementos constitutivos de las atenuantes del art. 21 CP, reduciendo en exceso su ámbito de aplicación.

Se trata más bien de aplicar las atenuantes recogidas expresamente en el art. 21 CP —la regulación excluye sin fundamento la de parentesco, regulada en el art. 23 CP— a supuestos en los que, incluso dándose un sustrato fáctico distinto, concorra la misma ratio, los mismos motivos en que se basa la atenuación original; es esta la semejanza a la que se refiere el concepto de analogía.

Ej. 19.7: Así, es factible acudir al art. 21.7 CP para atenuar la pena de quien repara el daño ocasionado a la víctima habiéndose ya iniciado el acto del juicio oral. Aplicaríamos analógicamente la atenuante del art. 21.5 CP, que exige que tal reparación se realice con anterioridad a la celebración del mismo.

2.2. Las atenuantes por analogía que suponen una menor gravedad de lo injusto

Las atenuantes por analogía tendrán su fundamento en una menor gravedad de lo injusto cuando estén referidas a cualquiera de las

causas de justificación incompletas. Con esa base podemos delimitar dos posibles campos de aplicación:

2.2.1. *Atenuantes por analogía a las causas de justificación incompletas del artículo 21.1 del Código penal*

El campo lógico de aplicación de este tipo de atenuantes estará constituido en primer lugar por aquellas situaciones en las que falte alguno de los elementos esenciales de las causas de justificación. En estos casos no será posible aplicar directamente el art. 21.1 CP pero podremos acudir a la regla séptima. Para ello será preciso que, a pesar de la falta de un determinado elemento esencial, permanezca inalterada la razón en que se basa la atenuación.

Ej. 19.8: Por ejemplo porque en el caso concreto concurra una agresión ilegítima pero ninguno de los demás elementos de la causa de justificación de la legítima defensa.

Recordemos que en estos supuestos la atenuación será por lo general menor que cuando se aplica el art. 21.1 CP pues la aplicación práctica de este tipo de atenuantes se rige por el régimen general del art. 66 CP y no por el art. 68 CP.

2.2.2. *Atenuantes por analogía a las causas de justificación incompletas no recogidas en el artículo 21.1 del Código penal: la causa de justificación incompleta del consentimiento*

Se abre también la posibilidad de aplicar las atenuantes por analogía del art. 21.7 CP en caso de que concurra una causa de justificación incompleta que no se encuentre recogida en el art. 20 CP pero que comparta con las allí reguladas su *ratio essendi* [razón esencial]. Ello nos sitúa directamente en la esfera de la causa de justificación incompleta del consentimiento.

En efecto, el consentimiento del portador del bien jurídico es una causa de justificación no regulada junto con el resto de eximentes del art. 20 CP, por ello los efectos atenuantes de su concurrencia incompleta, tanto si falta alguno de sus elementos esenciales como no esenciales, no se pueden fundamentar en el art. 21.1 CP. La única opción se encuentra en la aplicación de una atenuante por analogía del art. 21.7 CP.

Ej. 19.9: María José R. Z. mata intencionadamente tres vacas limusinas de pura raza propiedad de Eugenio E. A. Los animales estaban valorados en dos mil seiscientos euros. Eugenio con posteridad presta su consentimiento. En este caso falta el carácter antecedente del consentimiento como causa de

justificación en un delito de daños.

Para ello hemos de verificar que los casos de consentimiento incompleto son semejantes a alguno de los recogidos por el art. 21.1 CP. Pues bien, por lo general la situación que se encuentra tras la aplicación del consentimiento es análoga a la del ejercicio de un derecho: el permiso del portador del bien jurídico habilita al autor de la conducta típica a llevarla a cabo. Es decir, a través de la cláusula del art. 21.7 CP podremos fundamentar la aplicación analógica de la eximente incompleta de ejercicio de un derecho a los casos de consentimiento incompleto.

Y ya dentro de la eximente incompleta por analogía de consentimiento, habremos de considerar como elementos esenciales la validez del consentimiento y el conocimiento y ánimo de actuar bajo su amparo. Los posibles excesos en el desarrollo de la conducta supondrán la falta del elemento no esencial de la causa de justificación.

Con respecto al primero de dichos requisitos, la validez del consentimiento, será preciso distinguir los supuestos que no tienen regulación expresa del recogido en el art. 156 CP para los delitos de lesiones corporales que, como estudiamos en la lección anterior, es más riguroso.

IV. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES QUE SE BASAN EN UNA MAYOR GRAVEDAD DE LO INJUSTO

El carácter graduable de lo injusto no solo permite modularlo por la concurrencia de circunstancias atenuantes sino que son también numerosas las circunstancias agravantes que implican una mayor gravedad de lo injusto del delito.

En este lugar nos vamos a ocupar del análisis de aquellas agravantes de lo injusto que tienen carácter genérico, reguladas en los arts. 22 y 23 CP. Ello no es obstáculo para que existan otras que, con distinta o semejante naturaleza pero con carácter específico, agravan las penas de concretas figuras delictivas.

Las circunstancias agravantes genéricas que suponen una mayor gravedad de lo injusto son la alevosía, el disfraz, el abuso de superioridad, el aprovechamiento de ciertas circunstancias que debilitan la defensa del ofendido o facilitan la impunidad del delincuente, el abuso de confianza, el aprovechamiento del carácter público y la agravante de parentesco o análoga relación de afectividad.

1. LA ALEVOSÍA

La primera de las circunstancias agravantes que recoge el catálogo

general del art. 22 CP es la de alevosía. Según el art. 22.1 CP: «*Son circunstancias agravantes: 1. Ejecutar el hecho con alevosía.*

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

A esta circunstancia se remiten los arts. 139.1.1 y 148.2 CP para constituir los tipos de lo injusto del asesinato y de las lesiones agravadas, supuestos en el que perderá su carácter de agravante genérica para constituir una agravante específica.

Ej. 19.10: Ramón Javier C. F. quiere acabar con la vida de Pablo P. B., para lo que le invita a una fiesta y le da unas pastillas que según él le harán «ver las estrellas», pero que en realidad contienen una cantidad de toxina botulínica suficiente para matar a varias personas. Pablo fallece tras ingerirlas.

El origen de la agravante de alevosía se remonta al Derecho germánico histórico, en el que se distinguía entre el homicidio con alevosía y el que tenía lugar en lucha abierta, considerándose más grave el primero. Este planteamiento fue adoptado por las Partidas, que identificaban el homicidio alevoso con la traición y ampliaron su consideración a otros delitos. Fue en la Nueva y la Novísima Recopilación cuando se añadió la idea del aseguramiento de la muerte. De este modo ambas ideas, traición y aseguramiento pasaron a la codificación como un todo y fueron asumidas por los Códigos penales de 1822 y 1848. La primera ruptura entre ambos requisitos se produjo con la reforma del Código penal de 1850 que permitía aplicar la agravación tanto en caso de traición como de aseguramiento, sin que debieran concurrir conjuntamente ambos. Finalmente la reforma de 1870 introdujo el tipo de fórmula actual en la que se prescinde de la idea de la traición y se sitúa el fundamento de esta agravante en el aseguramiento.

1.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de alevosía

Eliminadas las antiguas referencias a la traición, la regulación actual de la agravante de alevosía exige el empleo de determinados medios, modos o formas de ejecución que tienden directa o especialmente a asegurarla, dificultando la defensa de la víctima. Ello supone un aumento de la probabilidad de producción del resultado. La conducta es pues más peligrosa *ex ante*, lo que determina su mayor desvalor.

Estamos por tanto ante una circunstancia agravante que supone una mayor gravedad de lo injusto debido a un mayor desvalor de la conducta.

1.2. Requisitos de la circunstancia agravante de alevosía

La aplicación de la agravante de alevosía supone la concurrencia de un requisito relativo a la ejecución material de la conducta y otro de carácter subjetivo.

1.2.1. El requisito objetivo de la circunstancia agravante de alevosía

Desde un punto de vista objetivo será preciso que el sujeto haya empleado medios, modos o formas de ejecución que tiendan a asegurar la ejecución del delito sin el riesgo que pudiera suponer para él la defensa que hiciera la víctima. Los medios empleados han de ser idóneos para ambos fines: aseguramiento del éxito de la conducta e incolumidad del agresor. No es preciso que este haya elegido dichos medios, modos o formas de ejecución previamente, basta con que hayan sido efectivamente utilizados.

De acuerdo con el fundamento de esta agravante, todo ello determinará la mayor peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante*.

1.2.2. El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de alevosía

Junto al elemento objetivo es preciso que concurra otro de carácter subjetivo: que con el empleo de dichos medios el sujeto activo haya pretendido asegurar la ejecución y evitar riesgos que para su persona pudieran provenir de la defensa de la víctima.

No basta pues con que se dé una situación «objetiva» de alevosía.

Ej. 19.11: Por ejemplo, el hecho de que la víctima sea más débil que el agresor no significa que se pueda aplicar la agravante de alevosía. En estos casos se podrá aplicar la circunstancia de abuso de superioridad.

Más allá de los elementos señalados, no se exige que se consiga el objetivo de asegurar la ejecución ni la incolumidad del agresor, basta con que desde una perspectiva *ex ante* los medios empleados se muestren idóneos para conseguir tal fin, esto es, que no resulte absolutamente improbable su consecución. Se trata por tanto de una agravante de tendencia.

1.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de alevosía

El art. 22.1 CP limita expresamente la aplicación de la agravante de

alevosía a: «...cualquiera de los delitos contra las personas...».

Se trata de una herencia del antiguo Código penal, cuyo Título VIII del Libro II se denominaba «*Delitos contra las personas*» e incluía los delitos contra la vida y la integridad física. El Código penal de 1995 abandonó esta terminología en su Libro II y solo la mantuvo para hacer referencia a las denominadas «*Faltas contra las personas*» del Libro III, actualmente derogado. Es pues preciso determinar a qué se refiere la regulación vigente de la alevosía con la expresión «delitos contra las personas».

Las posibilidades son dos, mantener un criterio formal que respete los límites anteriores al Código de 1995 o, utilizando un criterio material, ampliarlo a otras figuras delictivas que afecten a bienes jurídicos cuyo portador sea una persona física.

Adoptando este último criterio consideramos que la agravante de alevosía será aplicable no solo a los delitos que afecten directamente a la vida o la integridad física sino a otros que afecten a bienes jurídicos personales.

Ej. 19.12: Elsa Custodia S. S. quiere abusar sexualmente de la menor Gloria Andrea S. S., pero ante la posibilidad de que se defienda la duerme disolviendo un potente somnífero en el vaso de leche que la niña estaba tomando. Una vez dormida le realiza diversos tocamientos.

Por otra parte, dadas sus características, únicamente será de aplicación a delitos dolosos.

El Tribunal Supremo suele agrupar los casos de alevosía en tres grupos: aquellos en que se emplea la emboscada o el acecho; los que suponen un ataque sorpresivo o inesperado; y aquellos otros en los que la víctima no puede prestar ninguna oposición por estar dormida, bajo los efectos de determinadas sustancias o en determinadas posiciones.

2. EL DISFRAZ

Siguiendo con el catálogo de circunstancias agravantes del art. 22 CP, su regla segunda incluye hasta cinco circunstancias de alcance diferente, si bien todas basadas en una mayor gravedad de lo injusto. La primera es el disfraz.

Según el art. 22.2 CP: «*Son circunstancias agravantes: 2. Ejecutar el hecho mediante disfraz...*».

Ej. 19.13: Vincenzo C., locutor del canal local de televisión de la ciudad de I., decide cometer un atraco en una entidad bancaria

de la vecina M. Para no ser reconocido, oculta su aspecto bajo una peluca, un sombrero de estilo «tejano» y un grueso abrigo. Al entrar en el local es inmediatamente reducido por John G., vigilante jurado.

2.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de disfraz

El fundamento de esta circunstancia agravante se encuentra en el mayor desvalor de la conducta. Se trata de supuestos en los que utilizando un disfraz el delincuente asegura la ejecución exitosa del delito, porque su uso determina una mayor vulnerabilidad del ofendido o bien porque dificulta que caiga sobre el culpable la acción de la justicia. En definitiva, la conducta resulta más peligrosa desde una perspectiva *ex ante*. Nos encontramos ante una circunstancia basada en la mayor gravedad de lo injusto, derivada del mayor desvalor de la conducta de quien se ampara en el disfraz.

En aquellas situaciones en que el disfraz tan solo facilite la posterior impunidad del ofensor deberemos conectar la agravación con el aseguramiento de la ejecución del delito pues no basta con fundamentarla en razones de carácter político criminal —la persecución del delincuente—. De otra manera se podrían producir fricciones con el principio de culpabilidad. Es en este sentido que algunos autores hablan del necesario fondo alevoso de la agravante de disfraz.

Es decir, frente a aquellas opiniones que admiten en algunos casos la aplicación de la agravante de disfraz con fundamento en la mayor gravedad de la punibilidad de la conducta, entendemos que para aplicarla deberá exigirse en todo caso una mayor gravedad de lo injusto, sin que razones exclusivamente político criminales, conectadas con la punibilidad como categoría del delito, sean suficientes para justificar el aumento de la pena —planteamiento que, por otra parte, provocaría fricciones con el principio de culpabilidad—.

2.2. Requisitos de la circunstancia agravante de disfraz

La circunstancia agravante de disfraz supone la concurrencia de los siguientes elementos, que deberán ser interpretados de acuerdo con el fundamento y naturaleza que hemos descrito:

2.2.1. El requisito objetivo de la circunstancia agravante de disfraz

El delincuente ha de enmascarar su aspecto. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo es preciso que se utilice cualquier medio que oculte total o parcialmente el rostro o la apariencia del sujeto.

De acuerdo con el fundamento de la agravante ello deberá aumentar la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante*.

Ej. 19.14: El Tribunal Supremo admite como disfraz pasamontañas, capuchas, pañuelos, cascos, pelucas, tintes, bigotes, gafas, caretas... siempre que trasformen la apariencia del sujeto.

2.2.2. El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de disfraz

De acuerdo con el fundamento de esta circunstancia agravante el sujeto ha de utilizar el disfraz con el objetivo de asegurar la comisión del delito debilitando la defensa del ofendido o facilitado la impunidad del delincuente.

No es necesario que el sujeto consiga su objetivo, basta con que desde una perspectiva *ex ante* no aparezca como absolutamente improbable. Nos encontramos pues de nuevo con una circunstancia agravante de tendencia.

2.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de disfraz

Dadas sus características se podrá aplicar únicamente en delitos dolosos.

Si bien la alevosía no supone siempre la utilización de disfraz y tiene un campo de aplicación más reducido —es decir, son circunstancias diferentes—, el disfraz implicará en cualquier caso alevosía. Algunos autores limitan la posibilidad de aplicar ambas agravantes conjuntamente cuando el disfraz encuentre su fundamento exclusivamente en razones de una mayor punibilidad, pero ya hemos rechazado esta posibilidad al considerar que el disfraz no será aplicable si no supone además una mayor gravedad de lo injusto. Sin embargo, podemos encontrar un espacio para la aplicación conjunta cuando más allá del disfraz se empleen otros medios, modos y formas de ejecución alevosos.

Ej. 19.15: Koldo G. F. quiere acabar con la vida de Isidoro M. D., para ello lo espera escondido en una zona boscosa cercana a la ciudad de V. donde ambos habitan. Con el objeto no ser reconocido si alguien lo ve por la zona o si fracasa en su intento, se cubre con una gorra de visera y oculta su rostro bajo una poblada barba. Cuando finalmente Isidoro pasa por el lugar, Koldo lo agarra por la espalda y le provoca un profundo corte en el cuello. Isidoro muere a causa de las heridas.

3. EL ABUSO DE SUPERIORIDAD

La segunda de las agravantes que recoge el art. 22.2 CP es la de abuso de superioridad. Según el mismo: «*Son circunstancias*

agravantes: 2. Ejecutar el hecho... con abuso de superioridad...».

Ej. 19.16: Sabiendo que la madre del menor de diez años Miguel G. S. le había entregado veinte euros para comprar pelotas de pimpón, Oskar K., mayor de edad y de complexión fuerte, aborda a Miguel Ángel en la parada del autobús y, mostrándole una navaja, le exige que le dé el dinero. Miguel Ángel, llorando, le entrega a Oskar un total de veintitrés euros y cuarenta céntimos.

3.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

Prevalerse de la notoria desproporción de fuerzas característica del abuso de superioridad determina una mayor peligrosidad de la conducta: la realización exitosa de la misma será más probable desde una perspectiva *ex ante*, evitando riesgos para el sujeto activo. Es por ello que la circunstancia de abuso de superioridad tiene su fundamento en un mayor desvalor de la conducta. Estamos por tanto ante una agravante que se basa en la mayor gravedad de lo injusto.

3.2. Requisitos de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

Como en los casos anteriores, la circunstancia agravante de abuso de superioridad presupone la concurrencia de un requisito objetivo y otro subjetivo.

3.2.1. *El requisito objetivo de la circunstancia agravante de abuso de superioridad*

Se debe dar una notoria desproporción de fuerzas entre el agresor y la víctima, desproporción que puede venir determinada por características de la víctima, del agresor, el empleo de determinados instrumentos o formas de ejecución... Teniendo en cuenta el fundamento de esta agravante, dicha desproporción deberá suponer una mayor peligrosidad de la conducta.

Se entiende que el abuso ha de ser efectivo, esto es, el mayor peligro inherente al mismo ha de concretarse en el desarrollo de la conducta.

3.2.2. *El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de abuso de superioridad*

El sujeto debe ser consciente de su superioridad y prevalerse voluntariamente de la misma.

3.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad

Esta circunstancia agravante es de aplicación exclusiva en delitos dolosos.

Con respecto a su posible solapamiento con la agravante de alevosía, hay que señalar por una parte que el abuso de superioridad no está restringido a los delitos contra las personas y, por otra, que la alevosía no implica necesariamente abuso de superioridad. En cualquier caso, podemos afirmar con la opinión dominante que el abuso de superioridad siempre supone alevosía, pero ello no impide que puedan concurrir en un mismo hecho.

Ej. 19.17: Volviendo al ejemplo anterior, es posible que Oskar K. no solo abuse de su superioridad sino que se acerque a Miguel Angel G. S. sigilosamente y por la espalda, para evitar de este modo que el menor grite.

4. APROVECHAMIENTO DE CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO O AUXILIO QUE DEBILITEN LA DEFENSA DEL OFENDIDO O FACILITEN LA IMPUNIDAD DEL DELINCUENTE

La última de las agravaciones recogidas por el art. 22.2 CP está a su vez integrada por tres situaciones distintas. Según el mismo: «*Son circunstancias agravantes: 2. Ejecutar el hecho... aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente*».

Se unifican aquí una serie de circunstancias agravantes que aparecían con carácter autónomo en el Código penal de 1973, las de ocasión calamitosa, auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen impunidad, despoblado y nocturnidad y la de morada. En la nueva regulación todas ellas han de estar enfocadas a unos mismos objetivos: debilitar la defensa del ofendido o facilitar la impunidad del delincuente.

Entre otros aspectos se ha cuestionado que en la nueva regulación no se incluya una referencia al uso de medios que puedan debilitar la defensa del ofendido o facilitar la impunidad. También ha sido objeto de críticas que el tenor literal no haga referencia a una más genérica facilitación de la comisión de delito. Para evitar posibles lagunas algunos autores piden que se haga una interpretación extensiva del concepto de debilitación de la defensa.

Al igual que las anteriores circunstancias, las que ahora nos ocupan tienen un contenido en parte coincidente con la alevosía, pero ello no impide que puedan concurrir simultáneamente en algunos supuestos.

4.1. Aprovechamiento de la circunstancia de lugar

La primera de las agravaciones incluidas en el último inciso del art. 22.2 CP hace referencia al aprovechamiento de determinadas circunstancias del lugar que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

Ej. 19.18: El supuesto del ejemplo 19.15 nos puede también servir para ilustrar esta circunstancia agravante.

4.1.1. *Fundamento y naturaleza de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar*

De nuevo nos encontramos con una circunstancia agravante que supone un mayor desvalor de la conducta; esta resulta más peligrosa al llevarse a cabo en un lugar que facilita la realización del delito, bien porque debilita la defensa del ofendido, bien porque dificulta la persecución del delincuente.

Al igual que señalábamos más arriba con respecto a la circunstancia agravante de disfraz, en aquellos casos en que exclusivamente se facilite la posterior impunidad del delincuente será preciso que, junto a las consideraciones político criminales derivadas de la necesidad de perseguir el delito, se produzca un efectivo aumento del desvalor de la conducta por ser más peligrosa. De otro modo se podría estar vulnerando el principio de culpabilidad.

4.1.2. Requisitos de aplicación de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar

Los requisitos que han de concurrir para la aplicación de la circunstancia agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar son de carácter objetivo y subjetivo.

A) El requisito objetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar

En la redacción actual se ha de tratar de cualquier lugar que suponga un debilitamiento de la defensa del ofendido o que facilite la impunidad del delincuente. Heredera de las agravantes de despoblado y morada, no ha de ajustarse a los límites que marcaban ambos conceptos, sino que se pueden extender a otros lugares.

Ej. 19.19: Así es imaginable aplicar esta agravante en el caso de delitos de hurto cometidos aprovechando concentraciones multitudinarias como las que se producen en fiestas, acontecimientos deportivos, discotecas, medios de transporte públicos...

La utilización del término «aprovechamiento» indica que el lugar de

comisión del delito ha de haber supuesto un efectivo debilitamiento de la defensa o facilitación de la impunidad.

B) El requisito subjetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar

Es preciso que el sujeto busque de propósito o aproveche consciente y voluntariamente el lugar de comisión para, en consonancia con el fundamento que hemos otorgado a esta agravante, facilitar la comisión del delito.

4.1.3. *Ámbito de aplicación de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de lugar*

Esta circunstancia es de aplicación exclusiva en los delitos dolosos.

4.2. Aprovechamiento de la circunstancia de tiempo

La segunda de las agravantes que incluye el último inciso del art. 22.2 CP hace referencia a la circunstancia del tiempo en que se ejecuta el delito. El sujeto habrá de actuar aprovechando que dichas circunstancias contribuyen a debilitar la defensa del ofendido o a facilitar su impunidad.

Ej. 19.20: Aprovechando la caída de la noche, Carmen S. R. trepa por la conducción del gas de la vivienda de Isidoro M. D., entra en la misma por una ventana abierta y se hace con diversos objetos de valor que allí se encuentran.

4.2.1. *Fundamento y naturaleza de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo*

Nos encontramos con una situación similar a la agravante de circunstancias de lugar. El fundamento de la aplicación de esta agravante se encuentra en el mayor desvalor de la acción que supone actuar en determinadas circunstancias de tiempo, que hacen más peligrosa la conducta, es por ello que supone un mayor desvalor de lo injusto.

Dicho fundamento supone también que en los casos en que simplemente se facilita la posterior impunidad del autor sea preciso conectar este hecho con una mayor facilidad en la ejecución del delito, de otra manera podríamos vulnerar el principio de culpabilidad al estar basando la agravación exclusivamente en razones político criminales.

4.2.2. *Requisitos de aplicación de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo*

También esta agravante cuenta con un requisito de carácter objetivo y otro subjetivo.

A) El requisito objetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo

La agravación implica que el momento de la ejecución del delito determina una mayor facilidad para su realización por debilitar la defensa del ofendido o por facilitar la impunidad del autor. Se supera así el ámbito marcado por las dos circunstancias del Código penal de 1973 cuyo lugar viene a ocupar, la de ocasión calamitosa y la de nocturnidad.

De nuevo el empleo del término «aprovechamiento» indica que el tiempo de comisión del delito ha de haber supuesto un efectivo debilitamiento de la defensa del ofendido o la facilitación de la impunidad del sujeto activo.

B) El requisito subjetivo de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo

No basta con que el tiempo en que ejecute el delito sea idóneo para debilitar la defensa del ofendido o facilitar la impunidad del delincuente, es preciso que haya buscado o al menos aprovechado las mismas con ese objetivo.

4.2.3. Ámbito de aplicación de la agravante de aprovechamiento de la circunstancia de tiempo

El ámbito de aplicación de esta agravante se circunscribe una vez más a los delitos dolosos.

4.3. Aprovechamiento del auxilio de terceros

La última de las agravantes que incluye el último inciso del art. 22.2 CP es la de aprovechamiento del auxilio de otras personas. El objeto del auxilio es el mismo que en los casos anteriores, debilitar la defensa del ofendido o facilitar la impunidad del culpable.

Ej. 19.21: Volviendo al ejemplo 19.16, imaginemos que Oskar K., para apoderarse del dinero de Miguel Ángel G. S., se hace acompañar de Pedro Luis L. L. y Mario A. C.

4.3.1. *Fundamento y naturaleza de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros*

Al igual que en los casos de sus compañeras de precepto, la circunstancia de auxilio de otras personas supone una mayor gravedad de lo injusto por ser mayor el desvalor de la conducta debido a la mayor peligrosidad de la misma. El comportamiento de quien aprovecha el auxilio de otros para facilitar la ejecución del delito tiene más probabilidades de éxito.

De nuevo es preciso hacer referencia a los casos de facilitación de la impunidad del delincuente. Si bien detrás de este tipo de situaciones hay un claro interés político criminal, será preciso que más allá de consideraciones utilitaristas se dé efectivamente una mayor gravedad de lo injusto.

4.3.2. *Requisitos de aplicación de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros*

Los requisitos de la agravante de aprovechamiento del auxilio de otras personas son:

A) El requisito objetivo de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros

El sujeto se debe ayudar de terceros para ejecutar el delito. Dicho auxilio ha de debilitar la defensa que pueda provenir de parte del ofendido o facilitar la impunidad del autor. Todo ello con las limitaciones derivadas del fundamento de su aplicación.

Para poder aplicar esta agravante será suficiente que concurra una única persona en ayuda del autor. Quedan excluidos los supuestos de coautoría en los que todos los intervinientes son autores. Se tratará por tanto de casos en los que junto al autor intervienen cómplices o cooperadores necesarios. No se exige que vayan armados.

El auxilio de terceros ha de haber supuesto un efectivo debilitamiento de la defensa o facilitación de la impunidad, a ello alude el término «aprovechamiento».

B) El requisito subjetivo de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros

Es preciso que exista conciencia y voluntad de recibir el auxilio.

4.3.3. *Ámbito de aplicación de la agravante de aprovechamiento del auxilio de terceros*

El ámbito de aplicación de esta agravante queda por tanto limitado a los delitos dolosos.

5. EL ENSAÑAMIENTO

El ensañamiento aparece como una circunstancia agravante genérica en el art. 22.5 CP, pero también tiene una gran relevancia en la Parte especial del Código como circunstancia agravante específica de los delitos de asesinato del art. 139.1.3 CP y lesiones del art. 148.2 CP. Según estos preceptos:

«**Art. 22.** *Son circunstancias agravantes: 5. Aumentar*

deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito».

«Art. 139.1. Será castigado... como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 3. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido».

«Art. 148. Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 2. Si hubiere mediado ensañamiento...».

Nos encontramos por tanto con una única circunstancia agravante que sin embargo aparece recogida en tres lugares del Código penal con dos descripciones parcialmente distintas, lo que puede traducirse en problemas en la interpretación de su naturaleza jurídica.

Ej. 19.22: Ignacio A. O., con antecedentes penales cancelados por un delito de violencia de género, entra a altas horas de la madrugada en el domicilio de su exmujer Loreto C. S. y sin mediar palabra la saca de la cama y empieza a golpearla hasta que cae al suelo sin sentido. Tras ello Ignacio aprovecha para sentarla, atarla a una silla con una cuerda de tender que allí se encontraba y esperar a que recobre el conocimiento, momento en el que comienza a practicarle pequeñas incisiones en torso, brazos y piernas. Después de un tiempo indeterminado realizando estas prácticas, rocía a Loreto con alcohol y varios minutos después le prende fuego, como consecuencia de lo cual esta sufre fuertes quemaduras.

5.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de ensañamiento

Existe una importante polémica en torno a cuál sea la naturaleza de la agravante de ensañamiento. Un sector doctrinal estima que supone una mayor gravedad de lo injusto, pero frente a ello otros autores se decantan porque afecta a la culpabilidad y, por último, otro sector considera que el ensañamiento afecta a la gravedad de ambos elementos del delito.

Desestimada la opción de que la en parte distinta regulación del ensañamiento en distintos lugares del Código suponga un tratamiento diferenciado de los límites de la agravación según el delito en que concurra, vamos a centrar el análisis en la definición más completa,

que recoge la agravante genérica del art. 22.5 CP.

La redacción del art. 22.5 CP hace referencia a dos requisitos: el aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima y la causación de padecimientos innecesarios. El exceso de dolor de la víctima determina un aumento del desvalor de la conducta: los medios, modos o formas de realización contienen un plus frente al desarrollo «normal» del delito, que implican a su vez un mayor desvalor del resultado. Todo ello se traduce en una mayor gravedad de lo injusto. Sin embargo, el carácter deliberado e inhumano que exige la regulación implica una actitud subjetiva, una disposición de ánimo cruel que supone una mayor reprochabilidad de la conducta.

Nos encontramos por tanto ante una agravante basada en una mayor gravedad tanto de lo injusto como de la culpabilidad.

5.2. Requisitos de la circunstancia agravante de ensañamiento

En la conducta desarrollada con ensañamiento han de concurrir una serie de características objetivas y subjetivas.

5.2.1. *El requisito objetivo de la circunstancia agravante de ensañamiento*

La conducta ha de producir un aumento innecesario del sufrimiento de la víctima. En la consecución de su objetivo delictivo el autor podía haber actuado de un modo que evitara esos padecimientos.

La provocación del daño innecesario ha de ser efectiva, lo que impide aplicar esta circunstancia a supuestos en los que pese a que el sujeto actúa con esa pretensión, finalmente no lo consigue.

Ej. 19.23: Ello provoca que en un buen número de los casos en que se alega el ensañamiento los tribunales desestimen su aplicación. El hecho de que la víctima hubiera perdido el sentido cuando se le infligen las heridas, que falleciera al inicio de la agresión o que no se causen daños realmente innecesarios, determina que se excluya su apreciación.

5.2.2. *El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de ensañamiento*

La concurrencia del ensañamiento implica que el sujeto actúe con conciencia y voluntad de aumentar el dolor de la víctima de un modo inhumano. Ello supone la actitud subjetiva despiadada que caracteriza la mayor reprochabilidad de la conducta que fundamenta la apreciación de esta circunstancia agravante.

5.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de ensañamiento

Dada la estructura de esta circunstancia agravante solo se podrá aplicar en delitos dolosos.

6. EL ABUSO DE CONFIANZA

El art. 22.6 CP recoge la circunstancia agravante de abuso de confianza. Según el mismo: «*Son circunstancias agravantes: 6. Obrar con abuso de confianza*».

Ej. 19.24: Javier A. O. visita todas las tardes el kiosco en el que trabaja Michela M. Tras varias semanas de animadas charlas, Javier se decide a invitar a Michela a cenar y ella acepta. Después de la velada suben al apartamento de Javier a tomar una copa, momento que Michela aprovecha para disolver un potente somnífero en el vaso de Javier. Cuando este cae dormido, Michela, con ayuda de su cómplice, Joaquín R. C., que la espera en el rellano, desvalija la casa.

6.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de abuso de confianza

La agravante de abuso de confianza exige que el sujeto aproveche las relaciones de lealtad existentes con la víctima para allanar el camino de la ejecución del delito. En definitiva, la conducta resulta más peligrosa. Ello implica un mayor desvalor de la conducta que supone una mayor gravedad de lo injusto, base de la aplicación de esta agravante.

6.2. Requisitos de la circunstancia agravante de abuso de confianza

Al igual que las anteriores circunstancias, la agravante de abuso de confianza precisa de la concurrencia de un elemento objetivo y otro subjetivo.

6.2.1. El requisito objetivo de la circunstancia agravante de abuso de confianza

Para aplicar esta agravante es preciso que se dé una relación de confianza entre el autor y la víctima. Se discute sobre el nivel de confianza que se haya de exigir. Las propuestas oscilan entre las de quienes se contentan con la ausencia de motivos para desconfiar y las de quienes exigen un mayor grado de creencia en la lealtad de quien finalmente es autor del delito. En una postura intermedia se exige en ocasiones que se dé una cierta familiaridad entre delincuente y víctima.

Lo cierto es que será preciso analizar cada caso teniendo en cuenta no

solo las circunstancias objetivas sino el tipo de individuos implicados en los sucesos.

El abuso ha de ser efectivo, esto es, el mayor peligro inherente al mismo ha de concretarse en el desarrollo de la conducta.

6.2.2. *El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de abuso de confianza*

Se ha de abusar de la confianza, esto es, el autor se ha de aprovechar conscientemente de la relación que le une con la víctima para facilitar la realización del delito.

6.3. *Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de abuso de confianza*

El campo de aplicación de la agravante de abuso de confianza está limitado a los delitos dolosos.

En el ámbito de los delitos económicos es frecuente encontrar figuras delictivas que incorporan el abuso de confianza en su descripción típica. Al ser una circunstancia inherente a las mismas, se excluirá la aplicación del 22.6 CP.

Ej. 19.25: Es el caso por ejemplo de los delitos de estafas (arts. 248 y ss. CP) y apropiaciones indebidas (arts. 253 y s. CP).

7. APROVECHAMIENTO DEL CARÁCTER PÚBLICO DEL CULPABLE

La última de las circunstancias agravantes del art. 22 CP que afectan a lo injusto viene recogida en su regla séptima; según la misma: «*Son circunstancias agravantes: 7. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable*».

Ej. 19.26: Antonio U. H. y Leire S. V., policías municipales en la ciudad de C., exigen a los comerciantes del barrio en el que patrullan el pago de quinientos euros mensuales en concepto de «póliza de seguro».

7.1. *Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable*

La circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público supone un mayor desvalor de la conducta, determinado por la mayor peligrosidad de la misma, pues el aprovechamiento del carácter público del sujeto ha de servir para facilitar la comisión del delito.

Además, en aquellos casos en que el delito se cometa en el desempeño de sus funciones públicas, el mayor desvalor de la conducta vendrá también determinado por la infracción de los deberes

propios de la especial posición del autor.
Estamos por tanto ante una circunstancia agravante que supone una mayor gravedad de lo injusto.

7.2. Requisitos de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable

Dos elementos, objetivo y subjetivo, han de concurrir para poder aplicar esta agravante.

7.2.1. El requisito objetivo de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable

El sujeto ha de participar en funciones públicas. Este concepto supera el contenido establecido por el concepto de funcionario público del art. 24.2 CP, incluyendo aquellos casos en los que se ejercen funciones públicas de facto.

Dicha posición ha de suponer una ventaja efectiva a la hora de cometer el delito, facilitando su comisión o disminuyendo el riesgo que para el autor pueda entrañar la misma.

7.2.2. El requisito subjetivo de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable

El sujeto se ha de aprovechar consciente y voluntariamente de su participación en las funciones públicas con el objeto de facilitar la comisión del delito.

7.3. Ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de aprovechamiento del carácter público del culpable

Esta agravante no será de aplicación en los delitos especiales que requieren la cualidad de funcionario público ya que la agravación se encuentra implícita en la valoración de los mismos. Se aplicará por tanto en delitos comunes en los que se actúe aprovechando el carácter público del delincuente.

Se tratará en todo caso de delitos dolosos.

8. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE 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. La recogemos en este lugar en cuanto que como agravante puede aplicarse por representar una mayor gravedad de lo injusto. Según el art. 23 CP: *«Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge*

o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

Ej. 19.27: A las cuatro horas y treinta minutos de la madrugada del día 24 de agosto de 2011, Pablo P. B., bebé de dos meses de edad que dormía en la misma habitación que su madre, Paola P. S., se despertó y comenzó a llorar. Este hecho enfureció a Paola quien, al ver que Pablo no dejaba de llorar, cogió al menor del cesto de mimbre en que se encontraba, le sujetó violentamente de la cara y le propinó diversos golpes en la cabeza y en la pierna izquierda, no cesando de pegarle hasta que advirtió los golpes que daban los vecinos en la pared.

8.1. Fundamento y naturaleza de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

Para analizar el fundamento y la naturaleza de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad es preciso distinguir los supuestos en que se aplica con efecto agravante de aquellos en que concurre como atenuante.

8.1.1. *Fundamento y naturaleza de la circunstancia agravante de parentesco o análoga relación de afectividad*

Cuando concorra como agravante, la circunstancia de parentesco o análoga relación de afectividad se basa en un mayor desvalor de la conducta derivada de la infracción de los deberes que surgen en el ámbito de este tipo de relaciones. Se tratará por tanto de una circunstancia agravante basada en la mayor gravedad de lo injusto.

8.1.2. *Fundamento y naturaleza de la circunstancia atenuante de parentesco o análoga relación de afectividad*

En el caso de que se aplique como atenuante, la circunstancia de parentesco o análoga relación de afectividad se basará en una menor culpabilidad del autor, disminución de la culpabilidad que habrá de compensar el posible mayor injusto de la conducta.

8.2. Requisitos de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad

Los requisitos que han de concurrir para poder aplicar esta circunstancia son los siguientes.

8.2.1. *El requisito objetivo de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad*

Entre el autor y la víctima ha de existir o haber existido una relación

de matrimonio o análoga relación de afectividad o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del defensor o del cónyuge o conviviente. Es decir, la aplicación de la circunstancia se extiende no solo a las relaciones matrimoniales o similares que existan o hayan existido sino a ascendientes y descendientes, a hermanos y a cuñados, incluidos los hermanos de la pareja en caso de análoga relación al matrimonio.

8.2.2. *El requisito subjetivo de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad*

El sujeto al que se aplica ha de tener conocimiento de la existencia de la relación de parentesco o análoga.

8.3. *Ámbito de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco o análoga relación de afectividad*

El catálogo de delitos a los que se puede aplicar y los efectos de tal aplicación no están cerrados. Por lo general se estima que tiene carácter agravante en delitos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual, mientras que tiene carácter atenuante en los delitos contra la patrimonio. En otros casos, como los delitos contra el honor, en ocasiones se aprecia como agravante y en ocasiones como atenuante.

Como en el caso del resto de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, no se deberá aplicar en los casos en los que se encuentre implícita en un determinado delito.

LECCIÓN 20. LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

I. EL DELITO COMO CONDUCTA CULPABLE

Pese a que una conducta antijurídica supone lesión de o peligro para un bien jurídico, atentando gravemente contra las concepciones ético-sociales, jurídicas, políticas o económicas de la sociedad, no es suficiente para legitimar la imposición de una pena. Sin perjuicio de lo que digamos en su momento sobre la punibilidad, 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 como reacción más grave del ordenamiento jurídico. Consideramos a la culpabilidad, por tanto, fundamento y límite de la pena.

Si la antijuridicidad de la conducta supone que esta es objetivamente contraria al ordenamiento jurídico, ilícita, una conducta que el derecho

desaprueba y no quiere que se realice (por eso la prohíbe), la culpabilidad supone que podemos reprocharle al autor la conducta antijurídica que ha realizado teniendo en cuenta las circunstancias concretas en las que actuó. Así, concebimos la culpabilidad como la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica; una conducta culpable es una conducta personalmente reprochable, una conducta que le podemos echar en cara al autor.

En este elemento del delito estudiaremos si y en qué condiciones podemos reprocharle al autor que realizase la conducta típica y antijurídica. Ello hará necesario tener en cuenta una perspectiva valorativa distinta a la de la antijuridicidad. Como se dice habitualmente, la culpabilidad 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, frente al proceder generalizante de la antijuridicidad. Es, como también se señala (MIR PUIG), el lugar donde realizar la igualdad real, lo que implica tratar de modo diferente lo que es distinto.

De este modo, si en la antijuridicidad priman las consideraciones generales, la determinación de los marcos de convivencia, las consideraciones (des) valorativas sobre cómo vivir en sociedad, en la culpabilidad vamos a buscar algo más. 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. La conducta desaprobada y disvaliosa en general se convierte en una conducta desaprobada teniendo en cuenta también al sujeto que la lleva a cabo. La conducta se convierte en un acto desaprobado de un sujeto concreto y, por tanto, en un acto que podemos censurar, reprochar, a un sujeto concreto; en este sentido hablamos de desvalor individual de la conducta antijurídica. Se le echa en cara el desvalor concreto de su acto particular; se le censura la realización de su acto, se le desaprueba el mismo (tal y como se configura en el caso que se analiza).

Ej. 20.1: Un homicidio se desaprueba y prohíbe porque, obviamente, no puede haber una convivencia pacífica en común si cualquiera puede acabar con la vida de otro. Ese carácter lesivo para el bien jurídico vida es el que explica y justifica que se desaprobden las conductas dirigidas a producir la muerte de una persona (son antijurídicas). En la culpabilidad, sin embargo, no nos conformamos con esa desaprobación, sino que partimos de ella. Al sujeto le vamos a reprochar que realice un concreto homicidio y, en cuanto podía abstenerse de realizarlo (dado que partimos de que estamos ante un sujeto imputable que no se

encuentra en un error de prohibición invencible, ni en una situación de inexigibilidad), le echamos en cara su homicidio concreto. Esto es, ya no hablamos del homicidio que se ha producido únicamente como especie de una clase de conductas desaprobadas (los homicidios están desaprobados y prohibidos, son antijurídicos, luego un homicidio concreto está también desaprobado y prohibido), sino de un homicidio antijurídico que el sujeto realizó sabiendo que era antijurídico y, en ese sentido, sabiendo que realizaba una conducta desaprobada por el orden jurídico. Su capacidad para evitar la conducta antijurídica hace que le podamos censurar que realice ese homicidio concreto; esto es, más allá de que lo podamos desaprobado o censurar en general, lo podemos desaprobado y censurar en el caso concreto y a una persona concreta (al conocer el sujeto el desvalor de la conducta y, sin embargo, no omitirla *le podemos echar en cara la conducta disvaliosa tal cual*; el desvalor, sin embargo, no es el mismo, pues ya no es ese desvalor general, sino que se ha convertido en el desvalor concreto de la conducta de un sujeto concreto —es decir, no es únicamente que desaprobemos los homicidios y el homicidio concreto ocurrido, sino que, más allá de ello [que también ocurre], se lo desaprobamos a él, a él le censuramos, le reconvenimos su acto concreto que, por tanto, no solo tiene el desvalor general, sino el desvalor de su realización concreta—).

El concepto analítico del delito supone un análisis secuencial del mismo. Así, en cada elemento ampliamos la perspectiva de análisis que ha caracterizado el elemento anterior, añadiendo nuevos elementos fácticos, elementos del hecho que no se han tenido en cuenta en el escalón anterior del delito, pero también una perspectiva valorativa diferente. Ello también ocurre en la culpabilidad como elemento del delito. Así, tendremos en cuenta nuevos elementos fácticos (los 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 —configuración fáctica concreta, motivos y razones de la conducta—), pero también una perspectiva valorativa nueva, que nos ayude a comprender valorativamente el hecho.

La imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad serían, en este sentido, los elementos que permitirían «individualizar» el desvalor de la conducta antijurídica. Esto es, si le podemos echar en cara una conducta antijurídica a una persona, si podemos

considerar que ese comportamiento es también individualmente disvalioso es porque el sujeto, que no padece anomalías o alteraciones psíquicas, conoce —o puede conocer— el desvalor jurídico de la conducta pero, en lugar de omitirla —y omitirla precisamente por su desvalor, por su carácter antijurídico—, la realiza, la hace suya en sentido pleno (esto es, conociendo tanto la configuración de la conducta como su significado valorativo —disvalioso en este caso—), anteponiendo sus propias convicciones e intereses a los del ordenamiento. Eso nos permite censurársela personalmente, echársela en cara y considerarla como un comportamiento individualmente disvalioso, al traspasar los límites que se habían acordado (y que se han acordado en aras de la convivencia de todos). Pese a conocer las exigencias de la comunidad, el individuo decide vulnerarlas. Dado que esas exigencias se establecen para permitir la vida en sociedad, su conducta resulta también individualmente desaprobada.

Sin embargo, no siempre la realización de una conducta típica y antijurídica por parte de un imputable que, además, tenía conciencia de la antijuridicidad tiene ese desvalor. Hay determinadas situaciones en las que la conducta, por más antijurídica que sea y por más que haya conciencia de la antijuridicidad de la misma, no nos parece reprochable. Son las situaciones que se sitúan bajo la denominación de «*no exigibilidad de obediencia a la norma*». Lo característico de las mismas es que, pese a estar ante conductas típicas y antijurídicas de sujetos inimputables que conocían o podían conocer la antijuridicidad de su conducta, parece difícil reprochárselas a su autor. Podemos aludir a los supuestos de estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales en que se vean afectadas vidas humanas.

Ej. 20.2: Recordemos el ejemplo 17.10, en el que Juan Antonio J. U. ahoga a Eduardo R. M. para poder salvarse de morir ahogado usando la tabla que solo puede sostener a uno. Parece difícil no desaprobado la muerte de Eduardo y, por tanto, no considerar antijurídica la conducta de Juan Antonio. Sin embargo, en atención a las concretas circunstancias del caso, no parece que la conducta sea reprochable. Pese a que Juan Antonio es imputable y conoce —o puede conocer— la antijuridicidad de su conducta, la situación concreta en que actúa hace que no parezca adecuado reprocharle la muerte de Eduardo, dado que significaba su salvación. Las razones por las que se realiza una conducta antijurídica devienen fundamentales, por tanto, de cara

a su reprochabilidad.

Nos alineamos dentro de las dominantes concepciones normativas de la culpabilidad, en cuanto concebimos la culpabilidad como reprochabilidad. Para comprender la concepción que mantenemos sobre la reprochabilidad y sobre la culpabilidad como elemento del delito, es necesario conocer cómo se ha configurado esta categoría; debemos exponer, por tanto, su evolución. Antes de ello, sin embargo, tenemos que analizar si la culpabilidad es un elemento esencial del concepto de delito en nuestro Código penal.

En alguna ocasión se ha señalado que la culpabilidad no era un elemento del concepto legal del delito (LUZÓN PEÑA), al no aparecer entre los elementos de la definición del mismo que utiliza nuestro Código penal, dado que el art. 10 CP dice que «*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*», sin que, aparentemente, se incluya aquí la culpabilidad. Otros autores (CEREZO MIR), por el contrario, señalan que la utilización del término «imprudentes» en este artículo permite sostener que la culpabilidad es un elemento esencial del concepto del delito, pues, más allá de la infracción del cuidado objetivamente debido, la imprudencia necesita la capacidad del sujeto para observar dicho cuidado, capacidad que pertenece a la culpabilidad. Además, la existencia de determinadas eximentes obliga a concebir la culpabilidad como un elemento esencial del concepto del delito.

Así, se alude a la regulación, en el art. 20 CP, de las denominadas causas de inimputabilidad (anomalía o alteración psíquica; intoxicación plena y síndrome de abstinencia; alteraciones en la percepción); a la consideración que hace nuestro Código del error sobre la antijuridicidad de la conducta (art. 14.3 CP) y, finalmente, a la presencia de otros institutos difícilmente explicables si no se admite la culpabilidad como elemento del delito (el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales, el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes). Por último, también se ha aludido (DÍEZ RIPOLLÉS) a la existencia de determinadas circunstancias atenuantes y agravantes, cuya correcta interpretación debe llevarse a cabo como graduaciones de la culpabilidad.

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 denominado «concepto clásico» de delito, que suele caracterizarse por su concepción causal del comportamiento y por la concepción psicológica

de la culpabilidad, expresando así el contraste entre lo objetivo (objeto del juicio de la antijuridicidad) y lo subjetivo (objeto del juicio de 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, esto es, el reflejo subjetivo del acontecer externo.

Debido a la metodología naturalista dominante en el concepto clásico de delito no resulta extraño que buscasen la culpabilidad en una relación psicológica, que debiese simplemente constatarse, de forma que la relación psicológica, como tal, era ajena a todo contenido valorativo. Sin embargo, no hay que cometer el error de pensar que veían la culpabilidad como una categoría valorativamente neutra, indiferente, como señalaba VON LISZT, en la actuación dolosa o imprudente se ponía de manifiesto el desvalor del autor, considerando la culpabilidad material como la disposición de ánimo antisocial. Tendríamos así la dicotomía desvalor del hecho (antijuridicidad)/desvalor del autor (culpabilidad), todavía presente en muchos planteamientos.

Esta relación psicológica entre autor y hecho podía adoptar, según su intensidad o carácter, dos formas: dolo (el autor tenía conciencia y voluntad de la producción del resultado o hecho delictivo) o imprudencia (el autor había previsto o había podido prever la producción del resultado y no había observado el cuidado al que estaba obligado), que eran así las formas, especies o clases de la culpabilidad. Ahora bien, como para ser responsable penalmente era necesario ser imputable, mayoritariamente se concebía la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad (del dolo y de la imprudencia), sin que faltasen autores que la consideraban un mero presupuesto de la pena.

1. DE LAS CONCEPCIONES PSICOLÓGICAS A LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS DE LA CULPABILIDAD

Las concepciones psicológicas, dominantes a finales del siglo XIX y principios del siglo XX —perdurarán hasta la primera guerra mundial—, planteaban una serie de problemas para cuya solución aparecieron los planteamientos normativos.

Así, la comprensión de dolo e imprudencia como relaciones psíquicas no era aceptable desde diversas perspectivas. Por un lado, se decía que el dolo era un concepto psicológico —la relación con el resultado o hecho—, mientras que la imprudencia era un concepto ético o jurídico,

pues más allá de la relación con el resultado —cuando existía, como veremos a continuación—, lo relevante era que el sujeto no observaba el cuidado necesario en el tráfico, esto es, el cuidado debido para no lesionar bienes jurídicos, única razón por la que se podía hablar de imprudencia. Por otro lado, la imprudencia inconsciente no podía caracterizarse, de ningún modo, como una relación del sujeto con el hecho o el resultado, pues se trata, precisamente, de la ausencia de toda relación (el sujeto no ha previsto, aunque podría haberlo hecho, la producción del resultado).

Ej. 20.3: Recordemos el ejemplo 11.23, en el que una enfermera confunde las conexiones de alimentación enteral con las de administración parenteral, de forma que produce la muerte del bebé al suministrarle, sin saberlo, leche por vía intravenosa, en lugar de hacerlo por vía nasogástrica, como ella creía. En este caso, no se ha previsto la producción del resultado (la enfermera no ha previsto la muerte del bebé, pues desconoce que suministra la leche por vía intravenosa), luego es obvio que no existe una relación psicológica con ese resultado de muerte (no lo ha previsto, luego no se da la relación que sí existiría en caso de previsión). Cuestión distinta es que se hubiese podido prever; en cuyo caso podría haberse dado una relación psicológica con el resultado, pero que no se ha dado. Si no se ha dado dicha relación, no podemos concebir la culpabilidad como una relación psíquica, salvo que excluyamos la imprudencia inconsciente de las formas o clases de culpabilidad (como, de hecho, hicieron algunos autores —RADBRUCH—).

En suma, la culpabilidad, como género —meramente formal, además— del que predicar las especies dolo e imprudencia, no podía comprenderse como relación psíquica; sus formas o clases eran heterogéneas o, dicho de otra forma, 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 —normalmente considerada elemento del dolo— o en la posibilidad de dicha conciencia —asociada a la imprudencia—. Evidentemente, 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: en un caso (dolo) porque el autor es consciente de la antijuridicidad de su conducta, y en el otro (imprudencia) porque podía haberlo sido. La diferencia en su configuración fáctica (conciencia/posibilidad) se iguala

normativamente (en ambos casos la actuación del sujeto es contraria a deber).

Este elemento normativo termina siendo de gran importancia: por un lado, sirve para insistir en que dolo e imprudencia son algo más que meras relaciones psíquicas: son formas, especies o clases de culpabilidad, esto es, se insistía en que a los mismos les era inherente una desaprobación, una desvaloración. Igualmente, la comprensión de la antijuridicidad, la conciencia de la misma, deviene un elemento fundamental de la culpabilidad jurídico-penal: solo si la conciencia de lo ilícito es un elemento de la culpabilidad tiene sentido comprender la imputabilidad como capacidad general de distinguir entre lo lícito y lo ilícito. En definitiva, se insistirá en que es la conciencia de la antijuridicidad lo que convierte a la conducta del sujeto en culpable (en desvalorada), en reprochable, sentando así las bases para el reconocimiento de la relevancia del error de prohibición —por mucho que este tarde en ser aceptado por la jurisprudencia—. Ha aparecido un primer planteamiento normativo.

Sin embargo, será la crítica a la relación entre el concepto de culpabilidad (género) y los conceptos de dolo e imprudencia (especies), 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 y que representa, sin duda, otra alternativa en las concepciones normativas.

Así, señala FRANK que si el concepto de culpabilidad solo contiene el dolo y la imprudencia, que consisten en la producción consciente o imprevista del resultado, es imposible comprender cómo el estado de necesidad no justificante puede excluir la culpabilidad, pues el mismo no niega el dolo.

Ej. 20.4: Pensemos de nuevo en el ejemplo 17.10, dado que se trata de un estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales (vida-vida) y, por tanto, uno de los casos a que se refería FRANK. No puede discutirse seriamente que Juan Antonio actúa dolosamente, pues sumerge la cabeza de Eduardo para producir la muerte del mismo, de modo que él podrá asirse a la tabla y salvarse. El dolo del homicidio, la conciencia y voluntad de producir la muerte de otro, se da. Por tanto, si la culpabilidad fuese el dolo, ¿cómo es que Juan Antonio estaría exento de pena por no ser culpable?

Además, en la medida de la culpabilidad, tanto los tribunales como el lenguaje cotidiano tienen en cuenta elementos que están más allá del dolo y de la imprudencia, lo que de nuevo nos lleva a un concepto de culpabilidad más amplio.

Así, se refiere FRANK a que las circunstancias desfavorables disminuyen la culpabilidad mientras que, por ejemplo, las inclinaciones lujuriosas la aumentarían, o también a que la culpabilidad es mayor cuando se comienza la jornada laboral tras un largo descanso que cuando se llevan trabajadas once horas.

En definitiva, el concepto de culpabilidad, en este planteamiento, está compuesto por tres elementos:

1. La imputabilidad.
2. El dolo o la imprudencia.
3. La normal configuración de las circunstancias en que tuvo lugar la acción delictiva (circunstancias acompañantes). Aparece así un nuevo elemento, enormemente relevante para valorar la conducta: siempre habrá que tener en cuenta las circunstancias que rodeaban la realización de la conducta para decidir si la misma es o no reprochable.

Busca FRANK una expresión que contenga las partes de este concepto de culpabilidad y llega a la formulación «culpabilidad es reprochabilidad»; actuar culpable es actuar reprochable, esto es, «*un comportamiento tal del que se puede hacer un reproche al actuante*». Se han sentado los pilares de las concepciones normativas. A partir de aquí tendrá lugar un fuerte debate sobre el fundamento de la reprochabilidad: es la hora de la polémica sobre la exigibilidad de obediencia a la norma.

La posibilidad de explicar el estado de necesidad del art. 54 del Código penal alemán como excluyente de la culpabilidad tendrá mucho que ver con la aceptación de la «reprochabilidad». Ahora bien, a partir del mismo, autores como GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL irán más allá, defendiendo la existencia de una causa general supralegal —no está contemplada en la regulación— de exculpación basada en la no exigibilidad de obediencia a la norma. Se llega así al debate sobre la no exigibilidad, que prácticamente monopolizó la discusión sobre la culpabilidad en Alemania entre 1927 y 1936.

2. EL DESARROLLO DE LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS DE LA CULPABILIDAD

El concepto neoclásico del delito es el ámbito en el que dominan las concepciones normativas de la culpabilidad. Sin embargo, siempre se ha destacado la falta de claridad de las concepciones normativas. Y con razón.

Si nos fijamos en la estructura del concepto de culpabilidad, no resulta difícil encontrar destacados normativistas (como FREUDENTHAL o Eb. SCHMIDT) que siguen partiendo de la existencia de especies de culpabilidad (dolo e imprudencia); igualmente, el propio MEZGER seguía considerando a dolo e imprudencia «formas» de la culpabilidad, por mucho que, al mismo tiempo, los considerase un elemento de la misma.

Tampoco desde perspectivas materiales o de contenido las cosas son muy diferentes: así, la reprochabilidad ha permitido y permite que, tras la misma, se considere que lo reprochable es la voluntad (culpabilidad de la voluntad), el carácter o la personalidad que se expresa en el hecho (culpabilidad por el carácter o culpabilidad de la personalidad), la disposición de ánimo manifestada (culpabilidad de la disposición de ánimo), etc. Incluso puede comprenderse la reprochabilidad como un mero filtro de lo injusto, sin que haya ningún aspecto material, de contenido valorativo, en la misma (BRAUNECK, HORN). Finalmente, pese a la habitual vinculación de la reprochabilidad con una postura indeterminista —los autores que defienden el libre albedrío, la libertad de la voluntad—, no podemos olvidar que destacados autores deterministas aceptaban la reprochabilidad (basta pensar en ENGISCH, GRAF ZU DOHNA, NOWAKOWSKI).

Ningún aspecto resulta más ilustrativo a este respecto que la polémica sobre la no exigibilidad de obediencia a la norma. Como acabamos de señalar, 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, esto es, lo que 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, podía omitirla (se hace acreedor del desvalor que supone realizar la conducta desaprobada, prohibida, sabiendo o pudiendo saber que está desaprobada, prohibida). Sin embargo, este planteamiento resultará insuficiente para muchos autores. Dado que la ley no castiga los hechos cometidos en el estado de necesidad del art. 54 del Código penal alemán de 1871 —que el sujeto puede realizar con conciencia de la antijuridicidad de su conducta—, el concepto mencionado parece insuficiente y no puede ser el concepto de culpabilidad material que

reflejan las normas. Si existen casos en que no hay culpabilidad pese a que sí se da la conciencia de la antijuridicidad, la conciencia de la antijuridicidad no puede ser el núcleo, el elemento determinante del reproche, de forma que el principio de culpabilidad exige algo distinto, algo más. Se pasa así a una concepción para la 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. Con otras palabras, lo relevante será la valoración que se puede hacer de la conducta antijurídica teniendo en cuenta las circunstancias en las que se realizó la misma.

La polémica desapareció tan rápido como había surgido, a través de una solución —mayoritaria— de compromiso: 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 más allá de los supuestos expresamente regulados.

Si bien las concepciones personales de lo injusto comienzan a exponerse en los años treinta, la discusión sobre las mismas y, por tanto, de sus repercusiones en la culpabilidad, solo tendrá lugar después de la segunda guerra mundial. Es en los años cincuenta cuando el traslado del dolo al tipo de lo injusto lleva a MAURACH a distinguir entre el concepto complejo de culpabilidad (MEZGER) y el concepto valorativo (WELZEL).

El concepto normativo complejo se caracteriza por situar la valoración y el objeto de esta en la misma categoría sistemática (la culpabilidad); el concepto normativo puro, por el contrario, distingue entre la valoración (culpabilidad) y su objeto (lo ilícito doloso o imprudente). En definitiva, para el concepto complejo de culpabilidad el dolo, que incluye la conciencia de la antijuridicidad —por lo que se le denomina *dolus malus*, dolo malo— pertenece a la categoría de la culpabilidad. El concepto normativo puro, por el contrario, distingue: el dolo pertenece a lo injusto —es el denominado dolo natural o dolo del hecho, pues se trata de la conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo— y la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad. Dado que el dolo ya no incluye la conciencia de la antijuridicidad ya no es un dolo malo, sino un mero dolo natural o dolo del hecho.

Los años 50 y 60 tuvieron importantes repercusiones en las concepciones normativas de la culpabilidad. Destacados representantes del finalismo (ARMIN KAUFMANN, por ejemplo)

defendieron la ruptura entre la inexigibilidad y el principio de culpabilidad presente en algunos planteamientos reseñados anteriormente. El principio de culpabilidad, según estos autores, únicamente exige tener en cuenta la inimputabilidad y el error sobre la antijuridicidad de la conducta —los supuestos en que el sujeto no puede actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico—, pero no las demás causas tradicionalmente incluidas en la culpabilidad (cuyo ejemplo clásico es el estado de necesidad no justificante), que se convierten en «causas fácticas de disculpa» (existe culpabilidad, pero es tan escasa que el legislador es indulgente y la perdona).

Ello supuso, por tanto, que un gran número de autores normativistas se centrara en exceso en la capacidad del autor de obrar de otro modo como aspecto exclusivo de la culpabilidad. La capacidad de motivarse por la norma sería el único elemento que tendría que añadirse a la conducta antijurídica para dar lugar a la culpabilidad y, por tanto, al desvalor individual en que esta categoría consiste. Este planteamiento será objeto de críticas tanto respecto a su fundamento (la capacidad del sujeto de actuar de otro modo) como a su contenido material (el desvalor personal de la culpabilidad).

3. LA CRISIS DE LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS

En la segunda mitad de los años sesenta y principios de los años setenta del pasado siglo se alzaron multitud de voces críticas contra la comprensión de la culpabilidad de las concepciones normativas, esto es, contra la idea de que la culpabilidad es reprochabilidad o, al menos, que tiene que ver de algún modo con un reproche.

La idea directriz de la crítica es el rechazo al poder obrar de otro modo, al libre albedrío, a la capacidad de decidir libremente (con matices, pues siempre se reconocen condicionamientos), considerado mayoritariamente el fundamento de la culpabilidad como reprochabilidad (pese a que no faltasen autores partidarios del determinismo que defendían el mismo concepto). Dado que no se puede demostrar que un sujeto, en un caso concreto, podía haber actuado de otra forma (y menos todavía con los límites del proceso penal), resulta «irracional» fundamentar la culpabilidad (y, por tanto, la pena) en ese postulado. El Derecho penal, dicen los partidarios de la crítica, no puede ser un reducto de la metafísica ni hacer profesiones de fe, sino que tiene que basarse en ideas racionales —lo que, para muchos autores, supone sustituir la culpabilidad como criterio rector por la idea de la necesidad de pena—.

Destaca en este sentido la crítica que realizó ENGISCH, subrayando la imposibilidad de demostrar si un sujeto podía

actuar de modo distinto a como lo había hecho. Así, para una demostración empírica de esa posibilidad, ENGISCH consideraba que sería necesario situar al sujeto, de nuevo, ante la misma situación exacta en la que actuó y comprobar si alguna vez actuaba de modo distinto. Ahora bien, esta prueba resulta imposible, dado que el hombre tiene memoria y, por tanto, colocado de nuevo ante la situación, el sujeto recordaría la vez anterior, de forma que ya no estaríamos exactamente ante la misma situación. Se ha criticado a ENGISCH que su concepción de la prueba empírica era demasiado estricta (DÍEZ RLPOLLÉS). Sea como fuere, la alusión a la indemostrabilidad empírica del libre albedrío se convirtió en una constante en la dogmática penal; también hoy día el libre albedrío suele considerarse indemostrable en el caso concreto.

También se insistió en el carácter y contenido moralizante y estigmatizante de términos como culpabilidad y reprochabilidad. La idea de realizar un reproche por el delito pone de manifiesto, según los críticos, una arrogancia social que oculta la propia responsabilidad de la sociedad en la comisión de delitos. No es extraño que se quieran eliminar estos términos. La última categoría del delito pasará por ello en las concepciones de estos autores críticos a denominarse responsabilidad, atribuibilidad, imputación personal, etc. Además, argumentan que las regulaciones legales no pueden explicarse partiendo de la idea básica de la libertad o la falta de libertad. Basta pensar en el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales: el sujeto puede actuar de otro modo y, sin embargo, no se le castiga, no parece que haya culpabilidad según las regulaciones. En definitiva, según estos enfoques, la culpabilidad, en el mejor de los casos, pasa de fundamento a límite de la pena. Y no faltan planteamientos que pretenden prescindir de la misma, dado que, según sus críticos, todas las consecuencias que han ido derivándose del principio de culpabilidad pueden mantenerse aunque se prescinda de este elemento (GIMBERNAT ORDEIG). Mas, incluso en las posiciones que no renuncian a la culpabilidad, su importancia se ve disminuida, pues hay que complementarla con las necesidades preventivas de pena (ROXIN). Por último, incluso se puede mantener la categoría disolviendo su contenido en reflexiones preventivo-generales; la culpabilidad perdería así su autonomía y se convertiría en un mero derivado de la prevención general (JAKOBS).

La crisis de las concepciones normativas de la culpabilidad supone, en el fondo, el final de una época del Derecho penal, dado que la culpabilidad deja de ser la «coronación» del delito.

En muchos planteamientos la culpabilidad pierde su carácter desvalorativo, pues se parte de que todas las consideraciones valorativas del concepto de delito se realizan en lo ilícito; la conducta antijurídica, por tanto, es la que posee todo el desvalor del delito, sin que la culpabilidad añada nada al mismo.

Pese a todo, hoy en día sigue señalándose que el Derecho penal tiene que ser un Derecho penal de la culpabilidad. Con otras palabras, se sigue otorgando un rango importantísimo —sea como límite del *ius puniendi*, como un conjunto de garantías, como un principio rector de la imputación— al principio de culpabilidad. ¿Qué podemos decir del mismo?

III. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Según la comprensión mayoritaria del principio de culpabilidad, su formulación sería la siguiente: «*No hay pena sin culpabilidad. La medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad*». Pese a su carácter de principio básico en el actual Derecho penal — resulta habitual hablar del mismo como límite del *ius puniendi*, como conjunto irrenunciable de garantías o como principio que estructura y rige toda la imputación—, no es infrecuente encontrar referencias a la falta de claridad del mismo, a nuestro desconocimiento de su contenido, sus funciones y exigencias. De hecho, ha podido decirse que no se discuten las consecuencias del mismo sino su fundamento (BACIGALUPO), llegando incluso a propugnar su sustitución por un conjunto de otros principios (GARCÍA ARÁN).

Más allá de los problemas que provienen de la crisis de las concepciones normativas —a los que hemos hecho somera referencia—, el problema parece radicar en que la evolución del concepto de delito ha abierto un hueco entre el principio de culpabilidad y la categoría del delito de este nombre (GARCÍA ARÁN, DÍEZ RIPOLLÉS). Con otras palabras: exigencias que antes sí eran de la «culpabilidad» (como la necesidad de dolo e imprudencia para poder ser responsable —la denominada exclusión de la responsabilidad objetiva o por el resultado—), hoy en día lo serían de otras categorías (en este caso, serían una exigencia de lo ilícito, de la tipicidad).

La culpabilidad de la primera parte del principio (no hay pena sin culpabilidad) y la culpabilidad como elemento del delito serían distintas. Más aún, la culpabilidad a la que se refieren las dos partes del principio no sería la misma: si la primera (no hay pena sin culpabilidad) es la culpabilidad de fundamentación de la pena

(esto es, haría referencia a una serie de requisitos que deben darse para poder imponer una pena, de los que la culpabilidad como elemento del delito sería solo uno), la segunda (la medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad) sería la culpabilidad de medición de la pena, completamente distinta de la anterior, ya que abarcaría todos los factores relevantes para la determinación e imposición de la pena, claramente más que los que pertenecen a la categoría del delito (aunque incluye también los que pertenecen a la propia culpabilidad como categoría del delito).

Cuando en el siglo XIX se formula el principio de culpabilidad, se hace como «*no hay pena sin dolo o imprudencia*». Es lógico que así sea pues, como ya hemos podido ver; la culpabilidad como categoría sistemática era un concepto meramente formal, que podía sustituirse por sus clases o especies (el dolo o la imprudencia) sin ningún tipo de problema. Igualmente, en dicho momento histórico lo verdaderamente relevante era la exclusión de la responsabilidad por el resultado, pues la conciencia de la antijuridicidad como elemento del delito (incluida normalmente en el dolo), todavía no se ha consolidado como una exigencia unánime, como algo derivado del principio de culpabilidad — dicho de otra manera: no resultaba problemático admitir responsabilidad en supuestos en que el sujeto no sabía ni podía saber que su conducta era antijurídica—. Desde esta perspectiva lo extraño es que, superadas las concepciones psicológicas, el principio de culpabilidad se siguiese enunciando como «no hay pena sin dolo o imprudencia» cuando, en teoría, la culpabilidad —como reprochabilidad— era más que el dolo o la imprudencia. La explicación, sin embargo, podría ser bastante sencilla: en los planteamientos normativos, dolo e imprudencia siguieron siendo comprendidos como «especies» de la culpabilidad; igualmente, la idea de que estábamos ante las «formas» de la culpabilidad resultaba compatible con su consideración, al mismo tiempo, como elementos de la culpabilidad en cuanto categoría del delito. La razón es en los dos casos la misma: se trata. en ambos casos, de formas de referirse al propio delito, esto es, se está haciendo referencia a las «especies» del delito (delito doloso o delito imprudente) o a las «formas» del delito entendido como conducta reprochable. Lo que resulta reprochable (y por tanto culpable) es un comportamiento doloso o imprudente. Dado que el delito es una conducta culpable, las formas del delito como conducta culpable son la actuación dolosa y la actuación imprudente.

En nuestra opinión, ninguna de las distinciones anteriores es

necesaria.

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

Pese a que es reconocida con carácter general, existe una fuerte tendencia a pasar por alto la relación lógica-necesaria que existe entre los elementos del delito. Si prestamos atención a la misma, la culpabilidad tiene en cuenta los anteriores elementos del delito — especialmente si se parte de que estamos ante la reprochabilidad individual de la conducta antijurídica; al ser la conducta antijurídica el objeto que reprocharemos, su mayor o menor gravedad incidirá, directamente, en la gravedad de la culpabilidad—, de modo que todas las exigencias de elementos anteriores derivan de la misma. Se podría decir que las categorías anteriores están preparando, precisamente, el objeto de la reprochabilidad. Por otro lado, no podemos pasar por alto que el concepto analítico de delito tiene también una vertiente material, esto es, que no se limita a establecer la concurrencia de unas cualidades, sino que analiza las mismas. Así, igual que lo ilícito es una categoría graduable, la culpabilidad también lo es (más allá de la gravedad de lo ilícito, la propia reprochabilidad puede ser mayor o menor), de forma que, en última instancia, la culpabilidad reproduce, materialmente, la gravedad del delito.

En cualquier caso, resulta importante tener en cuenta que nuestro Código penal no formula expresamente el principio de culpabilidad. El art. 5 CP («*no hay pena sin dolo o imprudencia*») consagra el que se denomina principio de imputación subjetiva, es decir, excluye la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por el resultado, pero deja fuera otras exigencias del principio de culpabilidad. Dada su importancia, sería deseable que se viese recogido en el Código penal.

Por último debemos referirnos a la posible consagración constitucional del principio de culpabilidad. La Constitución no se refiere directamente al mismo, pero, de acuerdo con CEREZO MIR, podemos deducirlo de su artículo 10, en su referencia a la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y la paz social, fundamentación preferible a la ofrecida por otros autores. El principio de culpabilidad es una exigencia del respeto a la dignidad humana, pues imponer una pena sin culpabilidad o una pena mayor que la medida de la culpabilidad supondría utilizar a la persona como mero instrumento para la obtención de fines sociales, lo que supondría una grave vulneración del respeto debido a la dignidad de la persona humana.

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.

Así, junto a los planteamientos que entroncan con las tradicionales concepciones normativas —también diversos entre sí (basta pensar en las posiciones de CEREZO MIR, DÍEZ RIPOLLÉS, TORÍO LÓPEZ o MARTÍN LORENZO)— podríamos situar los enfoques preventivos, que, por supuesto, tampoco son unitarios.

Dentro de los enfoques preventivos debemos hacer una breve mención a GIMBERNAT ORDEIG, tanto por la radicalidad de su planteamiento, como por su carácter de pionero en la crítica de las concepciones normativas. Para GIMBERNAT, se puede prescindir del principio de culpabilidad y, sin embargo, mantener todas sus consecuencias (centradas en la necesidad de dolo o imprudencia para poder castigar una conducta, en el mayor castigo de los delitos dolosos frente a los delitos imprudentes, en la imposición a los inimputables únicamente de medidas de seguridad y en la impunidad del error de prohibición invencible). Las exigencias de la prevención general y de la prevención especial podrían justificar, en su opinión, las consecuencias que se han atribuido tradicionalmente al principio de culpabilidad.

Sin poder entrar en un exhaustivo análisis de su postura, lo cierto es que la misma ha sido rebatida, convincentemente, en nuestro país (CEREZO MIR, GRACIA MARTÍN, PÉREZ MANZANO). Así, se señala que, desde una perspectiva preventiva, los delitos imprudentes deberían castigarse con mayor pena que los delitos dolosos, dado que son más frecuentes; del mismo modo, la eficacia preventiva podría legitimar que se castigase en los casos en que había un error de prohibición invencible, ya que si el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta no exime de pena, las personas examinarían más cuidadosamente la licitud o ilicitud de su comportamiento; la aplicación de una pena a los inimputables también podría tener efectos preventivos, sobre todo de cara a la generalidad, dado que al ver que esas personas son castigadas sabrían que ellos también lo van a ser, etc. Más allá de estas cuestiones debemos recordar las consecuencias que la utilización del criterio de la necesidad de pena tenía para la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad: se convertían en los ámbitos de lo que el legislador quiere prohibir (antijuridicidad) frente a lo que el legislador puede castigar (culpabilidad), criterio que tampoco convencía. Por último se ha puesto en duda que realmente se esté renunciando a la

culpabilidad, dado que conserva los elementos básicos de la misma, como son la imputabilidad y la necesidad de conocimiento (o de posibilidad de conocimiento) de la antijuridicidad.

Si en la construcción de GIMBERNAT la necesidad preventiva se habría convertido en el fundamento y el límite de la pena, en la de MIR PUIG la culpabilidad se mantiene como un límite a las exigencias preventivas (a las exigencias de la necesidad de pena). Elemento básico —y con bastante éxito en la doctrina— de su planteamiento es la consideración de que la culpabilidad, materialmente, consiste en la capacidad de motivación normal por las normas jurídicas, lo que explica su concepción de la culpabilidad como categoría donde realizar el principio de igualdad real.

Lo que caracteriza a los inimputables y a los que actúan en situaciones de inexigibilidad es que no tienen capacidad de motivación normal por la norma. El inimputable no tiene una capacidad normal en cuanto sufre una anomalía o alteración psíquica, de manera que existen razones internas —situadas en el propio sujeto— que explican su falta de capacidad de motivación normal; dado que los delitos los suele cometer una persona que no padece alteración alguna, la diferencia en cuanto a la normalidad (uno padece determinadas anomalías o alteraciones y los demás no) parece clara. Tampoco quien está en una situación de inexigibilidad tiene una capacidad de motivación normal: en este caso es la situación externa la que influye en el sujeto repercutiendo en la normalidad de su capacidad de motivación; la normalidad de su capacidad está rota por la concurrencia de esas circunstancias externas que modifican la misma; obviamente, los delitos no se suelen cometer en una situación de inexigibilidad, de forma que la diferencia —la anormalidad— parece obvia.

Pese a lo sugestivo de su postura, la misma tampoco termina por resultar convincente, tal y como han señalado otros autores (CEREZO MIR, PÉREZ MANZANO, DÍEZ RIPOLLÉS).

Por un lado, la capacidad de motivación normal por la norma no parece que presente grandes ventajas frente a la capacidad de actuar conforme a la norma (la capacidad de obrar de otro modo): no parece que su demostración empírica vaya a ser más fácil; sigue suponiendo la utilización de elementos valorativos, si bien sus referentes no son tan claros como en otros casos; una

capacidad pasiva —ser motivado normalmente—, es insuficiente para atribuir el hecho a una persona. Por otro lado, tampoco consigue explicar satisfactoriamente las eximentes que se basan en situaciones de no exigibilidad. Basta pensar en las personas que quedan excluidas de la eximente de estado de necesidad (los que han provocado intencionadamente el estado de necesidad o las que tienen una obligación de sacrificio por su oficio o cargo); ¿qué es lo que fundamenta que, en estos casos, su capacidad de motivación sí sea normal? ¿Realmente podemos decir que su capacidad es normal, que no se ve alterada? Podría aludirse, igualmente, a otros límites del estado de necesidad (la igualdad de los males) o a por qué solo el miedo insuperable exime (¿no hay otras emociones de la misma intensidad y que, por tanto, también disminuyan la capacidad normal de ser motivado por las normas jurídicas?).

A necesidades preventivas responde también el concepto dialéctico de MUÑOZ CONDE. Si tenemos en cuenta que la libertad en que se basa el concepto tradicional no es demostrable empíricamente y que existen supuestos en que no hay culpabilidad pese a existir capacidad de obrar de otro modo (los supuestos de no exigibilidad), parece obvio, según este autor, que debemos abandonar las posiciones tradicionales con su planteamiento individual. Es imprescindible, en su opinión, reconocer que la culpabilidad es un fenómeno social, de manera que serán las necesidades preventivo generales —avaladas, en su caso, por razones preventivo especiales— las que legitimarán los supuestos en que existe culpabilidad, cuyo elemento esencial será la capacidad de motivación por la norma —insistiendo en esta relación entre función de motivación por la norma y concepto material de culpabilidad—.

La postura de MUÑOZ CONDE también ha recibido críticas en la doctrina (CEREZO MIR, DÍEZ RIPOLLÉS). Así, la relación entre culpabilidad y prevención general es menos sencilla de lo que este autor pretende. Si definimos la culpabilidad en función de las exigencias de la prevención queda claro que la misma no podrá suponer un límite a dichas exigencias, lo que podría dar lugar a abusos —problema que, en el fondo, reconoce el propio MUÑOZ CONDE al señalar la posibilidad de que existan esos excesos y recordar, con acierto, que lo que debe hacerse en este caso es criticar esos excesos; el problema es que sin un criterio material independiente de las propias consideraciones preventivas no se podrán distinguir los abusos o excesos—. Por otro lado, tampoco las interpretaciones que aluden a la falta de necesidad preventiva de pena consiguen explicar

satisfactoriamente las causas de no exigibilidad. Así, por ejemplo, todavía no se ha ofrecido una explicación convincente de por qué solo el miedo insuperable hace innecesaria la pena desde perspectivas preventivo generales y preventivo especiales, mientras que la misma sigue siendo necesaria cuando se trata de otra perturbación emocional (que puede tener la misma intensidad). Igualmente, tampoco parece que las necesidades de pena puedan explicar los límites a los males en juego en caso de estado de necesidad en conflicto de intereses iguales.

Existen, por supuesto, otras posturas (pensemos en la influencia de ROXIN y su defensa de la categoría de la responsabilidad, esto es, la complementación de la culpabilidad tradicional — imputabilidad y conciencia o cognoscibilidad de la antijuridicidad — con reflexiones sobre la necesidad de pena —causas basadas tradicionalmente en la no exigibilidad—, los planteamientos de síntesis entre prevención y garantías —ALCÁCER GUIRAO, SILVA SÁNCHEZ—, la conocida disolución de la culpabilidad en razones preventivo generales de JAKOBS o la sugerente teoría del sujeto responsable de BUSTOS RAMÍREZ con las reflexiones complementarias de VARONA GÓMEZ) en cuya exposición no podemos detenernos.

V. EL CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD

Ya hemos señalado que el concepto de reprochabilidad es, como tal, un concepto formal, dado que no nos dice por qué podemos reprocharle a una persona su conducta antijurídica. En este sentido necesitamos conocer el fundamento, la razón que nos legitima a reprocharle a una persona su comportamiento, aspecto que se estudia en el concepto material de culpabilidad.

Para nosotros 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. Además, la referencia a la capacidad de actuar de acuerdo con el ordenamiento jurídico no tiene, como nos recuerda WELZEL, el sentido abstracto de que alguna persona, en lugar del autor, habría podido obrar de otro modo, sino el sentido concreto de que el autor, en la situación en la que estaba, hubiese podido tomar una resolución de voluntad conforme con la norma.

Dos son, por tanto, las cuestiones que deberíamos resolver:

1. El problema general de si las personas pueden adoptar resoluciones de voluntad diferentes de las que adoptaron (el problema del libre albedrío).
2. Admitido lo anterior, la siguiente cuestión que debemos resolver

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 problema de la negación del libre albedrío y de la adopción de un enfoque determinista parece tener un carácter cíclico en el Derecho penal, en el sentido de que cada cierto tiempo aparecen corrientes que lo niegan y quieren fundamentar el Derecho penal al margen del mismo (pensemos en la Escuela positiva italiana de finales del siglo XIX o en la escuela sociológica o político-criminal de VON LISZT; también recientemente se niega la existencia del libre albedrío desde el ámbito de las neurociencias, sin que los descubrimientos que se aportan supongan, sin embargo, la necesidad de modificar los planteamientos del Derecho penal).

Desgraciadamente, no podemos ocuparnos de este problema con una mínima profundidad, ni siquiera a efectos de esclarecer el debate (comenzando, así, por analizar el problema del compatibilismo o incompatibilismo, esto es, las doctrinas que consideran que la responsabilidad ética y, por tanto, también penal, sería compatible con la inexistencia del libre albedrío, frente a las posturas incompatibilistas, que señalan que, si se niega el libre albedrío, no puede hablarse de responsabilidad ni culpabilidad), por lo que nos limitaremos a exponer la postura en la que nos basamos y las razones por las que lo hacemos.

En esta obra hemos partido de una comprensión del Derecho penal como un instrumento de control social. Siendo así, la vinculación con las concepciones básicas de la sociedad resultan siempre fundamentales. Si las concepciones sociales se demostraron esenciales en el establecimiento de lo delictivo (el concepto material del delito), resulta obvio que deberemos atender a los valores sociales que determinen la exigencia de responsabilidad. Con otras palabras: las concepciones fundamentales sobre cómo y cuándo se puede exigir responsabilidad a un sujeto van a resultar cruciales en este ámbito. Sin perjuicio de que volveremos sobre ello más adelante, la imputación cotidiana, la forma, presupuesto y límites con que nos atribuimos y exigimos responsabilidad en la vida ordinaria, se verá reflejada en las estructuras jurídicas. La culpabilidad, por supuesto, no es una excepción.

Aceptamos por tanto el libre albedrío, la libertad de la voluntad, como un elemento básico de nuestra autocomprensión como sujetos (no nos entendemos como sujetos sometidos directamente a sus impulsos, de forma que en cada caso actuaríamos según lo que los mismos nos dictasen, sino que partimos de la base de que somos libres para

decidir las acciones y omisiones que realizaremos —lo que no quiere decir, por supuesto, que no tengamos condicionamientos—) y de nuestra forma de interactuar en sociedad (que también se basa en la libertad). Imaginemos que, por un momento, al realizar un contrato no supiésemos si la otra parte lo cumplirá o no, pues no sería una cuestión que dependa de su voluntad, sino que los factores causales que se fuesen dando serían los que inclinarían la balanza hacia el cumplimiento o el incumplimiento. No parece necesario insistir en que no es así como contemplamos la vida social. Esta perspectiva es compartida por un buen número de autores (CEREZO MIR, DÍEZ RIPOLLÉS, VIVES ANTÓN, HIRSCH, SCHÜNEMANN, etc.) que incluso añaden otros argumentos en los que no vamos a detenernos (estructura de nuestro lenguaje, coherencia con la Constitución y nuestro ordenamiento jurídico, etc.).

Sigue restando el problema de su demostrabilidad empírica en el caso concreto. Algunos autores (como DÍEZ RIPOLLÉS), consideran que puede verificarse empíricamente la capacidad concreta del sujeto concreto de actuar de otra forma. La mayoría doctrinal, sin embargo, es bastante más escéptica y señala que, a lo sumo, solo se pueden demostrar aspectos parciales de dicha capacidad (CEREZO MIR), especialmente los aspectos intelectuales (si una persona había podido prever la producción de un determinado resultado, si podía conocer que su conducta era antijurídica, etc.), teniendo en el fondo como referencia la comprobación de la capacidad general de autodeterminación del ser humano, lo que, sin embargo, se traduce en la utilización de criterios generalizantes (el hombre medio, la persona normal), que ocultan los presupuestos valorativos.

En nuestro país no ha tenido excesiva repercusión el concepto «empírico-pragmático» o «social» de culpabilidad, muy extendido en Alemania (KRUMPELMANN, JESCHECK, LACKNER, MAIWALD, SCHREIBER). Este concepto parte siempre de una persona con una capacidad de autodeterminación media —criterio normativo— para solucionar los problemas de si el sujeto concreto podía haber actuado o no de otro modo. El reproche al sujeto concreto se basaría en que la persona media sí habría actuado de otro modo. Además de otras posibles críticas (TORÍO LÓPEZ), resulta completamente insatisfactorio fundamentar una culpabilidad individual en lo que habría hecho un tercero (tercero que, además, no existe como tal).

Dejando al margen la polémica doctrinal, deberemos tener en cuenta, por un lado, todos los elementos que sean individualmente demostrables.

Cuando un elemento sea empíricamente constatable en el caso concreto, no podrá sustituirse por un criterio generalizante o normativo.

Así, no podrá castigarse a alguien que no conocía ni podía conocer la antijuridicidad de su conducta por el mero hecho de que «el ciudadano medio» sí la hubiese conocido.

En otros casos resultará inevitable tener en cuenta criterios normativos. Ahora bien, en estos casos conviene detallar lo más posible los mismos, para evitar confusiones y, sobre todo, para aclarar los términos del debate (y poder discutir racionalmente). De otro modo, puede ocurrir que vagas apelaciones psicológicas encubran la resolución normativa de un problema.

En definitiva, con toda la demostración empírica de la que se sea capaz, partiremos de la capacidad de actuar de otro modo, de la capacidad de actuar conforme a la norma, como elemento básico, irrenunciable, 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.

Sin embargo, no podemos caer en una errónea conclusión inversa y defender que siempre que el sujeto tuviese capacidad para actuar de manera conforme con la norma habrá culpabilidad. De este modo, como decía WELZEL, «*se muestra el carácter normativo de la reprochabilidad, que no queda disuelta en el mero poder obrar lícitamente*». En definitiva, debemos insistir en que la reprochabilidad es la esencia de la culpabilidad. 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 la misma.

Ahora bien, ¿cuáles son los criterios que nos llevan a determinar materialmente la reprochabilidad? Recurrir al concepto de Estado en el que tenga lugar una determinada regulación parece evidente. Igualmente, la sociedad y sus pautas valorativas también van a resultar fundamentales en este ámbito. Debe superarse la visión del delito como una mera cuestión de relación entre el sujeto y la norma (aunque no prescindir de la misma; la capacidad del sujeto para actuar conforme a la norma seguirá siendo esencial pero no excluyente de otras razones) y contemplarlo como un fenómeno social.

En este sentido es en el que consideramos relevante la forma de nuestra interacción cotidiana, el modo como actuamos en sociedad, que se refleja también en nuestro lenguaje y en las categorías que utilizamos en el lenguaje ordinario. Una cuestión fundamental en nuestras relaciones con los demás son las razones por las que alguien

hace o deja de hacer algo. Las razones —las extraigamos de su proceso de motivación o del contexto en que actúa— resultan fundamentales en la calificación valorativa de las conductas. Y si las razones tienen importancia en el análisis de nuestra praxis es porque reflejan un determinado concepto de sujeto que es, por tanto, el concepto de sujeto que utilizamos cotidianamente (y al que le pedimos responsabilidad, al que le censuramos su conducta, con el que tenemos relaciones o las interrumpimos). La imagen que una sociedad posee de sus miembros es un elemento fundamental en la determinación de las relaciones de los mismos entre sí y con estructuras colectivas (como el Estado).

Debemos destacar que el Derecho penal regula la convivencia social, pero que esa convivencia es la de sujetos concretos, finitos, limitados e irrepetibles. No se trata de que cada sujeto concreto sea solo una especie del género «hombre» del idealismo, sino que cada sujeto concreto es un ente irrepetible, definido por sus relaciones. Lo vamos a resumir, valorativamente, con la utilización del término «individuo». Al decir que cada uno de nosotros somos un individuo hacemos referencia a que valorativamente tenemos un valor propio, que nos distingue de los demás —cualitativamente— y que lleva a que, por tanto, dentro de ciertos límites tenga sentido la preferencia de los intereses propios. Resulta importante tener en cuenta que se trata de una diferencia cualitativa y no cuantitativa. Cuando en una situación de necesidad en conflicto de intereses iguales uno opta por salvarse a sí mismo, todos lo comprendemos porque hay una diferencia clara entre «la» vida y «mi» vida (prescindir de nuestras relaciones subjetivas nos haría dejar de ser lo que somos). No es que «mi» vida valga más que otra, es que es distinta —de ahí que la desigualdad, dentro de una igualdad básica, tenga relevancia normativa—.

De esta manera, la preferencia de los intereses vinculados a uno mismo —dentro de ciertos límites, como es obvio—, en las sociedades modernas no es desaprobada. Con esta idea se pueden explicar la mayoría de los supuestos basados en la no exigibilidad de obediencia a la norma: son supuestos en que la actuación es antijurídica pero en los que no podemos efectuar un reproche porque la consideración del sujeto actuante como un individuo hace que comprendamos su actuación y, en este sentido, que no se la podamos censurar, que no nos parezca reprochable.

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 sólo 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

Cuando FRANK formula su famosa frase «culpabilidad es reprochabilidad» defiende, como sabemos, que el concepto de culpabilidad está compuesto por tres elementos: la imputabilidad; el dolo y la imprudencia; la normalidad de las circunstancias acompañantes (circunstancias que rodean la realización de la conducta delictiva).

Sin embargo, pese a que FRANK se refirió a tres elementos en plano de igualdad, resultaba bastante frecuente encontrar un esquema expositivo que distinguía entre la imputabilidad, considerada presupuesto de la culpabilidad, y los elementos de la reprochabilidad, el elemento intelectual —en el que se analizan los problemas del error de prohibición— y el elemento volitivo —en el que se estudian las causas de inexigibilidad y, especialmente, el estado de necesidad exculpante—.

Todavía hoy se discute, en las concepciones normativas de la culpabilidad, si la imputabilidad es un presupuesto o un elemento de la culpabilidad. Lo verdaderamente importante son los argumentos que latían en la distinción entre imputabilidad y reprochabilidad que, además, podían utilizarse aunque se defendiese un esquema constructivo diferente (ya se los considerase elementos, ya se acudiese a una concepción totalmente distinta —imputación—). Como vamos a ver, el planteamiento material, el planteamiento de fondo, legitimaba toda una comprensión y explicación de la culpabilidad y su exención.

Así, la imputabilidad era concebida como una capacidad general, que iba más allá del caso concreto; en palabras de WELZEL, la capacidad de culpabilidad «*existe (o no) de un modo general en la situación concreta con independencia de que el autor actúe o no, de que se comporte jurídica o antijurídicamente*». Frente a ello, la conciencia de la antijuridicidad y la ausencia de un estado de necesidad eran cuestiones del caso concreto, de la conducta efectivamente realizada. Una vez más lo expone con claridad WELZEL: «*la reprochabilidad se refiere..., a una conducta antijurídica real*». De este modo, «*como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la capacidad de culpabilidad en relación con el hecho concreto, la reprochabilidad se basa en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter*

general constituye la capacidad de culpabilidad».

Claro está que la verdadera relevancia de esa distinción entre lo general y lo concreto va mucho más allá de su armonía constructiva, sistemática. Lo realmente importante radicará en la relación valorativa entre la inimputabilidad 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, esto es, el ámbito donde se decide si estamos ante un igual, ante una persona como nosotros, o ante alguien distinto. De nuevo WELZEL lo expresa con claridad, destacando que considerar a alguien imputable supone *«el reconocimiento del otro como tú, como igual, como susceptible de determinación plena de sentido y por ello tan sujeto responsable como yo»*. El reverso sería la consideración del inimputable como alguien que no es persona (ENGISCH), alguien excluido de la comunidad vital (NOWAKOWSKI), alguien que no es comparable con la persona normal, insistiéndose en que precisamente la diferencia es lo determinante (BOCKELMANN).

Es importante que tengamos en cuenta esta referencia a la anormalidad, a lo patológico, además del carácter general, pues resulta básico en la explicación de las causas de exclusión de la culpabilidad. Así, por mucho que una persona sea capaz, en general, de comprender lo ilícito de su conducta y de actuar conforme a ese conocimiento, puede suceder que, en el caso concreto, no pueda conocer la antijuridicidad (error de prohibición invencible) o no pueda actuar de forma distinta (estado de necesidad exculpante). Frente al carácter patológico, anormal, de las situaciones de inimputabilidad, nos encontramos ahora ante supuestos que pueden sucederle a cualquiera, ante supuestos que, hasta cierto punto, son normales, no en el sentido de que sean frecuentes, sino en el sentido de que pueden sucederle a cualquiera de nosotros. Y así, puede ocurrir que, en el caso concreto, no podamos actuar de otro modo, ya sea porque estamos en un error de prohibición invencible, ya porque estamos en un estado de necesidad exculpante. Se comprende que no se quiera castigar lo que puede sucederle a cualquiera y, en este sentido, que las actuaciones en estado de necesidad exculpante no se consideren exigibles, pues es lo que habría hecho cualquiera (menos los héroes o los santos). ¿Cómo le vamos a reprochar a alguien lo que también haríamos nosotros? ¿Qué sentido tiene censurar lo que haría cualquiera?

La ruptura de este esquema en los años cincuenta tendrá importantes consecuencias en la comprensión de la culpabilidad,

más allá de que facilite la comprensión de la imputabilidad como elemento y no como presupuesto de la culpabilidad. Así, 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. Esto obligará a replantearse la relación entre la inimputabilidad y las demás causas de exclusión de la culpabilidad.

Las relaciones cambian considerablemente. El elemento intelectual de la imputabilidad (la capacidad de comprender lo ilícito del hecho) coincide con la conciencia de la antijuridicidad, de manera que ¿cuál es el sentido de la distinción entre inimputabilidad y error de prohibición? La inimputabilidad en caso de imposibilidad de conocer la antijuridicidad de la conducta no es más que un subcaso de error de prohibición, un error de prohibición por determinadas razones (la incapacidad del sujeto por una anomalía mental), lo que obligará a coordinar las regulaciones si difieren (como ocurre, por ejemplo, en Alemania). Igualmente, al decir que el sujeto es imputable sabemos que puede actuar conforme al conocimiento de lo injusto, puesto que se presupone de modo general —si no hay anomalía no hay exclusión de la capacidad de actuar de otro modo—, lo que impide seguir aludiendo en el estado de necesidad exculpante a una imposibilidad de actuar de otro modo. Deberá modificarse el modelo y así se hará: a partir de este momento, muchos autores defenderán que, en el fondo, en el estado de necesidad exculpante hay culpabilidad, solo que es tan escasa que el legislador la perdona. Hay distintas formas de explicar esa disculpa del legislador, pero la misma se convertirá en la explicación dominante en Alemania.

A tenor de la evolución dogmática, hoy día parece preferible considerar a la imputabilidad un elemento más de la reprochabilidad. Incluso podría pensarse en modificar el esquema expositivo y situar en primer lugar los problemas del conocimiento de la ilicitud (BACIGALUPO ZAPATER), algo que, sin embargo, no vamos a hacer, siquiera sea por razones pragmáticas.

2. LOS ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Debemos recordar, una vez más, la relación lógica-necesaria entre los elementos del delito. Cada elemento del delito presupone al anterior y es parte del siguiente. De esta manera, la conducta antijurídica es un

elemento de la culpabilidad. Es precisamente el objeto del que vamos a predicar la reprochabilidad. 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.

No es esto, sin embargo, lo que nos interesa en este momento. Como decía WELZEL, a la culpabilidad pertenecen todos los elementos del delito previos a ella. Sin embargo, distinguía entre los que solo son elementos de la culpabilidad y los que, además, pertenecen a otros elementos del delito (como el dolo y la imprudencia que son ya elementos de los tipos dolosos e imprudentes respectivamente). En este mismo sentido, aquí vamos a referirnos, únicamente, a los elementos que son solo elementos de la culpabilidad. A los elementos con cuya concurrencia se determina la reprochabilidad individual de la conducta antijurídica.

En primer lugar tenemos 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 (que no padezca una enfermedad o trastorno mental), de manera que podamos afirmar la posibilidad de comprender la ilicitud de su acción u omisión antijurídica y de actuar conforme a esa comprensión. Deberemos ocuparnos de las anomalías o alteraciones psíquicas que puedan excluir cualquiera de dichas capacidades.

En segundo lugar será necesario que el autor hubiese conocido realmente o al menos hubiese podido conocer la ilicitud de su conducta. Nos situaremos en el ámbito de estudio del error sobre la antijuridicidad de la conducta —error de prohibición—, dado que deberemos analizar cuándo podemos decir que una persona conoce lo ilícito de su conducta (objeto, forma, clase y grado de conocimiento), cuándo, pese a no haberlo conocido, podía haberlo conocido (el problema de la vencibilidad del error de prohibición), 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. Mayoritariamente se hace referencia aquí 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, planteamiento que solo compartimos de forma muy incidental. En cualquier caso hay que analizar los supuestos en que determinadas circunstancias —influyan o no en la capacidad de motivación del sujeto — modifican la valoración normal de la conducta, haciendo que no parezca reprochable al no ser exigible una conducta conforme a la norma. Igualmente, no podemos olvidar la importancia del análisis del proceso de motivación concreto, dado que la motivación, al modificar

el significado del hecho, resulta asimismo relevante, como demuestra la existencia en nuestro ordenamiento de circunstancias atenuantes y agravantes cuya localización sistemática es la culpabilidad.

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

I. LA IMPUTABILIDAD

Como hemos señalado, desde un punto de vista material la culpabilidad tiene como elemento básico, fundamental, el poder obrar de otro modo del sujeto, esto es, la posibilidad de actuar de modo distinto, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico. Ahora bien, para poder actuar de modo conforme con las exigencias del ordenamiento jurídico es necesario, en primer lugar, que el sujeto pudiese comprender el carácter ilícito de su conducta (de modo que pudiese abstenerse de realizarla, en los delitos de acción, o se viese motivado a actuar, en los delitos de omisión, al conocer el desvalor de su conducta) y, además, que pudiese actuar de acuerdo con dicha comprensión.

No parecen existir dudas en la doctrina sobre que la posibilidad de comprender el carácter ilícito del comportamiento y la posibilidad de actuar conforme a esa comprensión requieren que el sujeto haya alcanzado un determinado grado de madurez en su desarrollo y que posea también unas determinadas cualidades biopsíquicas. Mientras un sujeto no ha alcanzado un determinado grado de desarrollo o cuando un sujeto no tiene unas determinadas condiciones biopsíquicas no se le concede la capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta y/o para actuar conforme a dicha comprensión. Dicho con otras palabras: se considera que es inimputable.

Ej. 21.1: Puede ocurrir que un niño de nueve años comprenda el desvalor de la apropiación de cosas ajenas, pero seguro que la cuestión no se responde del mismo modo para un niño de cuatro años.

Ej. 21.2: Rodolfo R. padece un delirio erotomaníaco, creyendo que Paula S. está enamorada de él, sentimiento al que él corresponde. Así, accede a su correspondencia (física y electrónica) provocando múltiples molestias a Paula. El delirio de Rodolfo le impide comprender el desvalor jurídico de sus actos,

dado que considera que no está descubriendo los secretos de Paula sino que, simplemente, se están conociendo mejor, *«sin que las limitaciones en la intimidad rijan para los amantes verdaderos»*.

De este modo, de acuerdo con la doctrina ampliamente mayoritaria, se suele definir 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. La evolución de esta categoría desaconseja comprenderla, sin embargo, como presupuesto de la culpabilidad y nos hace considerarla, directamente, el primer elemento de la reprochabilidad (en esta línea, también MARTÍNEZ GARAY, MOLINA FERNÁNDEZ).

Dado que la culpabilidad es más que la posibilidad de actuar de acuerdo con la comprensión de la norma, no parece correcto considerarla presupuesto de la culpabilidad, esto es, algo que se daría con carácter previo a ella y sería, como tal, algo distinto a la misma —además de que se trata de una exigencia referida al hecho concreto, esto es, que ya está superada su anterior comprensión como un requisito de carácter general—. Por otro lado, desde una perspectiva material, podría pensarse que la culpabilidad es la conciencia de la antijuridicidad, lo que también resulta desacertado. Incluso la existencia de una regulación específica se ha discutido (ANTÓN ONECA, ARDNT), lo que no parece correcto, ya que razones de seguridad jurídica y el temor a exenciones injustificadas de pena legitiman su mantenimiento. Además, razones didácticas explican que resulte útil seguir hablando de capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de capacidad para actuar conforme a dicha comprensión, una vez hechas las correspondientes precisiones.

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

El Código penal español no es una excepción a lo que acabamos de decir. En ningún precepto define la imputabilidad o la inimputabilidad, 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 las eximentes de anomalía o alteración psíquica (art. 20.1 CP), de intoxicación plena y síndrome de abstinencia (art. 20.2 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. 20.3 CP). Sin embargo, a partir del contenido de las eximentes, la definición, el concepto de imputabilidad, podrá extraerse a contrario.

Si observamos los números 1, 2 y 3 del art. 20 CP podemos ver que en los tres casos se queda exento porque, por determinadas razones, no se puede comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. De esta forma, no resulta difícil concluir que *no se quedará exento cuando uno pueda comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a dicha comprensión* —sin que debamos entender que baste con dichas exigencias, pues existen, como veremos, otros supuestos de exención de pena, en la culpabilidad y en la punibilidad—. Esto es, partiendo de la regulación de la inimputabilidad (de la exención de pena por inimputabilidad), llegamos a la imputabilidad (posibilidad de comprender lo ilícito del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión).

Esta definición, por lo demás, concuerda con la que se deduce del concepto normativo de culpabilidad que seguimos y resulta más adecuada que otras que se han utilizado en nuestro país.

Así, durante mucho tiempo se consideró la imputabilidad como la «capacidad de entender y de querer», por influencia de la regulación del Código penal italiano (art. 85). El problema principal es que si un sujeto no tiene capacidad de entender y de querer, difícilmente podríamos considerar que actúa partiendo de un concepto finalista de acción: ¿cómo podría actuar dirigiendo la causalidad a un fin previamente fijado si carece de capacidad de querer y, por tanto, de actuar hacia un fin querido? Dicho de otro modo, quedaría ya excluida la acción u omisión como primer elemento del delito.

Ej. 21.3: Marco N. sufre epilepsia. Una tarde, se encuentra en una cristalería y cuando comienzan las convulsiones derriba una estantería, lo que, a su vez, produce otros daños. El ataque epiléptico fue acompañado de pérdida de conciencia. En este supuesto no puede decirse que Marco N. sea inimputable pues la pérdida de la capacidad de comprender y querer —durante el ataque ha perdido la conciencia— tiene una repercusión anterior en la teoría del delito con su análisis secuencial: los movimientos realizados durante el ataque, las convulsiones, no pueden considerarse acción. De este modo, más que de inimputabilidad, hablaremos de ausencia de acción.

Nuestro Tribunal Supremo utilizó durante un largo período de tiempo el

concepto de imputabilidad como capacidad de entender y de querer, aunque también aparece frecuentemente el de capacidad de comprensión de lo ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión. Incluso los ha utilizado como sinónimos en muchas ocasiones, pese a que no lo son (SSTS 23/11/93 y 15/04/1998). Con todo, modernamente lo más frecuente es que utilice el concepto de imputabilidad como capacidad de comprender lo ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión (SSTS 09/05/2008, 02/07/2009, 10/03/2009).

La posibilidad de comprender la ilicitud del hecho se refiere al conocimiento de *la ilicitud de su comportamiento*, esto es, es el conocimiento de la contrariedad del mismo con *el ordenamiento jurídico*. La conciencia de lo injusto material (de la lesión o el peligro del bien jurídico consecuencia de la conducta prohibida u ordenada) será, por tanto, suficiente. Como no hay diferencias en este punto entre imputables e inimputables estudiaremos esta cuestión en la lección siguiente, al tratar el contenido de la conciencia de la antijuridicidad.

Ej. 21.4: Si nos fijamos nuevamente en el ejemplo 21.2, podemos ver cómo Rodolfo no tiene conciencia del desvalor de su conducta. Incluso puede entender perfectamente que no se debe acceder a la correspondencia de otras personas (y estar de acuerdo con ello), en cuanto eso es una vulneración de su intimidad. Lo que ocurre es que, por el delirio que padece, considera que el acceso que tiene a la correspondencia de Paula no vulnera la intimidad de la misma, pues entre verdaderos enamorados no se tienen en cuenta las reglas generales. La conciencia de la antijuridicidad, como vemos, va referida a los actos concretos que uno realiza, sin que baste con el conocimiento de reglas generales.

II. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Si hemos llegado al concepto de imputabilidad a partir de la regulación de las causas de inimputabilidad, queda claro que la concreta forma en que se regulen las mismas resultará fundamental para el contenido de dicho concepto.

1. FÓRMULAS REGULADORAS DE LA INIMPUTABILIDAD

Para la regulación de las causas de inimputabilidad y, en especial, de las que se basan en una anomalía, enfermedad o trastorno, se pueden utilizar varias clases de fórmulas, que podemos reunir en tres grupos:

a) Fórmulas biológicas o psiquiátricas: en ellas se hace referencia únicamente a la enfermedad o trastorno, sin exigir nada más. Se señalan, por tanto, las causas de la inimputabilidad, sin buscar ningún tipo de efecto.

Ej. 21.5: El Código penal francés de 1810 (el denominado Código de Napoleón) establecía en su artículo 64: *«No hay crimen ni delito cuando el autor se halle en estado de demencia en el momento de la acción»*.

b) Fórmulas psicológicas: las mismas hacen referencia únicamente a la privación de la capacidad de comprensión o de actuación del sujeto, sin exigir ningún tipo de origen o causa determinada. Se centran, por tanto, en los efectos, sin referirse a las causas que los provoquen.

Ej. 21.6: El Código penal brasileño de 1890, en su artículo 27 número 4 señalaba que no delinquieran: *«Los que se encontraren en estado de plena privación de los sentidos y la inteligencia en el momento de cometer el crimen»*.

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.

Ej. 21.7: El Código penal alemán (art. 20) establece lo siguiente: *«No actúa culpablemente el que, al cometer el hecho, como consecuencia de una perturbación morbosa de la mente, de una profunda perturbación de la conciencia, o por debilidad mental, o por otra grave anomalía de la mente, es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de obrar conforme a ese conocimiento»*.

Las fórmulas psiquiátrico-psicológicas, biopsicológicas o mixtas son las más frecuentes en el Derecho comparado, en cuanto, en principio, no presentan los problemas de las otras dos clases de fórmulas.

Así, a las fórmulas biológicas se les critica, con razón, 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 —no se trata de privilegiar, como tal, el padecimiento de una enfermedad mental, sino de tener en cuenta su posible repercusión en la posibilidad del sujeto de actuar de conformidad con la norma—.

Por el contrario, 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 que, como tal, tampoco parece suficiente.

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 INIMPUTABILIDAD EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES

Un rápido vistazo a los Código penales de nuestro país podría hacernos pensar que han predominado fórmulas biológicas o psiquiátricas.

Así, para el Código penal de 1848 quedaba exento de responsabilidad penal, según establecía en su artículo 8.1: *«El loco o el demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón»*.

El Código penal de 1870 dio una nueva redacción a la fórmula, pasando a referirse a *«el imbécil y el loco, a no ser que éste haya obrado en intervalo de razón»*.

Finalmente, el Código penal de 1932, también utilizaba una fórmula psiquiátrica o biológica —que se prolongó hasta 1995 por medio del Código penal de 1944—. Según el artículo 8 número 1, estaban exentos de responsabilidad criminal: *«el enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir»*.

Solo el Código penal de 1928 y el actual, de 1995, optarían por una fórmula mixta, psiquiátrico-psicológica o biopsicológica.

El artículo 55.1 del Código penal de 1928 señalaba: *«Es irresponsable el que en el momento de ejecutar la acción u omisión punible se hallare en estado de perturbación o debilidad mental, de origen patológico, que prive necesariamente y por completo a su conciencia de la aptitud para comprender la injusticia de sus actos, o a su voluntad para obrar de acuerdo con ella, siempre que no se hubiere colocado en ese estado voluntariamente»*.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el Tribunal Supremo transformó la fórmula psiquiátrica del Código penal de 1932 —

que, insistimos, pervivió hasta 1995— en una fórmula mixta. Así, según reiterada jurisprudencia, la enajenación mental y el trastorno mental transitorio debían haber privado al sujeto, por completo, de su capacidad para comprender lo ilícito de su conducta o actuar conforme a esa comprensión (o de su capacidad de entender y de querer, en cuanto se consideraba sinónima). Al exigir relación entre la enajenación mental y el trastorno mental transitorio y el delito cometido, así como la repercusión en la capacidad de comprender o de actuar conforme a la comprensión de lo ilícito, se llegaba a resultados más adecuados desde el punto de vista del principio de culpabilidad.

Nuestra doctrina se muestra conforme con la utilización de una fórmula mixta en la regulación de la inimputabilidad, pese a que, como veremos en cada punto concreto, aspectos determinados de la regulación podrían mejorarse.

3. ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA

Esta causa de exención se encuentra regulada en el nº 1 del art. 20 CP.

Lo primero que podemos apreciar es que el vigente Código penal, al regular la eximente basada en una anomalía o alteración psíquica, elimina la diferencia entre la enajenación mental y el trastorno mental transitorio que señalaba el Código penal anterior (CP 73).

Esto es un acierto por dos razones:

- 1.** Resulta difícil deslindar trastornos duraderos y transitorios en los casos en que haya un fondo patológico, esto es, en los casos en que se sufra una enfermedad mental.
- 2.** Se elimina toda diferencia de cara a la aplicación de medidas de seguridad. En el Código vigente, cuando se produzca la exención a tenor del artículo 20.1, se podrá aplicar, en su caso, una medida de seguridad, sin que el carácter permanente o transitorio de la alteración o anomalía psíquica repercuta en este punto —en el Código penal del 73 sólo se podía acudir a la aplicación de medidas de seguridad en caso de enajenación, pero no de trastorno mental transitorio—.

Sin embargo, la diferencia entre los trastornos permanentes o duraderos y los transitorios sigue existiendo a efectos de la regulación de las *actiones liberae in causa* (acciones libres en la causa), pues el

propio nº 1 del artículo 20 señala que: «*El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión*». Posteriormente nos ocuparemos de esta cuestión.

[Actio libera in causa es una locución latina empleada en el derecho penal que puede traducirse como acto libre en su causa. Es utilizada dentro de la teoría del delito al momento del análisis de culpabilidad. Según la *actio libera in causa* se puede imputar a quien comete un acto típico y antijurídico en un estado de inconsciencia provocado por alcohol o estupefacientes, en el cual él mismo se introdujo, que en principio le haría irresponsable por falta del requisito de la culpabilidad, pero el análisis de éste es llevado al momento en que se causa el estado de ebriedad, momento en el cual el sujeto pudo haber actuado con culpa o dolo. También por medio de esta doctrina se puede llegar a la conclusión de que el sujeto activo del presunto delito carece de responsabilidad, por haber sido introducido en estado de inconsciencia por un tercero que, por error, dolo o violencia, quebrantó o vició su voluntad.

Ejemplo: Una persona bebe dos litros de tequila sin intención de llegar al estado de ebriedad. Bajo los efectos del alcohol mata a otra. La *actio libera in causa* reconoce que el sujeto no era consciente al momento del injusto (acción típica y antijurídica), pero marca que ese estado fue creado por el propio agente y analiza su culpabilidad en el momento anterior al estado de inconsciencia. Aquí el resultado sería homicidio. En cambio, si una persona se introduce a sí misma en un estado de ebriedad con la intención de asesinar a otro sujeto estando en ese estado de inconsciencia y lo logra, el delito imputado será homicidio doloso.]

3.1. Presupuesto psiquiátrico: anomalía o alteración psíquica

Se ha señalado que la terminología del Código resulta excesivamente amplia e imprecisa —esta es una de las críticas que suelen hacerse al precepto—, pues se refiere a cualquier anomalía o alteración psíquica, de modo que resulta necesario intentar delimitar su contenido.

Existe acuerdo en que en la misma estarán comprendidas todas las enfermedades y trastornos que incluye la clasificación de la Organización Mundial de la Salud (CIE 10) o de la Asociación Psiquiátrica Americana (DSM V).

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, así como por la alteración de la senso-percepción (alucinaciones auditivas o visuales). Dentro de los mismos se pueden diferenciar los que seguidamente se explican.

a) Esquizofrenia: Se trata de una psicosis caracterizada por la aparición de síntomas psicóticos positivos (delirios y alucinaciones) y síntomas psicóticos negativos (progresivo deterioro cognitivo, tendencia al aislamiento social, progresiva desintegración de la personalidad).

La más frecuente es la esquizofrenia paranoide, caracterizada por la aparición de delirios persecutorios y alucinaciones auditivas (voces que comentan las actividades del sujeto de forma crítica, que le inducen a realizar acciones determinadas, insultos, etc.).

Ej. 21.8: Javier V. sufre una psicosis esquizofrénica, por lo que cree que Emma y Julio, sus nuevos vecinos, son, pese a las apariencias, traficantes de drogas, como le dicen todos los días las voces que oye en su cabeza. Cree que a su casa van y vienen muchas personas, con aspecto muy diverso, pero que tienen todas las características de los toxicómanos —eso dicen las voces—. Lo ha comentado con dos comerciantes del barrio, que no le han hecho caso. Para darle publicidad al caso decide redactar y repartir unas octavillas donde les acusa de dedicarse al tráfico de drogas, sin escatimar tampoco insultos.

El Tribunal Supremo considera que hay que aplicar la eximente completa cuando el sujeto actúa bajo los efectos del brote psicótico. Cuando, incluso fuera del brote, el sujeto presenta un comportamiento especialmente anómalo e incomprensible que revela una perturbación profunda de las facultades ahora relevantes habrá que aplicar la eximente incompleta, acudiendo a la atenuante análoga en los casos de presencia residual de la enfermedad o de existencia de un estado de remisión más o menos permanente (SSTS 31/1/2006, 9/05/2008, 17/02/2009).

b) Trastorno de ideas delirantes persistentes (paranoia): Es un trastorno caracterizado por una alteración del contenido del pensamiento, secundario a percepciones o interpretaciones delirantes de la realidad. No hay alucinaciones y el delirio presenta una gran elaboración y estructuración, construyendo una trama que, en ocasiones, resulta difícil distinguir de la

realidad.

Entre sus variantes podemos mencionar el delirio erotomaníaco, delirios de grandeza, reivindicativos, etc.

Ej. 21.9: Iván padece un delirio reivindicativo y de grandeza. Considera que es una persona muy importante, multimillonaria, relacionada con la familia real, siendo la salvación del mundo, del ser humano y de la naturaleza. Además, considera que Pepe, un niño rubio de 5 años que vive cerca de su domicilio, es, en realidad, su hijo Daniel — fruto de su matrimonio con María Consuelo—. Como su hijo debe vivir con él obliga a Pepe a marcharse con él a su vivienda, siendo detenido dos días más tarde.

Respecto a este trastorno, la jurisprudencia admite la aplicación de la eximente tanto completa (STS 10/03/2000) como incompleta, pese a que la interpretación restrictiva que suele realizar de la eximente completa hace que acuda en mayor medida a la segunda (STS 11/07/2003).

c) Trastorno esquizoafectivo: Alternancia de episodios psicóticos similares a la esquizofrenia y fases maníacas o depresivas similares al trastorno bipolar.

B) Trastornos neuróticos

Se trata de trastornos que reflejan conflictos internos de la personalidad. Es frecuente la mezcla de síntomas, en particular la coexistencia de ansiedad y depresión. Para el diagnóstico debe buscarse el síntoma predominante.

En estos trastornos el Tribunal Supremo suele aplicar una eximente incompleta o una atenuante por analogía (SSTS 21/09/1993, 15/10/1994).

Dentro de este tipo de trastornos podemos diferenciar los que a continuación se analizan.

a) Trastorno de ansiedad fóbica: Trastornos en los que la ansiedad se produce predominantemente ante ciertas situaciones bien definidas que en sí mismas no son realmente peligrosas. En consecuencia, estas situaciones se evitan o se toleran con miedo. Por ejemplo: fobias a determinados animales.

Ej. 21.10: Olga C. tiene fobia a los roedores. Al entrar en el garaje de la casa de campo de unos amigos, observa

como una rata se mueve en la otra esquina del mismo. Grita y gesticula, golpeando un antiguo y valioso jarrón, que cae al suelo y se rompe.

b) Trastorno de pánico (crisis de ansiedad): Manifestación esencial: ataques recurrentes de ansiedad grave de aparición brusca sin relación con ninguna circunstancia determinada.

c) Trastorno obsesivo-compulsivo: Caracterizado por la existencia de pensamientos rumiativos, imágenes o impulsos que invaden la mente una y otra vez. Síntomas vividos de forma egodistónica, desagradable, que provocan intensa ansiedad recurriendo a actos motores compulsivos, o rituales — comportamientos estereotipados— para paliar la misma.

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 la euforia (hipomanía o manía). Por depresión entendemos un estado de ánimo triste, con humor bajo, disminución de la energía y de la actividad. La exaltación del ánimo cursa con humor elevado, aumento de la energía y de la actividad y se llama hipomanía o manía en función de la intensidad de los síntomas. Pueden presentar síntomas psicóticos.

En estos casos el Tribunal Supremo aprecia tanto la eximente completa como la incompleta (SSTS 23/06/2004, 12/08/2008).

Dentro de los trastornos del ánimo, el trastorno bipolar (psicosis maníaco depresiva) se caracteriza por alternancia de fases maníacas y depresivas, con o sin síntomas psicóticos.

D) Trastornos de personalidad y del comportamiento

Caracterizados por alteraciones persistentes del comportamiento que afectan al estilo de vida y a las relaciones interpersonales.

Dentro de los mismos se pueden diferenciar los que se explican a continuación.

a) Trastornos de personalidad: En estos casos el Tribunal Supremo suele apreciar, a lo sumo, una eximente incompleta (SSTS 25/01/2005, 19/07/2004), o una atenuante por analogía (SSTS 8/05/2001, 17/02/2004), aunque también puede no aceptar ninguna atenuación (STS 7/04/1993, 20/02/2003).

Dentro de los trastornos de la personalidad se suele diferenciar entre estos dos trastornos:

— *Trastorno disocial de la personalidad (psicopatía)*: Trastorno caracterizado por el desprecio a las obligaciones sociales y cruel despreocupación por los sentimientos de los demás. La persona que lo sufre suele presentar comportamiento violento ante las situaciones que le causan frustración, falta de empatía, tendencia a culpar a otros de sus comportamientos conflictivos e incapacidad para sentir culpa y para aprender de la experiencia, en especial del castigo.

— *Trastorno borderline o límite de la personalidad*: trastorno marcado por una tendencia a la impulsividad, inestabilidad emocional y conflictividad en las relaciones interpersonales.

b) Trastornos de los hábitos y del control de impulsos. Dentro de esta categoría se diferencian los cuatro trastornos siguientes:

— *Trastorno de descontrol de impulsos*: existe una predisposición a actuar de forma inesperada y sin tener en cuenta las consecuencias, al comportamiento pendenciero y a tener conflictos con los demás —en especial cuando los actos impulsivos son impedidos o censurados—; tendencia a los arrebatos de ira y violencia con incapacidad para controlar las propias conductas explosivas.

Ej. 21.11: Javier G., fontanero de profesión, decide tomar un café durante una pausa de su trabajo. El local está completo, pese a lo que se acerca a la barra y observa como Luis F. ha terminado ya su consumición. Tras buscar sitio durante un tiempo infructuosamente, se dirige a Luis F. y le dice que se podía marchar ya, que ya ha terminado, acompañando estas palabras de un par de insultos. Cuando Luis F. le dice que se esté tranquilo y que no hace falta insultar, Javier G. le propina un puñetazo en la cara, causándole lesiones leves.

— luego *patológico (ludopatía)*: se caracteriza por la presencia de impulsos recurrentes y persistentes hacia el juego, de difícil control. Incapacidad para dejar de jugar mediante un esfuerzo de voluntad. El Tribunal Supremo ha apreciado en algunas ocasiones la eximente completa (STS 24/12/2003) y en otras la eximente incompleta (STS 27/07/1998).

Ej. 21.12: Alicia S. trabaja como dependienta en

una librería. Una vez a la semana quedaba con unas amigas para el ir al bingo, aunque ella suele ir prácticamente todos los días. El día de la reunión apenas tiene dinero, por lo que, debido a su trastorno, decide apoderarse de la recaudación de la librería de ese día para poder jugar.

— *Conducta incendiaria patológica (piromanía)*: presencia de un impulso intenso a prender fuego a objetos, precedido de un sentimiento de tensión que se alivia al llevar a cabo la acción. Puede verse una aplicación como eximente completa en la SAP de La Rioja de 26/06/2003.

— *Cleptomanía*: caracterizado por el fracaso reiterado en el intento de resistir los impulsos de robar objetos que no se emplean para el uso personal o con fines lucrativos. Se acompaña generalmente de un aumento de tensión antes del acto y de sensación de gratificación durante o después del mismo.

Ej. 21.13: Julia, de 38 años de edad, trabajadora agrícola sin apenas formación, ha referido en múltiples ocasiones que desde hace años siente la imperiosa necesidad de coger objetos de las tiendas. Objetos de poco valor y, en ocasiones, inservibles para ella (SAP Sevilla, 23/12/2003, estimatoria de la eximente completa).

E) Demencia

Se producen alteraciones en las funciones intelectuales basales, desintegrándose las conductas sociales, afectando finalmente a toda la vida del sujeto. Podríamos referirnos a la demencia en la enfermedad de ALZHEIMER o a la demencia vascular. Afecta tanto al elemento intelectual como volitivo. No deberían existir problemas para aplicar la eximente completa, cuando se dé con la intensidad requerida.

F) Epilepsia

Pese a que no se considera una enfermedad mental, sino neurológica, se sigue manteniendo en la psiquiatría forense por su larga tradición. Se caracteriza por accesos convulsivos del sujeto con pérdida de conciencia o por manifestaciones parciales de estos accesos. Fuera de los supuestos en que, como ya vimos (Ej. 21.3), supone la pérdida de la capacidad de acción, produciría una pérdida del elemento intelectual y del volitivo. A efectos jurídicos debemos tener en cuenta que el Tribunal Supremo la aprecia como eximente completa si el delito se

comente durante el ataque epiléptico o inmediatamente antes o después del mismo (la denominada aura epiléptica), o cuando se ha producido un estado de demencia.

G) Retrasos mentales (oligofrenia)

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

En función del coeficiente de inteligencia se distingue entre *retraso mental profundo* (inferior a 20-25); *grave* (entre 20-25 y 35-40); *moderado* (entre 35-40 y 50-55); *leve* (entre 50-55 y 70) y *torpeza mental* (entre 71 y 84).

Ej. 21.14: Manuel, de 22 años de edad, padece un retraso mental moderado. Suele ayudar en las tareas del bar de unos amigos de sus padres. Un día, estando cerrado el bar al ser vacaciones de verano, Custodia y Fanny, amigas de los dueños del local, le piden que les traiga unas botellas de whisky para una fiesta pues, según ellas, los dueños no tendrían ningún inconveniente —lo que dista mucho de ser verdad—. Ante su insistencia y debido al temor a equivocarse, abre el bar y coge 10 botellas de whisky de las más caras.

Los retrasos mentales profundos y graves dan lugar, según el Tribunal Supremo, a la aplicación de una eximente completa; los moderados dan lugar a una eximente completa o incompleta; los leves dan lugar a la atenuante por analogía (excepcionalmente a una eximente incompleta) y la torpeza mental puede dar lugar a la atenuante por analogía o ser irrelevante.

H) Trastornos mentales transitorios

Según la definición que suele utilizar el Tribunal Supremo, se trata de perturbaciones mentales pasajeras, de aparición brusca, debidas normalmente a causas inmediatas y exógenas [que externamente obra sobre algo]. No es necesario que exista un fondo patológico, pese a que puede existir.

Dentro de estos trastornos se suele diferenciar entre cuatro subcategorías que seguidamente se explican.

a) *Trastornos transitorios de carácter patológico:* Podemos mencionar, entre otros, los siguientes:

— Psicosis puerperal: se trata de un trastorno psicótico de aparición brusca, en el posparto, caracterizado por delirios y/o

alucinaciones que pueden poner en peligro la vida o integridad física del recién nacido.

Ej. 21.15: María Z. ha dado a luz a su hija Marta. Bajo la influencia de una psicosis puerperal María asfixia a Marta convencida de que es lo mejor que puede pasarle a su hija, pues en este mundo no merece la pena vivir.

— Trastorno psicótico agudo: estamos ante un trastorno que presenta los mismos síntomas que la esquizofrenia, pero que es de menor duración.

b) Trastornos secundarios a otras enfermedades médicas: Se trata de trastornos que pueden producirse como consecuencia de una enfermedad somática; como la gripe, la tuberculosis, las fiebres tifoideas, etc.

c) Estados emotivos o pasionales: Nos encontramos aquí ante los ataques de ira, de celos, las reacciones de odio, etc.

El mayor problema que plantean en nuestro Código penal es si pueden dar lugar a una anomalía o alteración psíquica que fundamente la aplicación de una eximente completa o incompleta, dada la existencia de una atenuante de estados pasionales (art. 21.3 CP).

Pese a que durante algún tiempo el Tribunal Supremo y algún sector doctrinal creían que no podía dar lugar a la eximente completa o incompleta, en la actualidad admite que sí podrían dar lugar a su apreciación. De todas formas, algunos autores (CEREZO MIR) consideran que es difícil que excluyan la capacidad de comprender lo ilícito o de actuar conforme a dicha comprensión.

d) Supuestos que no excluyen la acción: En último lugar encontraríamos los supuestos que, como adelantamos en la lección 6, no excluyen la acción, pudiendo, en su caso, ser relevantes en el análisis de la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto, como la sugestión hipnótica, los supuestos de narcosis, los comportamientos instintivos o automatizados, los actos en cortocircuito, etc. Podrá aplicarse la eximente cuando produzcan los efectos psicológicos que se exigen habitualmente.

3.2. Presupuesto psicológico

Según la jurisprudencia, 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, en definitiva, una anulación de las facultades

del sujeto (SSTS 14/06/2005, 10/12/2008 10/03/2009), aunque tampoco faltan referencias a una «grave afectación» o a que la perturbación «dificulte gravemente» comprender lo ilícito del hecho o actuar conforme a dicha comprensión (SSTS 09/10/1999, 06/05/2009).

La doctrina ha criticado, con razón, que se hable de privación o anulación absoluta, pues llegaríamos a casos en los que no existirían ya la acción u omisión como elemento del delito (lo que, por lo demás, tampoco ha pasado desapercibido a la jurisprudencia —SSTS 13/09/2002 y 18/10/2002—).

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

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

Como indica el epígrafe, 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. Se trata de una cuestión que se estudiará en profundidad en la lección 34.

4. ESTADOS DE INTOXICACIÓN PLENA

Conforme a lo que dispone el número 2 del artículo 20 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 a esa comprensión. Podemos apreciar claramente el carácter mixto de la fórmula, al referirse a unas determinadas causas (intoxicación plena por consumo de sustancias) que producen determinados efectos (impiden comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión).

4.1. Presupuesto psiquiátrico

El precepto hace referencia a un estado de intoxicación plena, derivado del consumo de determinadas sustancias. Son tres, por tanto, las cuestiones que debemos estudiar.

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 cognición, de la percepción, del estado afectivo, del comportamiento o de respuestas y funciones psicofisiológicas. Las alteraciones están directamente relacionadas con los efectos

farmacológicos agudos de la sustancia y se resuelven con el tiempo y con recuperación completa, salvo que existan daños en el tejido cerebral o surja otra complicación. La intoxicación se manifiesta en un comportamiento alterado y/o alteraciones en la percepción, con signos diversos según cada sustancia.

4.1.2. Concepto de plenitud

Estamos ante un concepto jurídico que hace referencia a lo que médicamente se denominan *intoxicaciones agudas*, esto es, las que son consecuencia un consumo puntual de una sustancia.

4.1.3. Sustancias

El artículo menciona el alcohol, las drogas tóxicas, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, para terminar con un concepto de recogida, residual, que alude a las sustancias que produzcan análogos efectos, de forma que se hace referencia a cualquier sustancia que pueda producir una intoxicación con los efectos psicológicos que refiere el precepto.

Destaca nuestra doctrina que el consumo de las sustancias puede ser tanto legal como ilegal y que debe entenderse en sentido amplio — incluyendo, por tanto, cualquier vía: oral, intramuscular, inhalación, frotamiento, etc.—.

Actualmente resulta irrelevante el carácter voluntario, imprudente o fortuito del consumo, lo que, en su caso, podrá repercutir en la eximente a través de la *actio libera in causa*.

[Se excluye la posibilidad de apreciar como causas de inimputabilidad tanto el trastorno mental transitorio como la intoxicación plena, si hubiesen sido provocados por el sujeto con el propósito de cometer el delito, o dicho sujeto hubiera previsto o debido prever su comisión. En estos casos se habla de una ***actio libera in causa*** (ALIC), en los que la incapacidad del sujeto ha sido provocada por sí mismo, de modo que no se excluye la imputabilidad.

Los supuesto de *actio libera in causa* pueden ser de dos tipos:

- **Actio libera in causa voluntaria**: El sujeto conoce los efectos de la droga o tóxico y lo consume voluntariamente, aunque no desee cometer el delito (por ejemplo quien consume varias bebidas alcohólicas antes de conducir es consciente de que sus facultades intelectivas y volitivas pueden verse claramente mermadas, aunque no quiera provocar un accidente). Puede dar lugar a un tipo de injusto imprudente.
- **Actio libera in causa intencional**: El sujeto se provoca a sí mismo el trastorno mental transitorio o la intoxicación para cometer el delito (por ejemplo se consumen varios tranquilizantes para

poder realizar el hecho típico y antijurídico «a sangre fría»). Dará lugar a un tipo de injusto doloso.】

4.2. Presupuesto psicológico

La intoxicación plena debe impedir al sujeto comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a esa comprensión. La jurisprudencia se refiere, una vez más, a una absoluta carencia o a una anulación completa de las facultades intelectivas y volitivas, lo que también puede resultar problemático, como ya señalamos respecto a las anomalías o alteraciones psíquicas.

Al igual que ocurría en el caso de las alteraciones o anomalías psíquicas transitorias, la eximente queda excluida, no pudiendo aplicarse, siempre que el estado de intoxicación plena hubiese sido buscado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o cuando el sujeto hubiese previsto o debido prever la comisión de la infracción. Esto es, nos encontramos nuevamente con la cuestión de las acciones libres en la causa, que remitimos a un epígrafe posterior.

4.3. Intoxicación plena y anomalías o alteraciones psíquicas

Puede ocurrir que, más allá de actuar bajo los efectos de una intoxicación plena, el sujeto padezca, como consecuencia del consumo del alcohol o las drogas, una anomalía o alteración psíquica. Así, por ejemplo, el sujeto sufre un trastorno psicótico —alucinosis alcohólica, celotipia alcohólica o paranoia alcohólica— o una psicosis o síndrome de KORSAKOV inducido por alcohol u otras sustancias.

Si concurren las dos situaciones —si el sujeto no actuase en estado de intoxicación se acudiría directamente al artículo 20 número 1 CP— se plantea la cuestión de si aplicar la eximente del número 1 del artículo 20 o la del número 2. Como bien dice DÍEZ RIPOLLÉS se debe aplicar la eximente que más se adecue al estado mental del sujeto (concurso de leyes —sobre el mismo puede verse la lección 26—), de forma que, en estos casos de concurrencia de intoxicación plena y alteración o anomalía psíquica se optará, normalmente, por la anomalía o alteración psíquica, que, además, permitiría adoptar, en su caso (art. 101), medidas más adecuadas.

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

Como indica el epígrafe, 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. Se trata de una cuestión que se estudiará en profundidad en la lección 34.

5. SÍNDROME DE ABSTINENCIA

Regulado en el nº 2 del art. 20 CP, de nuevo puede apreciarse la doble estructura del precepto: 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

Con la denominación síndrome de abstinencia se 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.

Podemos comprender el mismo, de acuerdo con DÍEZ RIPOLLÉS, como *«el estado físico y mental que se desarrolla tras la suspensión o reducción de la ingesta de una sustancia psicoactiva tras su consumo regular»*.

Los síntomas físicos —estado orgánico— a que puede dar lugar son muy variados, al depender de la sustancia psicoactiva de que se trate, como, por ejemplo, náuseas, vómitos, ansiedad, dolor, convulsiones, insomnio, etc.

El Código no exige una determinada gravedad del mismo, siendo lo verdaderamente decisivo su repercusión en las capacidades del sujeto. Las sustancias a que debe existir dependencia son las ya mencionadas (alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras que produzcan efectos análogos), siempre que produzcan un síndrome de abstinencia, pues no se trata de algo que ocurra en todos los casos.

5.2. Presupuesto psicológico

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

5.3. Posibilidades de apreciación

El Tribunal Supremo concede la posibilidad de apreciar la eximente completa (STS 23/03/1997), pese a que no la ha aplicado en ninguna ocasión. La opinión dominante en la doctrina penal (DÍEZ RIPOLLÉS, CASTELLÓ NICAS) considera difícil aceptar que puedan existir supuestos de eximente completa. Por esta razón, DÍEZ RIPOLLÉS

señala que la verdadera función de esta causa se encuentra en posibilitar la aplicación de una eximente incompleta.

5.4. Consecuencias de su apreciación: la posibilidad de aplicar medidas de seguridad

Como indica el epígrafe, 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. Se trata de una cuestión que se estudiará en profundidad en la lección 34.

6. ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN

Esta eximente, regulada en el nº 3 del art. 20 CP, se introdujo en el anterior Código penal de 1973, en la reforma que sufrió el mismo en 1983, sustituyendo a la tradicional eximente de sordomudez. Se pretendía dar mayor amplitud a la eximente de sordomudez, de forma que abarcase más supuestos, siempre que fuesen similares a ella, como podría ser la ceguera. Pese a todo, solo se ha aplicado a supuestos de sordomudez.

Nuevamente estamos ante una eximente 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. No existen limitaciones en la naturaleza de las alteraciones de la percepción, existiendo acuerdo en que se incluyen la sordomudez y la ceguera.

Ej. 21.16: Antonio, de 32 años de edad, es sordomudo de nacimiento y carece completamente de instrucción. Ha vivido siempre con su familia, que se dedica al tráfico de drogas, en una barriada periférica de Barcelona. Normalmente Antonio se sitúa en la puerta de la vivienda familiar, observando los alrededores de la vivienda. Cuando se le detiene se le imputa un delito de tráfico de drogas.

Un sector doctrinal ha intentado dotar a esta eximente de un campo de aplicación mayor, considerando que incluiría también los supuestos de subdesarrollo cultural. La cuestión resulta discutible. En cualquier caso, si hubiese subdesarrollo cultural pero no anomalía o alteración psíquica, siempre podríamos acudir, en su caso, a las reglas del error de prohibición (art. 14.3 CP).

Ej. 21.17: Una niña nigeriana de 10 años y su madre vienen a España a visitar a unos parientes que viven aquí. Es la primera vez que abandonan no sólo Nigeria, sino la propia aldea en la que residen allí. Una vez en España, los familiares le recuerdan a la madre que ha llegado el momento de realizar la ablación del clítoris de la menor. La madre, que realiza estas tareas en su poblado, lo lleva a cabo.

Por último, las alteraciones deben sufrirse desde el nacimiento o desde la infancia, de forma que prácticamente desde siempre su representación de la realidad ha sido diferente.

6.2. Presupuesto psicológico

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

A diferencia de las demás causas de inimputabilidad que regula el Código penal, esta eximente exige una alteración grave de la conciencia de la realidad, pero no una privación de la capacidad de comprender lo ilícito de la conducta o de la capacidad de actuar conforme a dicha comprensión. Lo cierto es que la grave alteración de la conciencia de la realidad supondrá, la mayoría de las veces, la falta de la capacidad de comprensión de lo ilícito o de la capacidad de obrar conforme a dicha comprensión. Para fundamentar esta exigencia recurren algunos autores a una interpretación sistemática —que la pone en relación con las demás causas de inimputabilidad— y a una interpretación teleológica restrictiva, a tenor del concepto de imputabilidad que se desprende del Código: si en este la imputabilidad se entiende como la capacidad de comprender lo ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión, una causa de inimputabilidad sólo podrá admitirse cuando elimine la imputabilidad, esto es, la capacidad de comprender lo ilícito o de actuar conforme a esa comprensión.

Igualmente, pese a que el Código sólo exige aquí una perturbación grave, la doctrina considera que se trata de la misma repercusión psicológica que en los otros supuestos de inimputabilidad, por lo que también pueden encontrarse referencias a la privación total, que ya hemos señalado que resultan exageradas.

6.3. Aplicación

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

6.4. Consecuencias de su apreciación: la posibilidad de aplicar

medidas de seguridad

Como indica el epígrafe, 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. Se trata de una cuestión que se estudiará en profundidad en el tema 34.

7. MENOR EDAD Y MINORÍA DE 14 AÑOS

El vigente Código penal no contiene una eximente de minoría de edad. Conforme al art. 19, no es que los menores de 18 años no sean responsables penalmente, sino que no serán responsables conforme al Código penal. De ahí no se deduce que no puedan serlo conforme a otra normativa, aspecto que deja definitivamente claro el párrafo segundo de este artículo 19 al señalar que podrán serlo conforme a la normativa especial que se ocupe de la responsabilidad penal del menor.

La decisión queda en manos, por tanto, de la ley que regule la responsabilidad penal del menor, que en este momento es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

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

En este caso se utiliza un criterio biológico, presumiéndose *iuris et de iure* [presunción que se establece por ley y que no admite prueba en contrario] que, por debajo de esa edad —que debe computarse desde la hora del nacimiento— no se puede comprender el carácter antijurídico de la conducta ni obrar, en su caso, conforme a esa comprensión.

Si un menor de catorce años comete un delito deben aplicarse las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes.

Todas estas cuestiones relacionadas con el Derecho penal juvenil se estudian en profundidad en la lección 37.

8. LA ACTIO LIBERA IN CAUSA (ACCIÓN LIBRE EN LA CAUSA)

Conforme al número 1 del artículo 20 CP, «*el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese 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 número 2 del mismo artículo 20 admite la exención por la comisión de la infracción en un estado de intoxicación plena «*siempre que no haya sido buscado con propósito de cometerla o no se hubiera previsto o debido prever su comisión*». Como ya hemos señalado, nos encontramos con los problemas de la acción libre en la causa.

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

Ej. 21.18: Eva Z. se emborracha para estar más desinhibida y, por tanto, poder cometer un delito de hurto que lleva tiempo planeando.

Ej. 21.19: Nico S. ha sido llamado a declarar como testigo en una causa penal. Toma un psicofármaco que le permitirá mantener un determinado testimonio falso, testimonio que expone ante el Tribunal.

Dado que el sujeto no es imputable en el momento de cometer el delito, estamos ante una excepción al principio de coincidencia o simultaneidad pues, en principio, los elementos del delito deben darse en el mismo momento temporal, lo que aquí significa que deben coincidir en el mismo momento antijuridicidad y culpabilidad.

Con esta explicación estamos optando, claramente, por lo que se denomina modelo de la excepción, frente a otra posibilidad de concepción de las acciones libres en la causa, el modelo del tipo.

Para este modelo la acción de colocarse ya en estado de inimputabilidad supone el comienzo de realización del delito, de forma que no hay excepción alguna al *principio de coincidencia*. Así, en los ejemplos que hemos visto, la ingesta de alcohol o la del medicamento sería ya el principio de la acción ejecutiva de cada delito (tomar una cosa mueble ajena, testificar ante un Tribunal). Ahora bien, de acuerdo con lo que se expuso en la lección 13, parece difícil que estas acciones puedan considerarse realización del tipo y, por tanto, actos ejecutivos.

La existencia de distintos modelos de explicación hace que no exista acuerdo doctrinal, tampoco, respecto a qué debe considerarse una acción libre en la causa dolosa y una acción libre en la causa imprudente.

Con independencia de la polémica, veamos, en función de los requisitos exigidos, qué supuestos de *actio libera in causa* regula nuestro Código en los artículos 20.1 y 20.2.

1) Provocación voluntaria del trastorno

De acuerdo con un sector doctrinal (CEREZO MIR, DÍEZ RIPOLLÉS), consideramos que nuestro Código sólo comprende en su regulación los supuestos en que el sujeto quería provocarse el trastorno. Si la provocación del trastorno no se busca por el sujeto sino que se produce de forma imprudente no nos encontraremos ante un supuesto de *actio libera in causa* contemplado en nuestro Código, por lo que podrá aplicarse la eximente.

2) Propósito de cometer el delito

Se trata de una clara referencia a las acciones libres en la causa dolosas. 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; el sujeto se provoca el estado sabiendo que, como consecuencia necesariamente unida a la provocación del estado cometerá el delito o el sujeto se provoca el estado sabiendo que puede cometer el delito y contando con dicha comisión.

Todos los casos de acción libre en la causa dolosa suponen que no puede aplicarse la eximente, ni como completa ni como incompleta.

Ej. 21.20: Tanto en el ejemplo 21.18 como en el ejemplo 21.19 el sujeto se provoca el estado de intoxicación con el propósito de cometer el delito.

Ej. 21.21: Modifiquemos el ejemplo 21.18. Supongamos que Eva lleva mucho tiempo deseando un determinado objeto. Cuando está tomando unas copas se da cuenta de que, si sigue bebiendo y se emborracha, seguro que irá a apoderarse del mismo. Pese a ser consciente de que la comisión del delito es una consecuencia unida a la producción del estado de embriaguez, sigue bebiendo, se embriaga y, finalmente, intenta apoderarse del objeto en cuestión.

Ej. 21.22: Julio acude a la boda de su prima Marta. En otras ocasiones, Julio ha insultado a Fermín, hermano de Marta, pues su relación es francamente mala. Durante la comida Julio se da cuenta de que el alcohol puede hacer que vuelva a discutir y a insultar una vez más con Fermín. Pese a que cuenta con que

terminará insultando a Fermín —como de hecho ocurrió—, sigue bebiendo hasta alcanzar un estado de intoxicación aguda.

3) Habiendo previsto o debido prever su comisión

Nos adentramos en los terrenos de la acción libre en la causa imprudente. El sujeto provoca voluntariamente su inimputabilidad —según la interpretación que hemos realizado del Código—, pero prevé que puede cometer un delito en dicho estado o hubiese debido prever que podría cometerlo. Respecto al delito que se cometerá posteriormente —que podrá ser doloso o imprudente— existe sólo imprudencia, en cuanto el sujeto lo ha previsto (pero habrá confiado en que no lo realizaría) o lo habría podido prever (existían razones para que lo previese). En estos casos también se excluye la aplicación de la eximente.

Ej. 21.23: Amadeo y Francisca se desplazan en el coche de Francisca al restaurante «Los Molinos», situado a 15 Km de su domicilio, para cenar con Manuel y Maite, amigos suyos. Dado que van en el coche de Francisca, es esta la que conduce —pues no le gusta que otras personas conduzcan su vehículo—. Durante la cena, y a la vista de la cantidad de alcohol que está tomando Francisca, Amadeo piensa que igual le toca conducir a él de vuelta a casa. Sin embargo, confía en las capacidades y el sentido común de Francisca y desecha esa posibilidad, tomando abundante vino y un par de copas. A la hora del regreso, Francisca le pide a Amadeo que conduzca él, a lo que este accede, dando, en un control de alcoholemia una cantidad de alcohol en sangre superior a la penalmente relevante.

Ej. 21.24: Hans. H., pese a que no lo reconoce, suele tener múltiples problemas cuando bebe alcohol, hasta el punto de que le han prohibido el acceso en dos locales cercanos a su domicilio pues siempre que bebe crea altercados. Una tarde, como suele ser habitual, comienza a tomar copas hasta que, en estado de embriaguez, insulta a las personas que se encuentran en el local y termina golpeando al dueño del mismo cuando quiere que abandone éste.

El delito que el sujeto tenía el propósito de cometer o cuya comisión había previsto o podido prever es el delito concretamente realizado por el sujeto, no cualquier delito que se pueda cometer en el estado de inimputabilidad, de forma que, en cuanto no fuese el perseguido por el sujeto, ni uno previsto o que podía prever, sí sería aplicable la eximente

Ej. 21.25: Jesús L. quiere cometer un delito de hurto, bebiendo para perder su inhibición. Sin embargo, al encontrarse en estado de embriaguez, discute con su amigo Francisco y termina agrediéndole por primera vez en sus largos años de amistad.

III. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA O SEMIIMPUTABILIDAD

Ya nos refiramos a la imputabilidad como capacidad o como posibilidad para comprender lo injusto del hecho o actuar conforme a esa comprensión, resulta sorprendente que pueda hablarse de una semiimputabilidad o de una imputabilidad disminuida, pues una capacidad existe o no existe y, exactamente igual, una posibilidad se tiene o no se tiene. En este sentido, debemos decir que en estos casos estamos ante un sujeto imputable, esto es, un sujeto que tenía capacidad de comprender lo injusto del hecho y que tenía la capacidad de actuar conforme a esa comprensión. Nos encontramos, por tanto, ante un sujeto que hubiese podido comprender la antijuridicidad de su conducta o actuar conforme a esa comprensión.

Sin embargo, motivarse por la norma, comprender lo ilícito del hecho o actuar conforme a esa comprensión, puede ser más o menos fácil o difícil y es en este sentido en el que se habla de semiimputabilidad o imputabilidad disminuida.

En las eximentes que acabamos de estudiar la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta o de actuar conforme a esa comprensión se vio dificultada de modo relevante por el concreto presupuesto psiquiátrico a que nos refiramos (anomalía o alteración psíquica, intoxicación, síndrome de abstinencia, alteraciones en la percepción). La capacidad del sujeto para conocer la antijuridicidad de su comportamiento o para actuar conforme a esta comprensión estaba considerablemente disminuida, razón por la que no llegó a conocer lo ilícito o no pudo actuar conforme a esa comprensión.

Fue a finales del siglo XIX cuando se comenzaron a admitir estados intermedios entre la enfermedad mental y la cordura, lo que rápidamente se reflejó en los Códigos penales. En nuestro país existía la posibilidad de aplicar en estos casos una eximente incompleta, vía que utilizó nuestra jurisprudencia.

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

1. Aplicando una eximente incompleta: se trataría de los supuestos en que concurren los elementos esenciales de la eximente respectiva, faltando los inesenciales. Producen una importante

atenuación de la pena —art. 68 CP—.

2. Aplicando circunstancias atenuantes específicas: en este caso la del número 2 del artículo 21 CP.

Nuestra doctrina, señala, además, un tercer nivel de graduación en la gravedad de la culpabilidad por afección a la imputabilidad: la aplicación de una atenuante analógica a cualquiera de los dos factores mencionados, conforme al artículo 21.7 CP.

1. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD INCOMPLETAS

La aplicación de una causa de inimputabilidad como eximente incompleta se encuentra regulada en el artículo 21.1 CP, al igual que las demás eximentes incompletas.

Dado que la única especialidad existente en este momento es que las causas de inimputabilidad incompletas, esto es, la semiimputabilidad o la imputabilidad disminuida, afecta a la magnitud de la culpabilidad —y no a la gravedad de lo injusto—, las reflexiones generales que se hicieron en la lección 19 son válidas y nos remitimos a las mismas. Baste recordar, por tanto, que la aplicación de una eximente incompleta requiere la concurrencia de los elementos esenciales, pudiendo faltar uno o varios de las inesenciales, y que su régimen penológico viene establecido en el artículo 68 CP.

1.1. Eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica

Los elementos esenciales —que deben concurrir, por tanto— 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. Además, en los trastornos mentales transitorios se exige también que el mismo no haya sido provocado voluntariamente por el sujeto con el propósito de cometer el delito o habiendo previsto o debido prever su comisión. La concurrencia de los presupuestos de la *actio libera in causa* impide apreciar una eximente completa o incompleta.

La jurisprudencia exige, además, que haya una disminución considerada de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de actuar conforme a dicha comprensión. Si la afección no es significativa recurre a la aplicación de una atenuante por analogía o la considera irrelevante, dependiendo del grado de afección.

1.2. Eximente incompleta de intoxicación

Como elementos esenciales deben considerarse la presencia de una intoxicación por las sustancias ya vistas (alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos) 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 o, dicho de otra forma, que la posibilidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de actuar conforme a esa comprensión se vea significativamente afectada. 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 serán la presencia de un síndrome de abstinencia que repercuta en la posibilidad del sujeto de conocer lo ilícito o actuar de acuerdo con este conocimiento.

Una vez más se añade, doctrinal y jurisprudencialmente, la exigencia de que haya una afección significativa, una considerable disminución de las capacidades del sujeto. En otro caso debe acudir a la atenuante por analogía. El Tribunal Supremo 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. La alteración de la conciencia de la realidad no necesita ser grave —caso en que deberíamos acudir a la eximente completa—, pero sí de una cierta entidad, para que pueda dificultar de forma sustancial el conocimiento de la antijuridicidad o la actuación según ese conocimiento. En casos de alteración menor de la conciencia de la realidad podría acudir a una atenuante por analogía.

2. GRAVE ADICCIÓN A SUSTANCIAS PSICOACTIVAS

La circunstancia prevista en el nº 2 art. 21.2 CP es una novedad introducida por el Código penal de 1995. 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. Como señala nuestra doctrina, se produce una afección de la capacidad del sujeto para comprender lo ilícito de la conducta y, sobre todo, para actuar conforme a esa comprensión.

Esta atenuante puede explicarse también en términos psiquiátrico-psicológicos: exige un presupuesto psiquiátrico (grave adicción) con su

repercusión psicológica (afectando a la capacidad para comprender lo ilícito de la conducta o actuar conforme a esa comprensión, causa el delito).

Por adicción (síndrome de dependencia) debemos entender un conjunto de fenómenos comportamentales, cognitivos y fisiológicos que se desarrollan tras el consumo de una sustancia y que, típicamente, incluye el deseo intenso de consumir la droga; dificultades para controlar el consumo; persistencia en el consumo a pesar de las consecuencias dañinas; mayor prioridad dada al consumo que a otras actividades y obligaciones, aumento de la tolerancia y, a veces, un cuadro de abstinencia física.

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

Las sustancias que producen la dependencia deben ser las que menciona el artículo 20.2 CP, esto es, alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, psicotrópicos u otras de efectos análogos.

Como acertadamente se ha señalado (DÍEZ RIPOLLÉS), no hay que confundir la adicción con otros conceptos como el abuso de sustancias psicoactivas, la intoxicación por sustancias psicoactivas o el síndrome de abstinencia.

Exige el Código que la adicción sea grave, de manera que habrá que exigir la presencia de un gran número de síntomas o una importante repercusión en la vida social e interpersonal del sujeto dependiente.

Se trata de una atenuante con un contenido diferente a la eximente de intoxicación o a la de síndrome de abstinencia, pues el síndrome de dependencia es un trastorno distinto. Ello no impide, sin embargo, que la atenuación se realice por su influencia en la imputabilidad del sujeto, en cuanto dificulta la comprensión de lo ilícito o, especialmente, dificulta la actuación conforme a dicha comprensión. Se podrá aplicar una atenuante por analogía en supuestos en 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 21.7 CP permite, como ya vimos, la aplicación de atenuantes por analogía a las recogidas en los seis primeros números del artículo 21 CP.

De acuerdo con la regulación del Código penal 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 21.1 CP.

También en este caso son válidas las reflexiones efectuadas en la lección 19, a la que remitimos nuevamente.

Como hemos visto, la doctrina está de acuerdo en considerarla un tercer nivel de graduación de la imputabilidad, junto a las eximentes completas e incompletas. Así, esta circunstancia análoga a las causas de inimputabilidad incompletas se aplicaría, especialmente, 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 de comprender el carácter ilícito de su conducta o de actuar conforme a dicha comprensión. Las posibilidades del sujeto de comprender lo ilícito de su conducta o de actuar conforme a dicha comprensión, aunque no sea de un modo sustancial, se han visto menoscabadas.

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

Como hemos visto, 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 INTELLECTUAL DE LA 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 podremos decir que actúa de forma culpable.

Solo cuando una persona conoce o podía conocer que su conducta era antijurídica tenía razones jurídicas para dejar de realizarla e, igualmente, solo el conocimiento o la posibilidad de conocer el

desvalor jurídico de su conducta nos da pie para realizar, jurídicamente, un reproche.

Dado que se trata de realizar un reproche jurídico —no ético—, resulta fundamental que el sujeto pudiese conocer la calificación jurídica de la conducta que realiza, la antijuridicidad de la misma, para omitirla (o realizarla, en su caso), precisamente en atención a esas razones. Si un sujeto no podía saber que su conducta era antijurídica no tenía razones jurídicas para omitirla, de forma que no podemos echarle en cara nada, pues, especialmente en un Estado de libertades, solo debemos omitir lo que resulte antijurídico.

Desde la perspectiva de la exención de responsabilidad analizaremos aquí los supuestos de error sobre la antijuridicidad de la conducta, esto es, los casos en que el sujeto no conoce que su conducta es antijurídica. Son los supuestos en que una persona que tiene la posibilidad de comprender lo ilícito de su conducta —tanto por su desarrollo como por sus condiciones biopsíquicas—, no ha llegado a conocer la antijuridicidad de la misma por otras razones (esto es, un sujeto imputable no ha llegado a saber que su conducta era antijurídica).

Como acabamos de señalar, el elemento intelectual de la reprochabilidad consiste en el conocimiento o la posibilidad de conocer (cognoscibilidad) la antijuridicidad de la conducta. Hay que precisar, sin embargo, qué tiene que conocer el autor —y cómo— para poder decir que tenía conciencia de la antijuridicidad, así como cuándo podemos afirmar que un sujeto que no conocía la antijuridicidad de su conducta hubiese podido conocerla.

1. CONTENIDO DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

1.1. Objeto de conocimiento

Pese a que se haya sostenido minoritariamente, el objeto de la conciencia de la antijuridicidad no es la punibilidad del comportamiento; tampoco que el sujeto conozca el tenor literal del precepto legal. Sin embargo, no basta la conciencia de que el comportamiento es contrario a las normas de la Ética social. El sujeto debe conocer, como bien señala el Código penal, la ilicitud de su comportamiento, esto es, la contrariedad del mismo con el ordenamiento jurídico. La conciencia de lo injusto material (de la lesión o el peligro del bien jurídico consecuencia de la conducta prohibida u ordenada) 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.

Ej. 22.1: Ricardo S., que lleva 25 años postrado en una cama, le pide a su amigo Rubén T. que acabe con su vida, lo que este hace. No es necesario que Rubén T. conozca el contenido del art. 143 CP, en el que se regulan estas conductas (menos todavía la pena que le correspondería). Lo que debe saber es que se trata de conductas desaprobadas en nuestro ordenamiento, esto es, que se desaprueba la producción de la muerte de otro, incluso aunque el fallecido lo hubiese consentido y hubiese pedido la muerte.

Como señala STRATENWERTH, 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 poder del Estado, ya sea porque se podrían adoptar medidas judiciales, porque se podría dar una actuación policial o porque las autoridades podrían adoptar otro tipo de medidas.

Por otro lado, debemos recordar, como señala JESCHECK, que 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 (la persona que se siente obligada a infringir el ordenamiento jurídico por sus creencias religiosas, éticas, políticas o de otro tipo), no se encuentra —al menos necesariamente— en un error de prohibición.

Ej. 22.2: Jonathan F. y Luisa J. son testigos de Jehová. Cuando viajan en su automóvil sufren un accidente de tráfico, en el que resulta gravemente herido su hijo José, de 12 años de edad. Pese a que la única forma de salvarle la vida consiste en realizarle una transfusión sanguínea, se niegan a ello dado que lo prohíben sus creencias religiosas. Salvo que concurriesen razones especiales, la apelación de Jonathan F. y Luisa J. al error de prohibición no debería tenerse en cuenta, pues la actuación conforme a sus creencias religiosas no les impide conocer el desvalor jurídico de la conducta —esto es, se conoce el desvalor que supone la muerte de una persona—.

1.2. Forma y grado de conocimiento

Como ya hemos visto, no tiene que darse el conocimiento concreto del precepto lesionado. Es más, ni siquiera es preciso un conocimiento jurídico exacto —que limitaría la punibilidad a las personas con

conocimientos jurídico-penales, en el mejor de los casos—. Como ya ocurría con los elementos normativos del tipo, será suficiente con «una valoración paralela en la esfera del profano».

Ej. 22.3: Al dejar su ropa en una taquilla de los vestuarios del gimnasio, Jorge. H. encuentra un ordenador portátil que vale 600 euros. Lo guarda en su bolsa, llevandoselo posteriormente. Conocer que se queda una cosa que no le pertenece se da la conciencia de la antijuridicidad, aunque, por ejemplo, creyese que es un hurto, en lugar de una apropiación indebida (véanse respectivamente arts. 234 y 254 CP).

El conocimiento tiene que ser actual —en el momento de cometer el delito—. Sin embargo, 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 que el sujeto esté pensando precisamente en que su conducta es antijurídica).

Ej. 22.4: Un ladrón sabe, normalmente, que robar está prohibido, de forma que actúa con conciencia de la antijuridicidad aunque durante la ejecución lo más fácil es que esté pensando en que todo salga bien y no en que el robo está prohibido. Así, aunque se exija una conciencia actual, no se requiere que el sujeto esté pensando en ello en el momento del hecho.

Igualmente, aunque se dará en muchas ocasiones —como en los delitos del núcleo central del Derecho penal (homicidio, hurto, robo, lesiones) sobre cuya comisión se haya reflexionado—, no es necesario un conocimiento seguro, sin ninguna duda, de la antijuridicidad de la conducta. Es suficiente (CEREZO MIR, DÍEZ RIPOLLÉS) con que el sujeto considere probable que su conducta sea antijurídica.

Estamos ante un elemento meramente intelectual, de forma que el conocimiento de la antijuridicidad se resuelve sin recurrir a elementos volitivos. El paralelismo que se establece en ocasiones —especialmente en la doctrina alemana— con el dolo eventual y su elemento volitivo nos parece desacertado.

Ej. 22.5: Gabriel M. conducía su coche a 220 km/h por la autopista A-7. No recuerda con exactitud si el delito exige conducir a velocidad superior en 80 km o en 90 km, pero

considera probable estar conduciendo a más de 80 km del límite superior.

Ej. 22.6: Eusebio E., ginecólogo de profesión, trabaja en una clínica autorizada para realizar interrupciones del embarazo. Un día le informan de que debe intervenir a Sara P., de 15 años de edad, que acaba de ser informada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas que existen. Sin embargo, no aparece el consentimiento escrito de los representantes legales de Sara P. En estas condiciones, Eusebio E. considera probable que su intervención sea antijurídica, pese a lo cual, la realiza.

Ej. 22.7: Jesús L. descubre una noche a Ramón Ñ. robando en su vivienda. Considera que disparar al aire la pistola que lleva podría ser suficiente para que Ramón Ñ. huyera sin consumar el delito. Es más, considera probable que la legítima defensa no sea aplicable si dispara al cuerpo de Ramón. Pese a todo dispara a Ramón provocándole lesiones graves.

En estos tres casos existiría conciencia de la antijuridicidad, al considerar probable el sujeto que su conducta fuese antijurídica. No estaríamos, por tanto, ante un error de prohibición, sino ante un supuesto de conciencia de la antijuridicidad.

1.3. La divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad

Finalmente, 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.

Ej. 22.8: Felipe G. pide a Julio S. que le dispare en un pie, lo que Julio S. hace. Julio S. cree que en nuestro país se puede lesionar a otra persona si esta lo pide; sin embargo, es consciente de que no puede tener una pistola. De la conciencia de la antijuridicidad de la tenencia ilícita de armas no podemos deducir la conciencia de la antijuridicidad de las lesiones.

2. COGNOSCIBILIDAD DE LA ANTIJURIDICIDAD: EL ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE

En este caso, el sujeto no conoce la antijuridicidad de su conducta, pero hubiese podido conocerla —se encuentra, por tanto, en un error de prohibición (vencible)—. La cuestión fundamental es establecer cuándo se puede conocer la antijuridicidad.

Podemos hacer referencia a distintos supuestos:

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.

Ej. 22.9: Benedicto V. no está seguro de si es lícito grabar sin el consentimiento de Olga C. la conversación que va a tener con ella.

Ej. 22.10: Michel S., comerciante, obtiene sus principales ingresos de la venta de pieles de visón. Tras una modificación legal resulta dudoso si la venta de pieles de visón sigue estando permitida o, por el contrario, ahora es punible. Mientras que la mayoría de los especialistas piensa que está permitida, hay una minoría que lo niega, sin que los Tribunales se hayan pronunciado.

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

Como supuestos en que puede dudarse del carácter lícito de la conducta —o sospechar su carácter ilícito— se hace alusión (CEREZO MIR) a los casos en que se infringen normas básicas de la ética social, a 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.

Ej. 22.11: Petra Y. intenta convencer a Manuel P., de 19 años de edad, de que pueden entrar en la bodega de Julio X. y coger todas las botellas de vino que quieran, dado que Julio X. no vive en el pueblo. Las normas ético-sociales básicas sobre el respeto a la propiedad ajena deberían llevar a Manuel P. a dudar de las informaciones de Petra.

Ej. 22.12: Fernando Z. tiene una papelería en un pequeño pueblo, en la que vende bebidas y comestibles. La relación con terceros sería un motivo para conocer las condiciones de

conservación y exposición de dichos productos, relevante a efectos del art. 363 CP.

Ej. 22.13: Resultaría extraño que María V., farmacéutica, aludiese a su desconocimiento de la normativa sobre elaboración y despacho de medicamentos, relevante a efectos de determinados delitos contra la salud pública (arts. 359 y ss. CP).

Ahora bien, la mera existencia de razones para cuestionar la ilicitud del comportamiento no es suficiente para determinar que un error de prohibición era vencible (o, dicho de otro modo, que el sujeto hubiese podido conocer la antijuridicidad de su conducta). Es necesario analizar qué condiciones deben darse para que podamos afirmar dicha vencibilidad.

2.3. Presupuestos de la vencibilidad del error de prohibición

Como señala ROXIN, la evitabilidad de un error de prohibición (la obtención de la conciencia de la antijuridicidad) depende de que se den los tres presupuestos siguientes:

1º. El autor ha debido tener un motivo para reflexionar o para informarse sobre la antijuridicidad de su conducta. Tal y como hemos visto en los apartados anteriores, bastarían las dudas sobre la ilicitud del comportamiento, o la existencia de razones para dudar del carácter lícito de la conducta.

Existiendo estas condiciones el sujeto tendría que reflexionar o informarse sobre su conducta para eliminar, en la medida de lo posible, la incertidumbre. De todas formas, ya podemos afirmar que si el autor ni duda ni tiene razones para dudar del carácter de su conducta, su error sería invencible.

2º. 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.

No podemos concebir la evitabilidad o vencibilidad del error de forma que solo la absoluta imposibilidad de llegar a tener conciencia de lo ilícito excluyese la punibilidad al hacer que el error fuese invencible, pues entonces no habría ningún error de prohibición vencible. Debemos recordar, una vez más, que la culpabilidad es reprochabilidad y que, por tanto, sobre el ámbito de lo que sería fácticamente evitable —lo que el sujeto podría evitar dedicando a ello todo su tiempo y su esfuerzo— se

introducen restricciones valorativas.

También aquí se tienen en cuenta consideraciones de exigibilidad para delimitar el ámbito de lo vencible e invencible. Se tratará de establecer hasta qué punto es exigible al autor reflexionar sobre la posible licitud o ilicitud de su comportamiento o, más frecuentemente, informarse sobre el mismo, consultando a especialistas. En este sentido, podremos considerar el error inevitable cuando, pese a la información recabada, el autor sigue teniendo dudas razonables sobre la licitud de su comportamiento. Igualmente, los intereses en juego y el sacrificio que represente la obtención de información serán elementos a tener en cuenta en la determinación de la exigibilidad, elemento que terminará siendo clave en el análisis de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición.

Ej. 22.14: Recordemos el ejemplo 22.10 y analicemos lo que debería hacer Michel S. Partamos de que conoce la opinión de la mayoría de los especialistas, con lo que considera que puede seguir con su actividad comercial. Ahora bien, existiría la posibilidad de resolver su duda esperando a que los Tribunales se pronunciasen sobre la reforma normativa. Sin embargo, una vez que Michel S. conoce la opinión mayoritaria, puede confiar, razonablemente, en la licitud de su actuar, no resultando exigible esperar al esclarecimiento de la situación por los Tribunales.

3º. Pese a existir motivo y haberse preocupado en una mínima medida por el conocimiento del derecho, el error solo 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.

Dicho de otro modo: si los esfuerzos que hubiesen sido suficientes —y que el autor no realizó— hubiesen llevado a la misma situación en que se encontró, su error seguirá siendo invencible.

Ej. 22.15: Utilicemos una vez más el ejemplo del comerciante Michel S. A diferencia del ejemplo 22.14, donde partimos de que se informa y, por tanto, llega a conocer la opinión mayoritaria, esta vez suponemos que Michel S. no hace absolutamente nada, sino que sigue con su actividad. Bien, dado que las medidas que podría haber

tomado no habrían resuelto el problema y que, en todo caso, la situación hubiese sido favorable a continuar la actividad (existía una opinión mayoritaria que defendía la licitud de la actuación), su error sería invencible pese a que no adoptó las medidas suficientes —o adoptó medidas insuficientes: por ejemplo, consultó a un estudiante del grado de Derecho—.

En resumen: las situaciones irresolubles o aquellas en las que la conclusión hubiese sido la misma de la que partió el autor, se solucionan de forma favorable al sujeto actuante. En estos casos, el error de prohibición se considera invencible.

II. EL ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA Y SUS CLASES

Como se desprende de los epígrafes anteriores, estaremos ante un error sobre la antijuridicidad de la conducta siempre que el sujeto desconozca que su conducta es antijurídica. Es importante tener en cuenta que el error es tanto la falsa representación sobre la antijuridicidad de la conducta (la creencia errónea del sujeto en la licitud de la misma) como la ignorancia de la antijuridicidad sin más (esto es, el sujeto no supone que su conducta es lícita, sino que, simplemente, desconoce el carácter antijurídico de la misma).

Ej. 22.16: Elena Q., ginecóloga de profesión, trabaja en un centro privado que se dedica a la realización de interrupciones del embarazo. Frente a lo que Elena cree, el centro no se encuentra acreditado.

Ej. 22.17: Sergio E., de 18 años de edad, vive en un pequeño pueblecito de la sierra segoviana. Como se ha hecho siempre, caza de vez en cuando pájaros en los montes comunales. Pese a que Sergio ni se lo ha planteado, se trata de una actividad prohibida en los delitos relativos a la protección de la fauna (arts. 334 y ss. CP).

Por otra parte, 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 solo en los delitos de acción sino también en los delitos de omisión (error de mandato).

Dado que la teoría jurídica del delito se ha construido sobre el

delito de acción de resultado material —incluso podríamos decir que se ha hecho sobre el homicidio—, no debe extrañar que se use esta denominación. Dado que resulta frecuente hablar meramente de error de prohibición tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, utilizaremos también aquí dicha denominación, pese a la advertencia de que, en sentido estricto, deberíamos hablar de error sobre la antijuridicidad de la conducta.

No resulta difícil imaginar supuestos de delitos de omisión en los que exista un error sobre la antijuridicidad de la conducta (que se crea que no hay obligación de actuar):

Ej. 22.18: Isaac Z., padre adoptivo de Andrei Z., no se lanza a la piscina para salvar a este de ahogarse en una situación de grave peligro al creer que el deber de garante solo se tiene respecto a los hijos naturales, pero que no se extiende a los adoptivos.

Ej. 22.19: Kwang Zi, coreano de 38 años experto en artes marciales, ve como José Luis Z., de 16 años de edad y complexión delgada, golpea a Ana J. Pese a que no existe riesgo para Kwang, dada la desproporción física existente entre él y José Luis Z., no interviene porque considera que los problemas de terceros son una cuestión privada en la que no hay que entrometerse.

1. CLASES DE ERROR DE PROHIBICIÓN

Una vez que hemos definido el error de prohibición como la ausencia de conciencia de la antijuridicidad de la conducta, esto es, como desconocimiento del carácter ilícito de su conducta, podemos realizar diversas clasificaciones de los supuestos en que puede aparecer:

1.1. Error de prohibición directo e indirecto

Según las razones por las que el sujeto desconoce la ilicitud de su conducta se suele distinguir entre error de prohibición directo y error de prohibición indirecto.

A) 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:

a) El sujeto desconoce la existencia de la prohibición o del mandato:

Ej. 22.20: Mario. V. desconoce que el art. 384 CP tipifica la conducta de quien conduce un vehículo de motor sin haber obtenido el permiso de conducción.

b) El sujeto interpreta erróneamente el alcance o los límites de la norma:

Ej. 22.21: Mario V. sabe que el art. 384 CP considera delito conducir un vehículo de motor, pero cree —erróneamente— que no se aplica a los ciclomotores.

B) 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:

a) La suposición de una causa de justificación inexistente en el ordenamiento en cuestión:

Ej. 22.22: Anacleto V., padre de Verónica Z., mata a Miguel X. y Fernando P. C., que habían violado a su hija, creyendo que «vengar el honor de su hija» justifica su comportamiento.

b) La interpretación errónea del alcance o los límites de una causa de justificación existente:

Ej. 22.23: Blanca X. cree que según la regulación española de la interrupción del embarazo el mismo puede interrumpirse, a petición de la embarazada, dentro de las primeras veinte semanas de gestación.

c) La suposición errónea de la concurrencia de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación:

Ej. 22.24: Recordemos el ejemplo 16.17. Paco cree que su enemigo Carlos iba a dispararle por lo que se adelantó y lo mató de un disparo. Paco cree que existe una agresión ilegítima que no se da.

1.2. Error vencible 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 se da cuando el sujeto hubiese podido

salir del mismo, esto es, cuando hubiese podido conocer la antijuridicidad de su conducta.

Ej. 22.25: Podemos pensar en los ejemplos 22.20, 22.21 y 22.23. En cualquiera de ellos hubiese sido bastante fácil salir del estado de desconocimiento: bastaría con que Mario V. y Blanca X. hubiesen consultado el Código penal o la normativa reguladora de la interrupción del embarazo, según el caso.

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.

Ej. 22.26: El ejemplo 16.17, que hemos utilizado como ejemplo 22.24, podría ser un error invencible en función de las concretas circunstancias. Así, pensemos que Carlos, además de ser enemigo desde hace años de Paco, utiliza frecuentemente armas de fuego, lo que todo el mundo conoce. De hecho, ya había disparado en dos ocasiones a Paco para matarlo. Igualmente, el callejón por el que camina Carlos es muy oscuro. En estas circunstancias podría resultar imposible para Paco darse cuenta de que Carlos no sacaba una pistola sino el mechero, por lo que el error sería invencible.

Ej. 22.27: Igualmente, recordemos el ejemplo 22.10, de Michel S., el comerciante de pieles de visón, que termina siendo un supuesto de error invencible.

Ej. 22.28: También los ejemplos 22.16 y 22.17 podrían configurarse, fácilmente, como ejemplos de error de prohibición invencible. Así, en el caso 22.16 podemos pensar que la empresa incluso realiza publicidad de su actividad, que lleva ejerciendo varios años, de manera que Elena no tendría razones para dudar de la licitud de su actividad. En el caso 22.17 bastaría pensar que Sergio no tiene razones para dejar de hacer lo que se ha hecho siempre, pues existe la creencia común de que pueden cazarse esos pájaros, «sin hacer daño a nadie», en terrenos públicos y privados, etc...

III. EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA

Como nos recuerda WELZEL, una verdad tan sencilla como que el reproche de culpabilidad solo puede realizarse cuando el sujeto estaba

en situación de conocer la ilicitud de su conducta, tardó mucho tiempo en imponerse y requirió considerable esfuerzo.

Con el concepto neoclásico de delito la conciencia de la antijuridicidad —considerada generalmente una parte del dolo— se convirtió en un elemento imprescindible de la responsabilidad penal. Los Tribunales, sin embargo, tardaron mucho más tiempo en admitir la relevancia del error sobre la antijuridicidad de la conducta (reverso de la conciencia de la antijuridicidad), utilizando diversos argumentos (imposibilidad del mismo — parece difícil aceptar que alguien puede desconocer las normas básicas de la ética social, en las que basa el Derecho penal—; evitación de una fácil impunidad —la conciencia de la antijuridicidad, como todo elemento subjetivo, plantea dificultades de prueba, por lo que la mera alegación del mismo daría lugar a un impunidad sin barreras—, así como alentar la despreocupación de los ciudadanos por las normas —si el desconocimiento de la antijuridicidad excluye o atenúa la responsabilidad penal, se incitaría a no conocer ni preocuparse por las normas reguladoras de la convivencia, pues en caso de infringir las mismas podría alegarse su desconocimiento—).

Incluso hoy en día el reconocimiento del error sobre la antijuridicidad de la conducta sigue planteando muchas dificultades en otras tradiciones jurídicas (*common law*) o en el Derecho penal internacional (la peculiar regulación del art. 30 del Estatuto de Roma).

1. TEORÍAS SOBRE EL TRATAMIENTO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

1.1. *Error iuris nocet*

[*Error iuris nocet*: el error de derecho perjudica a quien lo sufre, pues su concurrencia no se tiene en cuenta a efectos de establecer o graduar la responsabilidad.]

La teoría del *error iuris nocet* (el error de derecho perjudica) responde al planteamiento tradicional en esta cuestión. Con raíces en el Derecho romano, fue la teoría defendida hasta mediados del siglo XX en Alemania y en España y su influencia todavía puede verse hoy en día en otros ordenamientos (especialmente en el ámbito angloamericano). 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, por el contrario, es irrelevante; su concurrencia no afecta a la responsabilidad penal, que existe como si no se diese dicho error. De ahí el nombre de la teoría: el error de derecho perjudica a quien lo sufre, pues su concurrencia no se tiene en cuenta a efectos de establecer o graduar la responsabilidad.

En la teoría del *error iuris nocet* rápidamente se introdujeron excepciones. Así, de la irrelevancia del error de derecho (*error iuris nocet*) rápidamente se pasó a la irrelevancia del error de Derecho penal (*error iuris **criminalis** nocet*), concediendo efectos, sin embargo, al error de derecho extra penal. Cuando el error de derecho recaía sobre preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico (en ese momento básicamente el Derecho civil), sí era relevante y producía efectos en Derecho penal.

Nuestra jurisprudencia dio relevancia a esta distinción en varios supuestos, de los que podemos destacar:

Ej. 22.30: El caso de un error sobre la normativa civil en el supuesto de los hallazgos de los tesoros. Los inquilinos de una casa encuentran el tesoro y se lo apropian en su totalidad. El Tribunal Supremo los absuelve del entonces hurto de hallazgo (hoy apropiación indebida) (SSTS de 26/11/1906 y de 31/01/1908).

Ej. 22.31: También absolvió el Tribunal Supremo en un caso de bigamia, por desconocimiento de la normativa sobre la obligatoriedad del matrimonio canónico tras la guerra civil española (STS de 06/06/1945).

Ej. 22.32: Pueden encontrarse, igualmente, diversas sentencias sobre apoderamiento de aguas (delito de usurpación), donde también se absuelve por el desconocimiento de la normativa administrativa (SSTS de 07/03/1944 y de 28/02/1946)

Esta distinción, sin embargo, no convence:

1. Como bien señalaba ANTÓN ONECA, no resulta fácil distinguir entre error de Derecho penal y error de derecho extrapenal en las leyes penales en blanco. Así, cuando un sujeto se equivoca sobre las normas de otros sectores a las que remite el Código penal, ¿estamos ante un error de Derecho penal o extra penal? Podría decirse que el error es extrapenal, dado que las normas

pertenecen a otro sector del ordenamiento. Sin embargo, estaríamos pasando por alto que se han incorporado a la normativa penal y que, por tanto, están colaborando en la definición de la conducta típica, de la conducta penalmente relevante. Lo decisivo no es, por tanto, el sector del que provienen, sino al que se están incorporando a tenor de su función.

Ej. 22.33: Así, por ejemplo, en el art. 325 CP se exige que determinadas conductas se realicen «*contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*». Esta remisión no tiene aquí la función de ordenar el sector del medio ambiente, sino de delimitar a partir de qué punto una conducta merecerá pena. Se trata, por tanto, de un inciso que sirve para establecer cuándo una conducta puede ser penalmente relevante.

2. Por otro lado, ¿por qué tratar de manera distinta el error sobre unos preceptos o sobre otros? ¿Qué justificaba esta diferencia de trato? una vez más debemos tener en cuenta que todos sirven para determinar lo ilícito específico de una figura delictiva y, desde esta perspectiva, no tiene sentido diferenciar entre uno y otro, pues todos tienen la misma relevancia para la definición del concreto ilícito.

Ej. 22.34: Pensemos, por ejemplo, en un delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP). ¿Habría que tratar de modo diferente un error sobre lo que constituye un documento —concepto que regula el art. 26 CP—, que sería un error de Derecho penal y un error sobre los datos que se consideran «reservados de carácter personal», dado que están regulados en otro sector del ordenamiento jurídico, solo por este hecho? ¿Cuál sería la causa? ¿No tiene el sujeto que conocer tanto que se apodera de un documento como que el mismo contiene datos reservados de carácter personal para realizar la conducta delictiva?

Pese a que doctrinalmente la teoría del *error iuris nocet* era duramente criticada por la doctrina, nuestro Tribunal Supremo la mantuvo hasta los años setenta, en que adoptó la teoría del dolo.

A favor de la misma invocaba, además de otras razones, el art. 2 CC, que, hasta la reforma de 1974 establecía: «*la ignorancia de las leyes*

no exime de su cumplimiento».

Para aplicar la máxima deducida del artículo anterior en el Derecho penal el Tribunal Supremo aludía a la localización sistemática del precepto. Al encontrarse en el Título Preliminar del Código civil, era aplicable a todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, tenía relevancia también en el Derecho penal.

Como señaló ANTÓN ONECA, el art. 2 CC no impedía dotar de relevancia al error de derecho en el Derecho penal. El art. 2 del CC lo único que hace es consagrar el principio de la obligatoriedad general de las leyes, lo que no impide que el error tenga efectos jurídicos, sea en Derecho civil —como ocurre en determinados casos—, sea en Derecho penal.

Así se reconoció en la reforma de 1974, cuando el contenido del art. 2 CC pasó al actual art. 6.1 CC, y se le añadió un inciso que reconoce expresamente la posibilidad de que el error de derecho produzca efectos: *«el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen».*

Para ANTÓN ONECA el delito exigía la concurrencia de dolo o imprudencia y como seguidor de la concepción neoclásica, creía que la conciencia de la antijuridicidad era un elemento del dolo, lo que legitimaba que, excepcionalmente, el error de derecho fuese relevante en Derecho penal.

Debemos insistir en la línea argumentativa utilizada por ANTÓN ONECA: la relevancia del error de derecho no afecta a la obligatoriedad de las leyes ni se opone a la redacción del entonces art. 2 CC, que hoy encontraríamos en el art. 6 CC. La persona que actúa en error de derecho no está, en modo alguno, excusada del cumplimiento del derecho. Su ignorancia no le exime de actuar conforme al ordenamiento jurídico; sigue obligado, sigue teniendo el deber de omitir o de realizar la conducta en cuestión. La relevancia del error de derecho afecta únicamente a las consecuencias del incumplimiento de las normas, pero no al deber de cumplirlas como tal. Dicho deber es independiente del conocimiento del mismo por el sujeto. Que el desconocimiento de las normas suponga que no se me sanciona por incumplirlas no afecta en lo más mínimo al hecho de que debo cumplirlas. Esto es, el error de derecho hace referencia a las consecuencias del incumplimiento de las normas, no a la cuestión de si sigue siendo obligatorio su cumplimiento o no.

Ej. 22.29: Pensemos en el ejemplo 22.19: Mario V. desconoce que conducir un vehículo de motor sin haber obtenido el permiso de conducción es un delito. ¿Significa ello que Mario V. puede

conducir sin haber obtenido el permiso de conducción? Claro que no. Mario V., como todos los demás, necesita haber obtenido el permiso de conducción para poder conducir lícitamente, de forma que no está exento de cumplir las leyes que establecen los requisitos que deben darse para conducir. Una cuestión totalmente diferente es que si Mario V. conduce sin haber obtenido el permiso correspondiente, la pena deba atenuarse por encontrarse ante un error de prohibición vencible. Así, como hemos señalado, no se exige de cumplir la normativa —las leyes — sino que, en su caso, se modulan las consecuencias.

En definitiva, la tardanza en reconocer efectos al error sobre la antijuridicidad de la conducta no es, sin embargo, exclusiva de nuestros tribunales. Antes al contrario: ha ocurrido y ocurre en otros ordenamientos.

1.2. La llamada teoría del dolo

[Dolo natural: Mero conocer (conciencia) y querer realizar (voluntad) la parte objetiva del tipo.

Dolo malo: Además de conocer y querer la parte objetiva, ser consciente de la antijuridicidad.]

Dado que para la teoría del *error iuris nocet* el error sobre la antijuridicidad de la conducta era irrelevante, no se preocupaba por la posible localización sistemática de la conciencia de la antijuridicidad. Sin embargo, ya vimos que 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 o posibilidad de la misma, estaba estrechamente vinculado a dolo e imprudencia — concebidas todavía como clases, especies o formas de la culpabilidad —.

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

Se le denomina así en cuanto contiene la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, de forma que el sujeto no solo quiere realizar una conducta —dolo natural o dolo del hecho—, sino que quiere realizar dicha conducta sabiendo que la misma es antijurídica, desaprobada. De esta forma, el sujeto quiere realizar la conducta desaprobada sabiendo que está desaprobada, su dolo ya no es neutro —sabe que su conducta persigue algo desaprobado— sino un dolo malo —existe conciencia de la desaprobación, de forma que podemos

desaprobar la conciencia de producir un determinado resultado precisamente porque el sujeto sabe que lo que quiere realizar está desaprobado—.

Ej. 22.35: Estamos ante el dolo del hecho cuando el sujeto conoce la conducta que realiza y quiere realizarla, con independencia de lo que piense acerca de la antijuridicidad de la misma. Recordemos el conocido ejemplo 16.17. En el mismo Paco es consciente de que va a matar a Carlos con su disparo y así lo hace. Quiere matar a Carlos y dispara para hacerlo. Con esto se daría el dolo natural o dolo del hecho del homicidio (conciencia y voluntad de matar a otro). El dolo malo exige más, requiere que el sujeto actúe al mismo tiempo con conciencia de la antijuridicidad de su conducta. Esto es, no basta con que el sujeto conozca que va a matar y quiera hacerlo, sino que es necesario que, además, sepa que su conducta es antijurídica. En el ejemplo que estamos utilizando Paco no actuaría con dolo malo porque cree que se está defendiendo de la (inexistente) agresión ilegítima de Carlos. Al suponer que actúa de forma lícita (amparado por una causa de justificación) cree que su conducta es lícita, de forma que no tiene conciencia de la antijuridicidad de la misma.

Sin embargo, no resulta difícil pensar en supuestos de dolo malo.

Ej. 22.36: Benjamín T., constructor, ha perdido un concurso público frente al también constructor Quique Z. Cansado de la situación, Benjamín T. contrata a tres personas que le rompen las piernas a Quique Z. Benjamín conoce que romperle las piernas a alguien está desaprobado y más todavía si se contrata a alguien.

Ej. 22.37: Sonia F. ha visto un móvil de última generación en una tienda. Como no tiene dinero para adquirirlo, decide inutilizar los sistemas de protección y llevárselo. Toma la cosa mueble ajena sabiendo y queriendo hacerlo y además sabiendo que está prohibido.

Ej. 22.38: Armando C. y Dolores S. secuestran a Michael Z., cuyos padres poseen una considerable fortuna, pidiendo 300.000 euros como condición para dejarlo en libertad. Realizan las detenciones ilegales con plena conciencia y voluntad (hasta aquí dolo natural) y además sabiendo que lo que hacen es ilícito (dolo malo).

Si el sujeto no tiene conciencia de la antijuridicidad de la conducta, no podrá actuar dolosamente. El traslado de este razonamiento al tratamiento del error sobre la antijuridicidad de la conducta supone la aparición de la denominada teoría del dolo.

El punto de partida de la teoría del dolo es que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo —no olvidemos que estamos en el concepto neoclásico de delito y que, por tanto, el dolo es concebido todavía como una forma o clase de culpabilidad—. El error sobre la antijuridicidad de la conducta ya podrá ser relevante, pues excluirá el dolo. Si el error es invencible, no solo 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, en su caso —cuando se den los requisitos que exija el concreto ordenamiento—.

La teoría del dolo tuvo un gran predicamento en la doctrina española y alemana. Además, fue admitida por nuestro Tribunal Supremo (lo que no ocurrió en Alemania). Sin embargo, la introducción en 1983 del art. 6 bis a) en el anterior Código penal imposibilitó o dificultó en gran medida su pervivencia en nuestro ordenamiento.

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.

Según este principio, como ya vimos, los delitos imprudentes solo se castigan cuando así se dispone expresamente, y lo esencial para que el legislador tipifique una conducta, desde esta perspectiva, es el contenido de injusto de la misma (bien jurídico al que afecta, grado de afección, etc.), que nada tiene que ver con que el autor pudiese conocer la antijuridicidad de su conducta.

Si aplicásemos la teoría del dolo, cualquier error sobre la antijuridicidad de la conducta, por más fácilmente vencible que fuese, excluiría el dolo y solo podría castigarse, en su caso, si existía un tipo imprudente, lo que, como consecuencia de la excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes, tendrá lugar en contadas ocasiones.

Ej. 22.39: Guillermo L. trabaja como cajero en una pequeña tienda de alimentación. Una tarde observa como dos individuos entran en la misma y, creyendo que va a ser objeto de un robo,

sale corriendo, dejando encerrados a los dos individuos. Al día siguiente se dirige a la policía y se soluciona todo el problema. En este caso Guillermo realiza unas detenciones ilegales del art. 163 CP. Sin embargo, al haber creído que era objeto de una agresión ilegítima, piensa que está actuando lícitamente, pues estaría amparado por la legítima defensa. Según la teoría del dolo no habría realizado unas detenciones ilegales dolosas pues no tendría conciencia de la antijuridicidad (piensa que está actuando lícitamente), debiendo acudir a la imprudencia. El problema es que en el Código penal español las detenciones ilegales imprudentes no están tipificadas, por lo que su conducta quedaría impune.

Ej. 22.40: También podríamos resolver el ejemplo 16.17 según la teoría del dolo. Dado que Paco cree que actúa en legítima defensa, no cometería un homicidio doloso sino, suponiendo que el error fuera vencible, un homicidio imprudente. No hay que olvidar que el homicidio imprudente si ha sido tipificado (art. 142 CP).

La extensión de la impunidad que se produciría en un ordenamiento de estas características fue, probablemente, una de las razones por las que los tribunales superiores alemanes jamás la aplicaron. En nuestro país la situación era radicalmente distinta, dado que el Código penal de 1973 seguía prácticamente el principio opuesto (el castigo de la comisión imprudente de un delito siempre que fuese posible), al utilizar el sistema de cláusulas generales, por lo que los problemas serían de otro orden (gravedad de las penas, por ejemplo), pero no de impunidad. En cualquier caso, la entrada en vigor del Código penal de 1995 y, con él, del principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes, desaconsejaría, político-criminalmente, la aplicación de la teoría del dolo.

Los propios defensores de la teoría del dolo eran perfectamente conscientes de los problemas a que hemos hecho referencia. Para evitar una fácil exclusión del dolo o, al menos, para evitar una extensión indeseada de la impunidad, plantearon las siguientes soluciones:

1. MEZGER y la teoría de la ceguera jurídica o de la enemistad hacia el Derecho. Si el dolo exige la conciencia actual de la antijuridicidad de la conducta, cualquier error, por fácilmente vencible que sea, supone la exclusión del mismo y, por tanto, la necesidad de acudir a la punición por imprudencia. Para evitar

que cualquier error excluyese el dolo expuso MEZGER su teoría de la ceguera jurídica o de la enemistad hacia el Derecho. A tenor de este planteamiento, el error sobre la antijuridicidad de la conducta excluye el dolo salvo en los casos de error craso, burdo, obvio, evidente, esto es, que ponga de manifiesto en el sujeto una «ceguera jurídica» (no querer ver lo dispuesto por el ordenamiento), que revele una «enemistad hacia el Derecho» incompatible con el «sano sentimiento popular».

Evidentemente, la introducción de criterios normativos (valorativos) contribuiría esencialmente a resolver el problema de la exclusión del dolo por desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Ahora bien, por un lado, es obvio el atentado a la seguridad jurídica (¿qué significa y cuándo se da la ceguera jurídica?, ¿qué es el *sano sentimiento popular* —y, por supuesto, lo compatible e incompatible con él—?); por otro, la cercanía de un planteamiento como este a los de la Escuela de Kiel —y, así, al Derecho penal nazi— hace inaplicables valorativamente estos planteamientos.

Ej. 22.41: Recordemos el ejemplo 22.18: creer que no existe deber de protección respecto a los hijos adoptivos, sino solo frente a los naturales es un error «de bulto». En este sentido, podría poner de manifiesto una «ceguera jurídica»; ahora bien, ¿sería compatible o incompatible con el sano sentimiento popular?

2. SCHRÖDER pretendió evitar el problema de las lagunas de punibilidad que creaba la excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes por medio de la introducción en la Parte General del Código penal alemán de un artículo que castigaba el error vencible sobre la antijuridicidad de la conducta cuando no existiese un precepto que castigase las conductas imprudentes. El principal problema de esta propuesta es que significa olvidarse del castigo de los delitos imprudentes (*crimina culposa*) para sancionar un delito de imprudencia (*crimen culpae*).

Así, no se castigaría la realización imprudente de una conducta, sino que el delito sería, como tal, la imprudencia misma, olvidándose de la concreta forma de realización.

Ej. 22.42. Pensemos en el ejemplo 22.39. El castigo a Guillermo no vendría de haber encerrado a los dos individuos que habían entrado en su tienda de forma imprudente (esto es, como consecuencia de su falta de diligencia —inobservancia del cuidado objetivamente

debido—, los deja encerrados contra su voluntad), sino de haber supuesto, erróneamente, que podía hacerlo. En esto consiste el delito de imprudencia y su independencia de la concreta conducta. Así, si traemos a colación el ejemplo 16.17 tal y como lo hemos utilizado en el ejemplo 22.36 nos encontraríamos con que el delito sería similar, pues consistiría en haber creído —de forma imprudente— que podía matar al supuesto agresor. No se castigaría la realización imprudente de una conducta que, precisamente por esa inobservancia del cuidado objetivamente debido, produce la muerte de una persona; no, lo verdaderamente delictivo en este caso sería suponer, infringiendo el cuidado objetivamente debido, que se podía matar a una persona.

3. TORÍO LÓPEZ, consciente del problema anterior, propuso la introducción, en el art. 565 del viejo Código del 73, de una regulación según la cual el error vencible sobre la antijuridicidad de la conducta se considerase una forma más de imprudencia que se castigaría con la pena inferior en grado, en cada caso, al correspondiente delito doloso. Evidentemente, se salvaba la objeción anterior, pues no se castigaba un delito de imprudencia (un *crimen culpae*) sino distintos delitos imprudentes (*crimina culposa*). Sin embargo, con el cambio a un sistema de incriminación excepcional no parece que sea coherente castigar solo de modo excepcional las conductas imprudentes y siempre el error vencible sobre la antijuridicidad, además de que en materia de delitos imprudentes se tiende hacia su despenalización. Si se acepta castigar siempre el error de prohibición vencible y solo en algunos supuestos las conductas típicas imprudentes, se está reconociendo que existen diferencias entre ambas clases de supuestos, mientras que la teoría del dolo siempre ha afirmado precisamente lo contrario.

1.3. La llamada teoría de la culpabilidad

Si bien ya existían planteamientos que separaban el dolo y la conciencia de la antijuridicidad —considerándola una exigencia adicional y distinta de la culpabilidad— o que admitían que podía actuarse dolosamente sin conciencia de la antijuridicidad, por ser suficiente la cognoscibilidad de la misma, serán los planteamientos del finalismo los que incidirán decisivamente en este punto.

De hecho, es frecuente asociar la teoría de la culpabilidad a caracterizados defensores de dicho planteamiento, como el propio WELZEL, ARMIN KAUFMANN y CERESO MIR.

Dos son los aspectos esenciales de la teoría de la culpabilidad:

1. Por un lado, insiste en que hay que abandonar la vieja distinción *error de hecho/error de derecho*, sustituyéndola por la de *error sobre un elemento del tipo* (error de tipo)/*error de prohibición* (error sobre la antijuridicidad de la conducta).
2. Por otro, considera que 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. El dolo, además, entendido ya exclusivamente como dolo natural o dolo del hecho, es un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos.

Destaca WELZEL que la relevancia del error no tiene que ver con si es de hecho o de derecho, sino con si recae sobre el tipo o sobre la antijuridicidad de la conducta. No es relevante el carácter del objeto sobre el que recae el error —si es un objeto o elemento fáctico, descriptivo o un concepto jurídico—, sino el elemento del delito al que afecta, pues las consecuencias no son las mismas y, por tanto, hay que tratarlos de modo diferente. 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. Igualmente, el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, como tal, será un error de derecho —en cuanto el sujeto desconoce el carácter antijurídico de su conducta, esto es, desconoce la calificación que el ordenamiento jurídico hace de la misma—, pero puede provenir, perfectamente, de un error sobre elementos fácticos o descriptivos: así sucede en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

Ej. 22.43: Tras una conferencia Alicia N. toma una cara estilográfica de la mesa creyendo que es la suya. Nos encontramos ante un error sobre el carácter ajeno de una cosa y, por tanto, ante un error sobre un elemento del tipo de hurto (art. 234 CP), que impide su realización dolosa. Estamos ante un error de derecho que, sin embargo, recae sobre un elemento del tipo. Hay errores de tipo que son errores de derecho.

Ej. 22.44: Pensemos una vez más en el ejemplo 16.17, Paco

interpreta erróneamente la situación, lo que tiene como consecuencia que crea que pueda actuar lícitamente al suponer que se dan los presupuestos de la legítima defensa. Estamos ante un error de hecho que, sin embargo, no afecta a la tipicidad de la conducta (Paco sabe que va a matar y quiere matar a Carlos), sino a la antijuridicidad de la misma. Pensemos igualmente en el ejemplo 22.35, Guillermo interpreta erróneamente las intenciones de los sujetos que entran en la tienda y cree que va a ser agredido. Su error, sin embargo, no afecta al dolo de su conducta típica (conoce que va a encerrar, contra su voluntad, a los sujetos en la tienda y quiere hacerlo), sino a la conciencia de la antijuridicidad, en cuanto cree que puede encerrarlos pues actúa lícitamente (legítima defensa). Puede verse claramente como hay errores de hecho que no afectan a la tipicidad, sino a la antijuridicidad de la conducta.

En definitiva, 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 —impide al sujeto conocer la conducta que 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, tal y como vimos en la lección 10. 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 (desconoce que es antijurídica o cree que es lícita cuando no es así).

Ej. 22.45: Véanse de nuevo los ejemplos 22.43 y 22.44.

A partir de aquí pueden exponerse las consecuencias del error sobre la antijuridicidad de la conducta, insistiendo en uno de los postulados básicos de la teoría de la culpabilidad (la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad —aplicable, por tanto, a delitos dolosos e imprudentes—): 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. Dicho de otra forma: el error invencible excluye la culpabilidad penal, mientras que el error vencible la atenúa —al menos generalmente—.

Ej. 22.46: Tal y como hemos visto en los análisis del ejemplo 16.17 —véase lo dicho en el ejemplo 22.44—, Paco actuaría dolosamente, en cuanto la suposición de la legítima defensa no afecta al dato de que sabe que va a matar a Carlos y que quiere hacerlo, lo que es suficiente para considerar que actúa dolosamente (dolo del hecho). Ahora bien, al no tener conciencia de la antijuridicidad, se encuentra en un error de prohibición, cuya repercusión en la culpabilidad y la pena dependerá de que sea vencible (atenuación) o invencible (exclusión de la culpabilidad y la pena), de acuerdo con el art. 14.3 del Código penal español.

Ej. 22.47: Exactamente lo mismo podríamos decir sobre la conducta de Guillermo, en el ejemplo 22.39. Guillermo quiere dejar encerrados a los dos sujetos en la tienda, y lo hace, de forma que realiza el tipo de las detenciones ilegales dolosas (tiene conciencia y voluntad de encerrar a otro contra su voluntad, que es lo que exige al art. 163 CP). Ahora bien, al creer que podía hacerlo, que actuaba de forma lícita, se encuentra en un error de prohibición, lo que excluirá o, normalmente, atenuará la pena de acuerdo con el art. 14.3 CP.

Si la atenuación de la pena, en los casos de error vencible, debe ser obligatoria o meramente facultativa es una cuestión discutida dentro de los defensores de la teoría de la culpabilidad y, singularmente, dentro de los propios finalistas. El Código penal español ha optado por una atenuación obligatoria, siendo esta su principal característica.

WELZEL llegó a la formulación de la teoría de la culpabilidad de la mano del concepto personal de injusto y de la concepción de la culpabilidad como reprochabilidad, pues el error de prohibición no se reguló en Alemania hasta el Código penal de 1975. Para poder aplicar la teoría de la culpabilidad propuso WELZEL una consideración analógica de la regulación de la inimputabilidad y de la semiimputabilidad en el Código penal alemán. Así, si cuando un sujeto no tenía capacidad para comprender la antijuridicidad de su hecho por padecer una perturbación de la conciencia, una perturbación morbosa de la actividad psíquica o por debilidad mental, quedaba exento de pena, como establecía

el parágrafo 51.I, lo mismo debía ocurrir cuando, por razones distintas, el sujeto no hubiese conocido ni podido conocer la antijuridicidad de la conducta (paralelismo del error invencible con la inimputabilidad). En el mismo sentido, si las razones mencionadas, que recogía el antiguo parágrafo 51.I del Código penal alemán, daban lugar a una atenuación facultativa de la pena, cuando en lugar de excluir la capacidad para comprender lo injusto la disminuían considerablemente, lo mismo debería ocurrir cuando el sujeto no hubiese conocido la antijuridicidad de su conducta pero hubiese podido conocerla (analogía de la imputabilidad disminuida con el error de prohibición vencible). La teoría de la culpabilidad si fue aceptada por el Tribunal Supremo alemán que, en el fondo, la utilizó para abandonar la teoría del *error iuris nocet* [la ignorancia de la Ley no exime de su cumplimiento] sin recurrir a la teoría del dolo. Desde los años cincuenta del pasado siglo se convirtió en una constante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, hasta que se vio incorporada al Código penal alemán en 1975. Un gran número de modernos Códigos penales asumen, igualmente, la teoría de la culpabilidad.

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), especialmente en los supuestos en que el error de prohibición consistía en un error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

Para evitar estas críticas nació la teoría de la culpabilidad restringida — lo que propició que la originaria teoría de la culpabilidad fuese denominada, desde entonces, teoría pura o teoría estricta de la culpabilidad—, que si bien comparte los fundamentos de la teoría pura (de modo que la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo), resuelve de modo distinto los supuestos de error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación (y solo estos supuestos de error de prohibición).

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, dar lugar a una responsabilidad por imprudencia (siempre que, por supuesto, se den los requisitos necesarios para el castigo del delito imprudente). Se considera más justo tratar penalmente los errores sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación como un

error de tipo (lo sean en sentido estricto o no).

La consideración del error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación como un error de tipo en sentido estricto depende de si se acepta o no la teoría de los elementos negativos del tipo, que se explicó en la lección 8. Así, los autores que aceptan la teoría de los elementos negativos del tipo consideran que las causas de justificación —y, por tanto, sus presupuestos— son elementos negativos del tipo. El error sobre dichos elementos —error de tipo «negativo»— excluye, igual que el error de tipo «positivo», el dolo, de forma que solo podrá dar lugar a punición por imprudencia, si concurren los requisitos de esta. De todas formas, conviene insistir en que no es necesario aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo para defender la teoría de la culpabilidad restringida. De hecho, un gran número de partidarios de esta teoría lo hacen porque consideran que los resultados son más justos, pese a que no estemos, como tal, ante un error de tipo. Esto es, priman las consideraciones axiológicas, valorativas, sobre las sistemáticas.

Ej. 22.48: Resulta fácil ilustrar las diferencias entre la teoría de la culpabilidad pura y la teoría de la culpabilidad restringida. Acudamos, una vez más, a nuestros ejemplos de error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación (únicos supuestos de error de prohibición que son o deben tratarse como errores de tipo según la teoría de la culpabilidad restringida). Partiendo siempre de que estamos ante un error vencible, según la teoría de la culpabilidad pura Paco sería castigado por un homicidio doloso, si bien su pena podría o debería atenuarse. Para la teoría de la culpabilidad restringida Paco respondería por un homicidio imprudente. En el mismo sentido, supuesta la vencibilidad del error, Guillermo sería castigado, según la teoría de la culpabilidad pura, por unas detenciones ilegales dolosas, atenuándose o pudiéndose atenuar la pena. La teoría de la culpabilidad restringida optaría, en este caso, por castigar por un delito imprudente, si ello fuese posible y si no lo es, como en el Código penal español, por la impunidad de Guillermo.

En los ordenamientos que han optado por la teoría de la culpabilidad como fórmula para tratar el error sobre la antijuridicidad de la conducta no suele precisarse, sin embargo, qué hacer con el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, lo que lo convierte en uno de los problemas prácticos más

importantes en esta materia.

2. EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

Según dispone el art. 14.3 del vigente Código penal: «**3.** *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. Ahora bien, hasta 1983 nuestros Códigos penales no habían regulado este problema. Como hemos señalado, nuestro Tribunal Supremo aplicaba la teoría del *error iuris nocet* hasta que, en los años sesenta del pasado siglo, la abandonó para aplicar la teoría del dolo.

En un plano doctrinal, las críticas al Tribunal Supremo por su utilización de la teoría del *error iuris nocet* eran frecuentes. Igualmente, dado el claro dominio doctrinal del concepto neoclásico de delito, desde finales del primer tercio del siglo XX y, con especial claridad, desde la segunda mitad del mismo, se defendía la teoría del dolo. En los años sesenta, CEREZO MIR propuso aplicar la teoría de la culpabilidad en el ordenamiento español, utilizando un razonamiento similar al expuesto por WELZEL en Alemania: en el caso de error invencible se trataba de aplicar, por analogía, la exención de responsabilidad que para los casos de enajenación mental o trastorno mental transitorio contenía el Código penal en su art. 8.1. Para el error vencible se trataba de aplicar por analogía la regulación que el Código penal establecía para la enajenación mental o el trastorno mental transitorio como eximentes incompletas, lo que hubiese dado lugar a la aplicación de la pena inferior en un grado de modo obligatorio, pudiendo aplicarse, en su caso, la pena inferior en dos grados.

La propuesta no tuvo éxito, pero la regulación del error de prohibición según los postulados de la teoría de la culpabilidad se incorporó al Proyecto de Código penal de 1980, de donde pasó al Código en la reforma de 1983, en el art. 6 bis a). Según este artículo: «*La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Sí el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66*».

En el citado art. 66 encontrábamos la mencionada rebaja en uno o dos grados correspondiente a las eximentes incompletas.

El que la regulación estableciese una atenuación obligatoria de la pena, en lugar de la facultativa (supuestamente consustancial a

la teoría de la culpabilidad), propició que no faltasen interpretaciones —doctrinales y jurisprudenciales— del art. 6 bis a) según la teoría del dolo.

El Código penal actual sigue estableciendo una atenuación obligatoria de la pena, razón por la que, si bien de forma muy minoritaria, se ha defendido que nuestro Código no sigue la teoría de la culpabilidad y que, en cualquier caso, el art. 14.3 CP puede ser interpretado según los postulados de la teoría del dolo (MIR PUIG).

Pese a la distinta redacción, los arts. 6 bis a) del Código del 73 y el art. 14.3 del Código del 95 establecen una regulación sustancialmente idéntica. En los dos casos el error invencible sobre la ilicitud excluye la responsabilidad, atenuándola el error vencible. Incluso parece preferible la regulación que establece el art. 14.3, pues la regulación anterior, al referirse a *la creencia de estar obrado lícitamente* podría haber llevado a pensar que solo la creencia en la licitud sería un supuesto de error de prohibición, sin que se considerase como falta de representación sobre la antijuridicidad de la conducta —el sujeto no sabe que su conducta es antijurídica, pero tampoco cree que la misma sea lícita, conforme a derecho—; dicho de otra forma: no sucedió así, pero podía haberse interpretado que el error de prohibición es algo más que el mero desconocimiento de que se actúa antijurídicamente, algo más que sería la creencia positiva en que se está actuando de modo lícito (como llegó a defender algún autor alemán), lo que supondría una restricción de los supuestos de error de prohibición. La posibilidad de distinguir clases de error de prohibición según el contenido de la conciencia, las representaciones, del sujeto, es algo que carece de sentido para la teoría de la culpabilidad. Como bien señaló Armin KAUFMANN (que consideraba a esa teoría una derivación del principio de culpabilidad y, como tal, algo más que una teoría sobre el tratamiento correcto del error de prohibición), lo único relevante para la misma es la repercusión que la falta de representación de la antijuridicidad de la conducta tiene en la capacidad para actuar conforme a derecho.

Así, MIR PUIG insiste en que estamos ante una mera regla técnica de determinación de la pena. Argumenta que una cosa es que el art. 14.3 CP obligue a partir del marco penal del delito doloso y otra cosa es que estemos ante un delito doloso. En definitiva, en su opinión, el art. 14.3 CP está regulando la pena para la denominada *culpa iuris*, la imprudencia referida a la prohibición.

Ej. 22.49: Cuando el sujeto no utiliza el cuidado debido en el análisis de la situación fáctica se solía hablar de *culpa* o *imprudencia facti*, en el sentido de que la imprudencia se producía por la comprensión errónea o el desconocimiento de la situación de hecho, de la situación en la que se actúa. Si pensamos en el Ej. 10.15, resulta obvio que el desconocimiento de que es un compañero de caza lo que está detrás del matorral es lo que provoca que, imprudentemente, se cause la muerte de otra persona, al disparar el sujeto sobre lo que cree un jabalí. Cuando no es la situación fáctica, sino el propio Derecho, el que es desconocido o interpretado erróneamente, habría *imprudencia iuris*, es decir, error de prohibición. Así, en el ejemplo 16.17, Paco mata a su enemigo porque cree que puede hacerlo; cree erróneamente que actúa en legítima defensa, que actúa de forma justificada. En definitiva, está suponiendo, erróneamente (de forma imprudente) que su actuación es lícita.

Las afirmaciones de MIR PUIG han sido rechazadas (CEREZO MIR). A tenor de los siguientes argumentos, la tesis de la regla de determinación de pena para la *culpa iuris* no resulta convincente:

1. En el Código penal español la conciencia de la antijuridicidad de la conducta no es un elemento del dolo. El error de prohibición vencible no excluye la responsabilidad dolosa, frente a lo que sucede en el caso de un error de tipo vencible, que sí lo hace, remitiéndose, en su caso, a la responsabilidad por imprudencia.

Así podemos verlo si comparamos el art. 14.1 CP inciso segundo («*si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*») con el art. 14.3 CP inciso segundo («*si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados*»).

2. El error de prohibición puede darse tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes —cuestión a la que dedicaremos el epígrafe final de esta lección—. El art. 14.3 CP se puede aplicar a ambas clases de delitos, de forma que la regulación del error de prohibición no tiene nada que ver con la índole dolosa o imprudente de la infracción, sino con la conciencia de la antijuridicidad o la posibilidad de la misma en ambas clases de delitos. El error de prohibición dará lugar, simplemente, a la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, con independencia de la clase de delito ante la que nos

encontremos.

En el fondo este ha sido un problema tradicional de la teoría del dolo, pues, ¿cómo castigar el error de prohibición en un delito imprudente? Hay que tener en cuenta que en estos casos no se puede acudir al delito imprudente, dado que ya estamos ante un delito imprudente. La cuestión resulta irresoluble.

3. El vigente Código penal parte del principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes. Si el art. 14.3 CP fuese una regla de determinación de la pena de la imprudencia de derecho, nos encontraríamos con que la *culpa iuris* se castigaría siempre, mientras que la imprudencia de hecho, la *culpa facti*, solo sería punible en los casos en que el legislador lo ha establecido en los tipos de la Parte Especial, lo que, desde luego, resultaría claramente contradictorio, además de que se opondría a uno de los principios de la teoría del dolo (igual tratamiento del error de tipo y del error de prohibición).

Si el error de prohibición vencible se castiga con carácter general y el error de tipo solo cuando exista un tipo imprudente previsto expresamente, el primero se castiga en muchos más casos que el segundo.

En definitiva, como se señala mayoritariamente, el Código penal español se inspira en la *teoría de la culpabilidad*.

Señalar que el Código se inspira en la teoría de la culpabilidad es todavía insuficiente, pues sabemos que la misma tiene dos modalidades, la teoría pura y la teoría restringida, según cómo se comprenda el error sobre las circunstancias o los presupuestos de una causa de justificación. ¿Qué modalidad sigue el Código penal español? 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 (doloso o imprudente) en uno o dos grados. Ahora bien, no faltan autores (TORÍO LÓPEZ) que defienden la teoría de la culpabilidad restringida. El argumento que utilizan ya lo conocemos: resulta más justo tratar el error sobre los presupuestos de una causa de justificación con la pena del delito imprudente.

Como ya vimos en su momento —Lección 8— no es cierto que resulte más justo castigar con la pena del delito imprudente estos supuestos. Cuando el sujeto actúa con conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo, los elementos que fundamentan lo ilícito específico de una figura delictiva puede pedírsele que, debido a ese

conocimiento, se cerciore de que concurren los presupuestos de una causa de justificación. Esto es, ya que dirige su conducta a la lesión de un bien jurídico hay que pedirle que sea cuidadoso y examine que se dan los presupuestos para lesionar un bien jurídico.

Ej. 22.50: Comparemos el ejemplo 10.15 (quien cree que dispara a un jabalí, cuando lo hace sobre un compañero de caza que está tras el matorral) y el ejemplo 16.17 (Paco mata a Carlos porque cree que Carlos va a dispararle). A la persona que actúa en error de tipo —ejemplo 10.15— le podemos pedir que examine con cuidado la situación para, precisamente, evitar consecuencias indeseadas, como puede ser la muerte de un compañero. Al sujeto del ejemplo 16.17 no tenemos que pedirle esto, puesto que ya sabe que va a producir la muerte de una persona (actúa para producir la muerte de Carlos). Lo que podemos pedir en un caso: cuidado para no producir la muerte de una persona es, precisamente, el punto de partida del otro: se actúa para producir la muerte. Resulta, por tanto, que en la actuación dolosa se puede pedir que se tenga especial cuidado en analizar la concurrencia de una causa de justificación, de un permiso para realizar la conducta típica. La diferencia entre ambas conductas y, por tanto, su diferente desvalor, creemos que queda puesta de manifiesto.

Por último, debemos hacer referencia a la posición de nuestro Tribunal Supremo: tras la introducción de la regulación del error de prohibición en 1983, siguió aplicando la teoría del dolo. A partir de 1986 empieza a aplicar la teoría de la culpabilidad —o las soluciones de esta—, para, en los años noventa, defender claramente —se convierte en jurisprudencia dominante— la teoría de la culpabilidad. Pese a que existe alguna sentencia favorable a la teoría restringida de la culpabilidad, mayoritariamente ha considerado que el Código penal sigue la teoría pura de la culpabilidad, especialmente bajo la vigencia del Código penal de 1995.

IV. LOS DELITOS IMPRUDENTES Y EL ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA

1. EL CONOCIMIENTO O LA COGNOSCIBILIDAD DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

Exactamente igual que en los delitos dolosos, 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 no suficiente— 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.

Si una Persona no conoce o no podía conocer el cuidado objetivamente debido es obvio que no se habrá planteado (o no habría podido plantearse) si su conducta es lícita o está prohibida (es antijurídica).

Ej. 22.51: Recordemos el ejemplo 11.23, donde la confusión por la enfermera de las conexiones de alimentación produce la muerte del bebé. Se trata de un caso de imprudencia inconsciente, dado que la enfermera no ha previsto el resultado de muerte. La enfermera conoce, en abstracto, la prohibición de suministrar leche por vía intravenosa. Ahora bien, dado que no sospecha que está inyectando leche, pues cree que la ha conectado a la vía nasogástrica, desconoce que su conducta concreta está infringiendo el cuidado debido. No se plantea la posibilidad de producción del resultado no deseado por el Derecho (la muerte del bebé), pues no se da cuenta de que su conducta, en el caso concreto, es incorrecta. Al no plantearse la posibilidad de producción del resultado, tampoco pensará en las medidas que el cuidado objetivamente debido obliga a adoptar para evitar esta clase de resultados. Si uno no piensa en que puede producirse una muerte, ¿cómo va a pensar en adoptar medidas para que no se produzca? Cuestión distinta es si podía conocer el resultado y, por tanto, si podría haberse planteado la adopción de medidas para evitarlo. En resumen, lo importante no es conocer la prohibición en abstracto, sino la contrariedad a la norma en el caso concreto.

Sin embargo, conocer el cuidado objetivamente debido (o haberlo podido conocer) no implica, sin más, que se conozca (o se hubiese podido conocer) la antijuridicidad de la conducta contraria a dicho cuidado debido, pues otros factores pueden llevar a un error sobre la antijuridicidad de la conducta. Así, se

puede conocer perfectamente que se está infringiendo el cuidado objetivamente debido y, sin embargo, creer que es lícito dadas las circunstancias del supuesto concreto.

Ej. 22.52: Recordemos el ejemplo 8.13 en el que una ambulancia para trasladar urgentemente a un accidentado en peligro de muerte, circula a velocidad superior a la permitida e invadiendo el carril contrario, de forma que choca con otro vehículo que viene de frente y produce la muerte del conductor de este. El conductor conoce en este caso que infringe el cuidado objetivamente debido, pero cree que puede hacerlo por concurrir un estado de necesidad. Puede ocurrir, sin embargo, que no concorra el estado de necesidad, que falte alguno de los requisitos. En el ejemplo que estamos utilizando podría ocurrir que no se diese el carácter absoluto de la situación de necesidad, esto es, que existiese un medio menos perjudicial que la invasión del carril contrario. Así, podemos pensar que se podía haber invadido la acera por un breve momento. Al faltar la situación de necesidad, la eximente no sería aplicable. Lo importante, en este momento, es que, pese a ser consciente de la infracción del cuidado debido, el sujeto cree que su conducta es lícita, de forma que no siempre que el sujeto conozca el cuidado objetivamente debido tendrá conciencia de la antijuridicidad de su conducta.

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

Ej. 22.53: Pedro V., trabaja en la construcción de un chalet de dos plantas, existiendo en la segunda una gran superficie abierta que, de momento, no contiene ningún elemento de contención, por lo que resultaría fácil caer desde la misma. Dado que apenas pasa gente por la obra, Pedro V. decide no cerrar completamente las vallas de protección que impiden el acceso a la obra, pues cree que la norma le obliga solo a advertir que no se puede pasar, lo que impedirá ya que alguien entre y pueda sufrir un accidente, además de que se trata solo de unas pocas horas. Sin embargo, una vez que Pedro V. se ha marchado, una familia con tres niños llega a la urbanización. Los dos niños mayores, de 9 y 7 años de edad, deciden entrar en el chalet para ver cómo es, cayendo el menor de ellos desde la segunda planta y sufriendo lesiones graves. En este caso Pedro desconocería la antijuridicidad de las lesiones por imprudencia, dado que cree

haber satisfecho, dadas las circunstancias, el cuidado objetivamente debido. Sin embargo, no es así, puesto que el mismo exige cerrar efectiva (y no solo aparentemente) el acceso a una obra, precisamente para evitar posibles accidentes. El error de Pedro V. sobre el cuidado objetivamente debido le llevaría al desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta (error de prohibición).

Pese a la relación que existe entre conocimiento o cognoscibilidad de la realización de los elementos del tipo y conocimiento del cuidado objetivamente debido —solo quien ha previsto la realización de los elementos del tipo puede conocer el cuidado objetivamente debido para evitar la lesión del bien jurídico—, 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.

Así, habrá 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.

Ej. 22.54: El ejemplo 8.13, en el que el conductor de la ambulancia ha previsto la posibilidad de que se produzca un resultado de lesiones como consecuencia de su forma de conducir —por mucho que esté amparado por un estado de necesidad—, es un caso de imprudencia consciente.

La imprudencia inconsciente se dará siempre que el sujeto no haya previsto, aunque hubiese podido prever, la realización del tipo, supuestos en que, por definición, el sujeto no habrá conocido —aunque hubiese podido conocer— que su conducta infringe el cuidado objetivamente debido (y, por extensión, tampoco habrá conocido —aunque hubiese podido conocer— la antijuridicidad de su conducta).

Ej. 22.55: El ejemplo 11.23, que ya hemos utilizado en diversas ocasiones, es un supuesto de imprudencia inconsciente.

2. IMPRUDENCIA Y ERROR DE PROHIBICIÓN

También de forma similar a los delitos dolosos, en los delitos imprudentes podrán darse errores de prohibición directos e indirectos.

2.1. Error de prohibición directo

Aquí podemos plantearnos diversos supuestos:

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

Ej. 22.56: Recordemos el ejemplo 22.53, en el que Pedro V. se equivoca sobre el deber de cuidado, lo que implica que interpreta erróneamente el alcance o el límite de la norma de cuidado que obliga a impedir el acceso a las obras.

2. El error sobre la propia existencia de la norma.

Ej. 22.57: Frederika, que acaba de llegar a España desde Chechenia, lleva a su hijo en su vehículo sin cinturón ni sillita de seguridad para bebés, pensando que la seguridad del bebé es una cuestión personal que solo incumbe a los padres y que no existe ninguna regulación al respecto. En un frenazo el niño sale disparado contra el asiento delantero y sufre unas lesiones.

2.2. Error de prohibición indirecto

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

a) El error sobre la propia existencia de una causa de justificación (suposición errónea de una causa inexistente).

Ej. 22.58: Jorge T. es dueño de un valioso libro que prestó a Casandra F. Creyendo que puede recuperarlo de cualquier modo y en cualquier momento, se presenta en el domicilio de esta y, ante su negativa a devolvérselo, la empuja para entrar en la vivienda. Como consecuencia del empujón Casandra F. cae al suelo, sufriendo lesiones que no necesitaron tratamiento médico o quirúrgico, pero si una primera asistencia facultativa.

b) 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.

Ej. 22.59: Raquel V., creyendo que está amparada por el derecho de corrección sobre sus hijos, le da una bofetada a su hija menor Laura G., de 7 años de edad, que se golpea contra el lavabo del cuarto de baño en el que se encontraban, sufriendo lesiones que requieren tratamiento médico y quirúrgico.

c) Error sobre los presupuestos que sirven de base a una causa de justificación: El sujeto desconoce que no concurren los presupuestos de la causa justificación, que él cree que se dan, realizando un delito imprudente al supuesto amparo de una causa de justificación.

Ej. 22.60: Recordemos el ejemplo 8.13 en el que una ambulancia, para trasladar urgentemente a un accidentado en peligro de muerte, circula a velocidad superior a la permitida e invadiendo el carril contrario, de forma que choca con otro vehículo que viene de frente y produce la muerte del conductor de este. Ahora supongamos que el conductor cree erróneamente que el enfermo está grave cuando en realidad no era así, de forma que el traslado no exigía la urgencia que justificaría saltarse las normas de cuidado en la conducción. Así, el conductor cree que concurren los elementos del estado de necesidad, que de haberse dado realmente habría justificado el homicidio imprudente, pero como no es así en realidad, el delito no está justificado, pudiendo invocar el sujeto un error de prohibición.

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

Ya hemos señalado que el conocimiento de lo 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, pues un análisis de las mismas puede traer como consecuencia que la conducta no sea reprochable. Nos tenemos que referir a las causas de exculpación, a los supuestos de no exigibilidad de obediencia a la norma.

Estamos ante el elemento más polémico (ROBLES PLANAS) en el estudio de la culpabilidad como categoría delictiva, tanto dentro como fuera de las concepciones normativas de la culpabilidad, pues hasta cierto punto podríamos decir, sin temor a exagerar, que el estado de necesidad exculpante —ejemplo por excelencia de la no exigibilidad de obediencia a la norma— ha sido el motor de la evolución de las concepciones sobre la culpabilidad.

Ej. 23.1: Para ilustrar los problemas del estado de necesidad exculpante podemos recurrir al ejemplo 17.10, en el que Eduardo R. M. y Juan Antonio J. U. naufragan frente a las costas de Tarifa cuando se dirigían a la cercana ciudad de Ceuta. Al comprobar que el único modo de salvar su vida es asirse a una tabla que allí flota y que la misma no puede aguantar el peso de los dos, Juan Antonio se abalanza sobre Eduardo y sumerge la cabeza de este hasta que finalmente fallece ahogado.

Tanto su íntima vinculación con el nacimiento de las concepciones normativas de la culpabilidad, como afirmaciones, bastante ciertas, que nos recuerdan que desde las aportaciones de FRANK y GOLDSCHMIDT no encontramos prácticamente nada nuevo en este ámbito (SILVA SÁNCHEZ), hacen que merezca la pena detenerse en su aparición y evolución en la categoría de la culpabilidad.

1. APARICIÓN DEL PENSAMIENTO DE LA NO EXIGIBILIDAD

Pese a que FRANK no se refirió como tal a la no exigibilidad, la introducción de las circunstancias en que se realiza la acción dentro de los elementos de la culpabilidad, esto es, su consideración como un elemento más de los que necesitamos para afirmar la reprochabilidad de una conducta, abrió la puerta a la introducción de consideraciones de inexigibilidad en la culpabilidad.

Tomando como punto de partida el lenguaje de la vida cotidiana —similar en este punto al de los Tribunales— llegará FRANK a dos conclusiones básicas para el concepto de culpabilidad. Por un lado, que las circunstancias que rodean la realización de la acción pertenecen al concepto de culpabilidad; por otro que, si esas circunstancias pueden disminuir la culpabilidad, también pueden excluirla.

Desde una perspectiva más técnico-jurídica, también GOLDSCHMIDT influyó considerablemente en el pensamiento de la no exigibilidad. Así, GOLDSCHMIDT cree que lo que hace reprochable a una conducta es la infracción de una norma de deber, que regula el comportamiento interno, y que se encuentra junto a la norma de derecho que regula el comportamiento externo. Igual que la norma de derecho conoce excepciones a su cumplimiento —las causas de justificación—, también lo hace la norma de deber. Y en las excepciones es donde aparece el estado de necesidad exculpante, que tiene su fundamento en un «*motivo subjetivamente predominante y (objetivamente) aprobado*», en una anormal motivación, en una situación de no

exigibilidad.

¿Cuál es la referencia material, la razón que permite tener en cuenta esos motivos subjetivamente predominantes y objetivamente aprobados, esas anormales motivaciones? GOLDSCHMIDT, anticipando una postura muy extendida, señala la debilidad humana (*humana fragilitas*) como lo que permite disculpar un hecho: Una obra de caridad jurídica, la benevolencia del ordenamiento jurídico legitima el efecto disculpante del estado de necesidad.

Un último dato: mientras FRANK creía que en los delitos dolosos las circunstancias acompañantes solo podían eximir de pena cuando lo había establecido expresamente el legislador, GOLDSCHMIDT, aludiendo al Tribunal Supremo alemán, admitía que podía aplicarse la disculpa más allá de los supuestos de estado de necesidad exculpante; para los delitos imprudentes ambos estaban de acuerdo en una aplicación no limitada a los supuestos legalmente establecidos.

Será el planteamiento de FREUDENTHAL, sin embargo, el que terminará desencadenando el debate. FREUDENTHAL también acude al lenguaje del pueblo y destaca su distancia con el lenguaje de los juristas, pues los juristas consideran culpable al que, en el lenguaje de los profanos, «*nada podía hacer*», a quien «*ha actuado como hubiese actuado cualquiera en su situación*», mientras que el pueblo lo considera inocente. En su opinión, 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 ésta 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*», superando el concepto de la opinión dominante —que califica de formal y vacío de contenido—.

Así, partiendo del concepto material de culpabilidad, defiende una aplicación supralegal de la no exigibilidad, no limitada a los supuestos expresamente previstos, tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes. Incluso señala, de forma crítica, que la regulación entonces existente era incompleta y tenía que llevar al castigo de inocentes —lo que supondría una vulneración del principio de culpabilidad—. Esto solo se evitaría a través de una concordancia con la concepción del pueblo que constituía su base y que «*rechaza encontrar culpable a quien, razonablemente, no había que exigirle la omisión de su acción*». Comenzará por tanto una fuerte polémica sobre la aplicación de

la no exigibilidad en los delitos dolosos de acción —los delitos imprudentes plantean menos problemas y de los delitos dolosos de omisión no se discutirá hasta los años cuarenta, sin que planteen entonces problemas—. Como también se dirá (SCHUMACHER), la cuestión es la clase de reproche que se quiere hacer a su autor, el origen del mismo.

2. LA POLÉMICA SOBRE LA NO EXIGIBILIDAD EN LA ALEMANIA DE LOS AÑOS TREINTA: EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE, ¿EJEMPLO O EXCEPCIÓN?

La intención de FREUDENTHAL de ir más allá de los supuestos regulados en los delitos dolosos de acción fue rápidamente criticada, diciéndose que estaba convirtiendo en regla lo que no era más que una excepción. Dicho de otro modo: la regulación del estado de necesidad exculpante no era la prueba de un concepto material de culpabilidad que giraba sobre la exigibilidad, sino una excepción a un concepto de culpabilidad cuyo núcleo era la capacidad del sujeto de actuar de conformidad con la norma por tener conciencia de la antijuridicidad.

Materialmente tenemos la polémica planteada: ¿exculpación por no poderse reprochar la conducta al autor o disculpa por razones de equidad, de benevolencia, por tener en cuenta la debilidad de la naturaleza humana?

Es así como se produce una fuerte discusión entre los autores que creen que la reprochabilidad debe determinarse atendiendo a las razones del sujeto para no omitir la conducta antijurídica —que admiten una aplicación supralegal, más allá de los casos contemplados en el Código, en los delitos dolosos de acción— y los que consideran que basta con tener —o poder tener, en su caso— conciencia de la antijuridicidad del comportamiento (razones para comportarse lícitamente).

Ahora bien, debemos tener en cuenta que la defensa de una aplicación supralegal en los delitos dolosos va unida a confusas afirmaciones sobre la imposibilidad del sujeto de obrar de otro modo, lo que posibilitará un rechazo dogmático a la inexigibilidad, pues se afirmará que, al menos en el estado de necesidad exculpante, estamos ante supuestos en que se puede obrar de otro modo. Si se puede obrar de otro modo, parece que, en principio, podría hacerse un reproche. Sin embargo, no es así; el legislador, sabiamente, tiene en cuenta la naturaleza humana y el instinto de autoconservación, disculpando estas

conductas que también realizaría el ciudadano medio o normal. A ello se unirá un rechazo radical, para los delitos dolosos de acción, por razones preventivas: una admisión general, no limitada a los casos previstos por el legislador, daría lugar a un debilitamiento de la estructura del ordenamiento, a su socavamiento y, en el fondo, al hundimiento del mismo, pues cualquier conflicto de intereses serio entre el ciudadano y el ordenamiento conllevaría la lesión del ordenamiento jurídico, algo que la doctrina no estaba dispuesta a admitir.

Finalmente se impondrá la postura que, en el fondo, ya había defendido FRANK: en los delitos dolosos de acción solo puede aplicarse la exculpación —que es ya más bien disculpa (perdón de una culpabilidad existente)— en los casos en que así lo ha decidido el legislador —por mucho que se critique la estricta regulación del estado de necesidad en el Código penal alemán—, mientras que en los delitos imprudentes y en los delitos omisivos puede aplicarse en supuestos no previstos expresamente.

No resulta difícil ver el cambio que se ha producido desde perspectivas materiales: de una imposibilidad de reprochar, una ausencia de culpabilidad, una exculpación que proviene, en el fondo, de que se comprende la actuación del sujeto por las circunstancias en las que se encontraba (enfoque del lenguaje ordinario), a una disculpa que se basa en la benevolencia, en la indulgencia legislativa ante la debilidad humana.

3. LA DESVINCULACIÓN DE LA NO EXIGIBILIDAD DEL CONCEPTO MATERIAL Y DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LOS AÑOS CINCUENTA

Tras la segunda guerra mundial la situación será, en un primer momento, la que acabamos de ver: se rechaza la no exigibilidad como causa supralegal de exculpación para los delitos dolosos de acción y se admite su aplicación más amplia, fuera de los supuestos regulados, en los delitos imprudentes y en los delitos omisivos. De hecho, no existe ya debate sobre la misma. Sin embargo, los años cincuenta serán decisivos para la no exigibilidad pues, con absoluta independencia entre sí, aparecerán dos planteamientos que suponen, prácticamente, la desaparición de la misma del debate sobre el concepto material de culpabilidad. Nos estamos refiriendo a los trabajos de Armin KAUFMANN Y HENKEL, de gran importancia para la no exigibilidad.

3.1. Armin KAUFMANN y el concepto material de culpabilidad

Los trabajos de Armin KAUFMANN suponen la desvinculación definitiva de la exigibilidad y el concepto material de culpabilidad; la no exigibilidad no tiene nada que ver con el principio de culpabilidad, no es una consecuencia del mismo. El principio de culpabilidad solo exige que el sujeto pueda motivarse, en el caso concreto, 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 ambos casos se trata de requisitos referidos al caso concreto, de capacidades *ad hoc*, rompiendo así el esquema de la imputabilidad como capacidad general y el error de prohibición y el estado de necesidad exculpante como causas que excluyen la reprochabilidad —dado que sería esta la que pertenecería al caso concreto, al hecho realmente cometido—.

En los casos de estado de necesidad se puede actuar de otro modo, como demuestra el castigo de las personas con deberes especiales por su oficio o cargo o de quienes han provocado la situación. Si se puede actuar de otro modo, existe culpabilidad, el hecho es reprochable.

¿Cómo legitimar entonces la impunidad en estos casos? Armin KAUFMANN señala que en el estado de necesidad tenemos un menor desvalor del hecho, un menor contenido de lo injusto de la conducta —al fin y al cabo la conducta antijurídica tiende a la salvación de un bien jurídico— y una menor capacidad de actuación conforme a la norma, por la presión motivacional que provoca el peligro para bienes como la vida y la integridad física o de un pariente —restricción de la capacidad que, de todos modos, se presume—. La culpabilidad, por tanto, se ve doblemente disminuida: por un menor injusto y por la restricción de la capacidad de actuar conforme a la norma. Esta doble disminución hace que la culpabilidad existente sea muy escasa y, por tanto, que el legislador la perdone. Los tradicionales casos de no exigibilidad son causas fácticas de disculpa; el legislador no quiere realizar el reproche que podría hacer, perdona o disculpa una culpabilidad, existente de todas formas, pero de menor gravedad.

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

Si los trabajos de Armin KAUFMANN vienen de su reflexión sobre el concepto material de culpabilidad, el planteamiento de HENKEL, pese a terminar también rompiendo la relación entre exigibilidad y concepto

material de culpabilidad, tiene carácter metodológico. Así, estudia la exigibilidad en el ordenamiento jurídico en general y llega a la conclusión de que no estamos ante un principio normativo, apto, por tanto, para la resolución de casos concretos por su propio contenido, sino ante un principio regulativo, sin contenido decisorio concreto, pues se limita a remitirnos a las circunstancias del caso concreto. Un principio regulativo no decide, sino que da una directriz para atender a las circunstancias del caso concreto, de la mano de las que se resolverá. Así, se utiliza siempre que existan límites dudosos de derechos y deberes y, por tanto, en todas las categorías del delito.

El mismo se utiliza en la tipicidad (para determinar los límites del encubrimiento; las alusiones a la falta de riesgo propio o de terceros en los delitos de omisión; para la determinación del cuidado objetivamente debido en los delitos imprudentes), en la antijuridicidad (la determinación de la necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa) y en la culpabilidad (en la determinación de la vencibilidad del error de prohibición), mas, desde luego, es completamente inapropiado como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad.

4. SITUACIÓN ACTUAL

Si bien resulta claro que la exigibilidad no tiene la importancia que alcanzó en su momento —algo que, por lo demás, solo ocurrió durante una década—, resulta curioso constatar que no sabemos si resulta prescindible o si, por el contrario, se utiliza más que nunca (SCHÜNEMANN).

Por un lado, es cierto que cuestiones que anteriormente se resolvían aludiendo a la no exigibilidad hoy se incardinan en otros institutos —especialmente en los delitos de omisión (ROXIN)—. junto con la posibilidad abierta por HENKEL de utilizar consideraciones de no exigibilidad en distintas categorías del delito, hace que aparezcan reflexiones sobre la misma con relativa frecuencia. Por supuesto, que la exigibilidad al modo de HENKEL y la exigibilidad de las concepciones normativas poco tienen que ver es algo que apenas debería destacarse.

En cualquier caso, la situación actual puede ser descrita con relativa sencillez.

Así, se descarta, en los delitos dolosos de acción, la existencia de una causa general supralegal de exculpación, esto es, la aplicación de la inexigibilidad fuera de los supuestos que regula un determinado

Código (CEREZO MIR, DÍEZ RIPOLLÉS, ROXIN, JESCHECK, MIR PUIG).

En este sentido, se limita a ser considerada el fundamento de algunas eximentes, sin que ello suponga, necesariamente, que exista un mínimo acuerdo en su comprensión.

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

Esto es, si bien resulta fácil encontrar autores que defienden esta aplicación, más allá de las eximentes reguladas, en los delitos imprudentes y de omisión (CEREZO MIR, WELZEL, ROXIN, STRATENWERTH), cada vez es más frecuente encontrar posturas que rechazan la posibilidad de aplicación asimétrica, de modo que las consideraciones de inexigibilidad solo se podrían tener en cuenta en los supuestos recogidos por el legislador (DÍEZ RIPOLLÉS, SAINZ CANTERO, MAIWALD, MAURACH, JAKOBS, que admite que podría existir una causa supralegal pero la considera innecesaria).

5. TOMA DE POSTURA

Aquí partimos de un concepto de culpabilidad en el que la exigibilidad es considerada elemento central, por razones materiales, en la determinación de la reprochabilidad, lo que, en principio, nos llevaría a defender la posibilidad de aplicar una causa general supralegal de no exigibilidad en todos los delitos. Las consideraciones derivadas del concepto material de culpabilidad primarían sobre la regulación. Sin embargo, no resulta fácil plantear supuestos en que sea necesaria una causa supralegal de exculpación si realmente se quiere dotar de unos mínimos límites al concepto de inexigibilidad.

Como dice ROXIN, podría ser suficiente aceptar, en grupos de casos perfectamente delimitados y en cauteloso desarrollo progresivo del Derecho, una causa de exclusión de la responsabilidad (en nuestra terminología sería una causa de exclusión de la culpabilidad, una causa de exculpación), que no tendría carácter supralegal (refiriéndose al autor por motivos de conciencia y a la desobediencia civil, donde acude a la Ley fundamental alemana). También STRATENWERTH considera posible una aplicación analógica, caso por caso, rechazando por tanto una causa general supralegal. Esta es la línea que compartimos.

No olvidemos que la polémica nació en Alemania por la estricta regulación del estado de necesidad en su Código penal de 1871 (arts. 52 y 54). Este, sin embargo, no es el caso en el Código penal español donde se produce todo lo contrario, realizándose interpretaciones

restrictivas del estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales; interpretaciones restrictivas que no compartimos.

Deberíamos preguntarnos, por tanto, si no es suficiente, en delitos dolosos de acción, delitos imprudentes de acción y delitos omisivos, con el estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable y el arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

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

1) Comunidades de peligro

Supuestos en que a varias personas o a un grupo de ellas les amenaza ya un peligro (muerte, por ejemplo), de forma que se sacrifica a una o a varias en cuanto es el único medio de salvar a los demás.

Ej. 23.2: El 1 de septiembre de 1939 Hitler dictó una Orden para que los establecimientos psiquiátricos informaran sobre las características de la enfermedad y, sobre todo, sobre la capacidad de trabajo de las personas allí recluidas. Con esas informaciones se crearon, en 1940, unas listas de personas que debían ser aniquiladas, ordenando a los establecimientos psiquiátricos que preparasen el traslado de estos enfermos a otros centros donde serían ejecutados. Una comisión examinó las listas; dos psiquiatras que formaban parte de las mismas procuraron tachar tantos nombres como les fue posible. De todos modos, colaboraron en el transporte de los enfermos que quedaron en las listas. Pese a los graves conflictos de conciencia que les creaba, decidieron colaborar en la acción de aniquilamiento para salvar el mayor número posible de enfermos.

2) 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 de supervivencia.

Ej. 23.3: El caso del guardagujas: un vagón de mercancías se dirige a una estación donde se encuentra estacionado un tren de pasajeros. Si se produce la colisión, habrá un gran número de personas que morirán, sufrirán graves lesiones, etc. En una vía fuera de servicio se encuentran tres trabajadores descargando otro vagón. El empleado desvía el vagón de mercancías evitando el choque con el tren de pasajeros pero produciendo la muerte de los tres trabajadores.

Ej. 23.4: **A**, **B** y **C** están utilizando unas máquinas de cuidados intensivos en el hospital. Tras un accidente, llegan al hospital **X**, **Y** y **Z**, gravemente heridos. El responsable del servicio, tras consultar con dos colegas, decide colocar a **X** en la máquina que está utilizando **A**, pues, pese a la gravedad de las heridas de **X**, tiene más posibilidades de sobrevivir que **A** —especialmente si es conectado al aparato—, que tiene escasas posibilidades incluso con los cuidados de la máquina. **A** muere.

Tanto los supuestos de elección del mal menor, como los casos de comunidad de peligro (para estos, expresamente, ORTIZ DE URBINA), tendrían acomodo en el art. 20.5 CP. El problema, en todo caso, radicaría en que los bienes afectados no eran propios ni de parientes o allegados, de forma que resulta difícil ver la restricción de la capacidad de actuar conforme a la norma que se considera necesario que se sume al menor contenido de ilícito. Ahora bien, estamos ante un requisito exigido doctrinalmente, sobre el que el Código no dice nada. La interpretación que se haga del Código penal español podría hacer innecesario cualquier recurso a una causa suprallegal para estos supuestos.

3) Delitos de omisión

Que las cláusulas que se refieren a la ausencia de riesgo propio o de terceros en los delitos de omisión aludan —al menos exclusivamente— a consideraciones de inexigibilidad como cuestión de culpabilidad es sumamente discutible. De hecho, como señalamos en la lección 12, las consideramos cláusulas de delimitación de lo injusto específico, ajenas, como tales, a consideraciones de inexigibilidad.

Otro tipo de afirmaciones generales, como que, dado que los deberes de acción resultan de cumplimiento más difícil que los de omisión, la infracción del primero —la realización de un delito de omisión— es menos grave que la del correspondiente delito de acción, resultan discutibles más allá de su generalidad, sin que la diferente gravedad tenga que deberse a una menor exigibilidad. Si, más allá de ello, lo que quiere decirse es que una menor gravedad hace que parezca más difícil reprochar las conductas, se trata de una afirmación que, como tal, está sin demostrar. Si no se dan argumentos para ello, no parece necesario admitir una mayor aplicación del pensamiento de la no exigibilidad en los delitos de omisión. En cualquier caso, si se produjese una tipificación expresa y limitada de los delitos susceptibles de comisión por omisión, como piden amplios sectores de la doctrina, el argumento general perdería mucho peso, pues se trataría de supuestos legalmente determinados, escogidos expresamente por el legislador, en los que podría resultar sumamente discutible limitar la

punibilidad más allá de lo decidido por el legislador. En definitiva, no se trata de un rechazo radical, pero sí de exigir prudencia.

4) Delitos imprudentes

En Alemania, una vez más, la distinta aplicación en los delitos imprudentes se utiliza, por ejemplo, para aplicar el estado de necesidad exculpante más allá de los casos en que lo admite su regulación (el art. 35 del vigente Código penal alemán). Ahora bien, en España vuelve a ser innecesario este proceder, pues nuestro Código no contiene limitación de bienes jurídicos susceptibles de dar lugar a estado de necesidad exculpante.

En todo caso, se pide que se conserve la no exigibilidad para los supuestos en que el autor está cerca de la incapacidad (subjetiva), esto es, supuestos en que no es que le resulte imposible otro comportamiento, pero sí le resulta muy difícil.

Ej. 23.5: A Patricia V. le dan la noticia de que su marido Roberto L. ha sufrido un grave accidente, de modo que se dirige a toda prisa al lugar del mismo, olvidando apagar la plancha y provocando un incendio.

Resulta, sin embargo, discutible, que Patricia V. deba quedar exenta de pena, al menos en el Código penal español. Se trataría de un caso de arrebató, que no parece que alcance la intensidad para constituir una anomalía o alteración psíquica, por lo que quedaría en el marco de la atenuante ordinaria. Y aquí no creemos poder sustituir la decisión del legislador. Este ha considerado que, incluso atendiendo a las razones de Patricia (el delito se produce por la rapidez con que abandona su hogar para ir donde se encuentra su marido accidentado), la conducta es censurable, aunque en menor medida. Tampoco hay muchas razones para estar en desacuerdo con esa decisión del legislador.

Por último, se suele hacer referencia a la impunidad de las infracciones mínimas del cuidado debido, de lo que le podría ocurrir a cualquiera, pues a una persona no se le puede exigir la precisión de una máquina a lo largo de toda la vida. La idea básica nos parece perfectamente compartible. Ahora bien, no olvidemos que, en muchas ocasiones, el legislador solo castiga los casos de imprudencia grave, por lo que las infracciones mínimas del cuidado objetivamente debido habrán quedado ya excluidas del reproche por no alcanzar el nivel de injusto que el legislador penal quiere evitar. Esta idea se ha visto reforzada por la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en cuanto exige siempre, para que pueda haber responsabilidad penal,

imprudencia menos grave, lo que supone que solo una parte de la anterior imprudencia leve (los supuestos más graves de la misma) será ahora penalmente relevante.

En cualquier caso, la inexigibilidad es el lugar en el que tenemos en cuenta las razones del sujeto que actúa antijurídicamente. De ahí que lo relevante sea el desvalor del hecho, que no implica necesariamente un menor contenido de injusto —que podrá darse o no—. Si nos fijamos en los ejemplos que hemos expuesto, el denominador común es que la conducta siempre nos parece que no es reprochable, pero, al mismo tiempo, parece que no tenía sentido hacer otra cosa. Es decir, no es que no se pudiese hacer otra cosa, que probablemente se podría, sino que no le vemos sentido a una conducta que no sea la antijurídica o, en cualquier caso, parece obvio que se realice la conducta antijurídica.

Pensemos en el ejemplo de la mujer que acude al lugar del accidente. Si le preguntásemos por qué se produjo el incendio resulta claro que nos diría que salió con prisa y olvidó apagar la plancha. Ante nuestra desazón, no sería difícil que nos preguntase ¿y qué querías que hiciera? La respuesta lógica sería: calmarte, apagar la plancha, cerciorarte de que no había otros peligros y marcharte al lugar del accidente. Como decimos, esta sería la respuesta lógica, ante la que es posible que recibiésemos miradas de sorpresa, ironía o enfado por parte de la implicada. Parece que si a uno le informan de un accidente de un ser querido tiene que acudir a dicho lugar —aunque, como tal, no vaya a hacer nada—. Siempre que no se hayan producido consecuencias muy graves, la valoración de la conducta es la misma: desaprobamos lo ocurrido, pero no se lo podemos reprochar, dado que es, prácticamente, lo que tenía que hacer (es lo que hacen las personas normales). Si ello es así, parece difícil realizar un reproche. Sin embargo, como hemos señalado, el acudir al lugar del accidente, como tal, no cambia nada en la situación —el marido sigue igual de accidentado—. Ello diferencia claramente estos supuestos de los de estado de necesidad, razón que podría legitimar su distinto trato penológico.

Si seguimos intentando explicar lo que ocurre en estos casos podemos preguntarnos por qué parece difícil realizar un reproche. En nuestra opinión se trata de que atendemos al autor como sujeto situado en un determinado mundo social, con unas determinadas relaciones interpersonales e intersubjetivas, esto es, lo consideramos un «tú» (alguien cualitativamente distinto a nosotros; es por supuesto, como nosotros —es otro yo—, pero es algo más, de ahí que digamos

que es un «tú», en cuanto cualitativamente diverso). La cuestión será delimitar, normativamente, las cualidades de ese «tú» frente a nuestro «yo» —se trata de una cuestión cualitativa y no cuantitativa—. En este sentido tampoco debemos olvidar que cuándo debemos sentir una determinada emoción y, en consecuencia, actuar con base en la misma, es una cuestión determinada con arreglo a criterios sociales, criterios sociales que parten, claro está, de nuestra autocomprensión como sujetos (y nuestra relación con el mundo circundante).

De ahí que, como ya dijimos, la atención al individuo como criterio normativo rector en la culpabilidad, que se manifestará especialmente en las cuestiones de exigibilidad, pueda clarificar, materialmente, las razones de la impunidad. Como señala TASLITZ, *«el respeto por la igualdad fundamental de todas las personas requiere, quizá paradójicamente, concebir a cada persona como única»*.

De todas formas, debemos insistir en que es el legislador el que desarrolla esta idea rectora o directriz, de manera que solo por vía de analogía podremos aceptar exclusiones de la culpabilidad no previstas expresamente, por supuesto solo si no aceptamos la postura que rechaza que en nuestro Código penal puedan crearse eximentes por analogía.

II. INEXIGIBILIDAD Y ESTADO DE NECESIDAD. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Hemos señalado que la situación en Alemania y en nuestro país era radicalmente distinta, de modo que muchos problemas provienen de la concreta regulación de cada país.

En lo que se refiere al estado de necesidad exculpante, lo único que se puede decir es que se suele considerar extremadamente amplio por quienes lo conciben como una causa de exclusión de la culpabilidad, proponiendo interpretaciones restrictivas. También quienes lo consideran una causa de justificación utilizan como argumento, en el fondo, que su regulación no casa con la tradicional comprensión de las causas de exculpación o, dicho de otro modo, que es demasiado amplio para situarse en la culpabilidad, de modo que lo trasladan a la antijuridicidad sin que haya mayor problema.

Debido al número creciente de autores que, por una vía u otra, aceptan que el estado de necesidad del art. 20.5 CP es siempre una causa de justificación, no parece que los resultados prácticos vayan a hacer temblar los cimientos del ordenamiento. Dicho de otra forma: una exención de pena en caso de conflicto de intereses iguales es perfectamente asumible. Ahora bien, ¿por qué no en la culpabilidad?

Insistimos una vez más en que la posibilidad de comprender la antijuridicidad y la posibilidad de obrar conforme a este conocimiento

nos permiten censurar la conducta al sujeto, excepto en los casos en que la conducta no resulta, curiosamente, censurable. Ya hemos señalado también que la vinculación de los intereses a un sujeto y la legitimidad que otorgamos a ello (es decir, nuestro reconocimiento de nosotros mismos con intereses y relaciones que «nos» constituyen) explica perfectamente los supuestos de estado de necesidad propio, de parientes y allegados. Habría, pues, varios problemas:

1) Qué ocurre cuando no son intereses personalísimos

El mayor problema de la regulación española para considerar el art. 20.5 CP como una causa de exculpación cuando los intereses son iguales es que no contiene limitaciones de bienes jurídicos. Ahora bien, las limitaciones que se piden tienen una indudable base normativa: tradicionalmente se quería limitar a la vida, la integridad física y la libertad, en cuanto serían los únicos bienes que eliminarían la posibilidad de actuar de acuerdo con la norma o, mejor, en cuanto serían los únicos casos en los que la debilidad humana merecería consideración por la ley. Modernamente se sigue en esta línea de vinculación de bienes y capacidad (CEREZO MIR, DÍEZ RIPOLLÉS), incluso en planteamientos de alto carácter normativo (MARTÍN LORENZO y la persona deliberativa).

En nuestra opinión, tenemos, valorativamente, otra forma de abordar el problema. En una sociedad democrática y pluralista, resulta difícil definir al sujeto penalmente relevante a través de bienes jurídicos. Así, nadie duda de la capital importancia de bienes jurídicos como la vida, la integridad (física y mental) o la libertad (deambulatoria). Pero no hay un criterio convincente de delimitación. Así, se alude a la posible importancia existencial del patrimonio o de las decisiones de conciencia..., empezando con los problemas de la analogía. En nuestra opinión el art. 20.5 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, desvinculado el problema de una restricción de la capacidad (que, además, en caso de darse no aporta nada a la resolución del conflicto), la base normativa queda al descubierto: 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 cuáles sean. No es cuestión del ordenamiento ver qué elementos en concreto privilegia cada ciudadano, bastando con que sea un conflicto irresoluble de otro modo y con males iguales. La ponderación de intereses puede tener en cuenta, aquí, todos los elementos relevantes.

2) ¿Qué ocurre cuando, como tal, 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, del sujeto finito y concreto, sigue teniendo capacidad de legitimación. ¿Qué contestaríamos si quien ha actuado en una situación de comunidad de peligro o ha elegido el mal menor nos preguntase qué hubiésemos hecho nosotros? No creo que se dijese, mayoritariamente: «*nada, contemplar cómo morían todos*». 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 finito, con sentimientos y capacidades limitadas, no es una mera máquina que combina principios, bienes, derechos, etc. Esto no quiere decir que, sin más, exista exculpación, pero, desde luego, no puede denegarse *a priori*.

Distintos podrían ser los supuestos de tortura, pues la gravedad del acto podría legitimar que, en este caso, ni siquiera condiciones individuales pudiesen desactivar el reproche. Esto es, también un individuo que vive en comunidad comprende que existen límites intangibles, absolutos.

3) Auxilio necesario

La falta de limitación de sujetos que puedan verse afectados por el estado de necesidad y, por tanto, la amplitud del auxilio necesario, también se ha visto como un inconveniente para la exculpación. No estamos de acuerdo. Habrá que analizar caso por caso y eso posibilitará la decisión. Cualquiera puede intervenir, es cierto, pero las razones que aporte para su intervención serán las que valorativamente decidan la relevancia de su conducta.

4) Cómo explicar los supuestos de error sobre los elementos de una causa de exculpación

Nos encontramos ante el punto más problemático en el Código penal español, pues no existe regulación de estos supuestos. Si en el miedo insuperable el problema se supera fácilmente —la representación errónea de un mal podrá dar lugar a la eximente siempre que sea razonable—, en el estado de necesidad exculpante no es así. Sin embargo, la *analogía iuris* [Supone que el intérprete acude a varias normas jurídicas para, de su conjunto, extraer los principios aplicables al supuesto de aplicación. En la analogía el intérprete descubre una norma no formulada. La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella.] quizá pueda ayudarnos. Dado que el fundamento de varias eximentes (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, encubrimiento de parientes)

es la no exigibilidad, que hace que la conducta no sea reprochable, podemos preguntarnos si la conducta realizada en error sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante es reprochable o no. La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma.

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**, sin embargo, la reprochabilidad varía, pues se produce la lesión de un bien jurídico que se podía haber evitado. Así, la medida en que el error sea vencible nos va a permitir valorar la conducta. Cuanto más fácilmente vencible sea el error, mayor reprochabilidad de la conducta antijurídica, y a la inversa. Ahora bien, 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 (el delito cometido en estado de necesidad exculpante puede ser tanto un delito doloso como un delito imprudente, pues la concurrencia del estado de necesidad no afecta a la tipicidad de la conducta), no parece que el error pueda hacerlo, de forma que, aunque la infracción fuese dolosa hubiese que acudir a la pena del delito imprudente (si lo hubiese) — esto es, que la concurrencia de un error sobre los presupuestos de una causa de exculpación hiciese que un delito doloso tuviese que castigarse con la pena de un delito imprudente—. Si ya rechazábamos esta posibilidad a propósito del error de prohibición —véase lección 22 donde rechazamos tanto la teoría del dolo como la teoría de la culpabilidad restringida—, con más razón lo haremos aquí. El marco penal del que se partirá será, por tanto, 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. Este régimen lo deducimos de que es lo preceptuado legalmente para el error sobre las circunstancias que sirven a una causa de justificación —que es una eximente— y para las eximentes incompletas, de forma que la analogía parece lógica.

III. EL MIEDO INSUPERABLE

Esta eximente se encuentra regulada en el apartado 6º del art. 20 del Código penal.

Como nos recuerda MOLINA FERNÁNDEZ, es una eximente con una larga tradición en nuestro Derecho que, además, no suele

aparecer como tal en el Derecho comparado —pese a que en su aplicación práctica podamos encontrar relación con eximentes de otros ordenamientos, como sería el caso de la *duress* (coacción) del ámbito angloamericano—.

1. EL PROBLEMA DE SU NATURALEZA JURÍDICA

Mayoritariamente se considera que es una causa de exculpación basada en el principio de inexigibilidad de obediencia a la norma, pero existen otras fundamentaciones, que debemos exponer brevemente.

1.1. Causa de inimputabilidad

El Tribunal Supremo en algunas sentencias, cada vez menos frecuentes (véanse, de todos modos, las SSTs de 24/02/2000 y 30/09/2002) y algunos autores (QUINTANO RIPOLLÉS, RODRÍGUEZ RAMOS) han sostenido que se trata de una causa de inimputabilidad. Lo relevante en estos supuestos sería que 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.

Sin embargo, como ya sostenía ANTÓN ONECA, esto supondría convertir a la eximente en superflua, pues solo podría eximir de responsabilidad «el terror que enloquece», de manera que ya estaría comprendida en la anomalía o alteración psíquica del art. 20.1 CP y resultaría completamente inútil.

1.2. Causa de justificación

De acuerdo con su criterio de distinción entre antijuridicidad (lo que el legislador quiere prohibir) y culpabilidad (lo que el legislador puede evitar a través de la pena), GIMBERNAT considera que estamos ante una causa de justificación.

En su momento ya señalamos que el criterio general no era aceptable —véase lección 17—. Incluso se ha dicho (CEREZO MIR) que precisamente el miedo insuperable podría ser uno de los supuestos en los que la pena habría perdido su eficacia intimidante, de modo que la argumentación de GIMBERNAT tendría todavía menos apoyo.

Además, dado que el mal que se causa puede ser mayor o igual que el que amenaza, o incluso menor, pero siempre se causa existiendo otras vías posibles (y menos lesivas) de solución del conflicto —de lo contrario estaríamos ante un estado de necesidad—, no se ven razones para considerar la conducta lícita, con las repercusiones que ello tiene.

1.3. Causa de inculpabilidad o exculpación

Como decimos, corresponde a la postura doctrinalmente mayoritaria, encontrándose también jurisprudencia en este sentido (SSTs de

24/10/2000 y de 09/04/2001). 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, al haber desaparecido cualquier referencia a una posible proporcionalidad entre el mal amenazante y el mal causado por la conducta, la eximente solo exige que el autor obre impulsado por miedo insuperable. De esta forma, son tres los elementos de la eximente.

2.1. Miedo

Se trata de una de las emociones básicas del ser humano, lo que, sin embargo, no legitima que sea tenida en cuenta por el legislador. Su carácter menos agresivo que otras emociones, como la ira o el odio, tampoco es suficiente para su consideración por el ordenamiento. Como bien se ha señalado, si el miedo se tiene en cuenta como eximente es por su carácter valioso como reacción en un contexto (MARTÍN LORENZO). La conducta que se realiza impulsada por el miedo es una respuesta a un contexto coactivo y esto es lo que nos permite no desaprobársela penalmente (no considerarla reprochable). De ahí, sin embargo, que haya que concretar más sus presupuestos.

A tenor de lo que acabamos de exponer resulta claro que para determinar cuándo el miedo es relevante debemos ocuparnos, en primer lugar, 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, pese a que la redacción no diga nada, se trata del miedo que se producirá como reacción a la amenaza de un mal, mal externo —real o no—, pero que no puede vincularse a trastornos del sujeto, dado que en este caso se desdibujaría su diferencia con algunas de las causas que excluyen la imputabilidad, como las alteraciones o anomalías psíquicas.

Ej. 23.6: Felipe H. V. sufre un trastorno de ansiedad generalizado. Una mañana, al desplazarse en su coche al trabajo, comienza a sentir síntomas de una crisis de ansiedad (mareos, dificultades respiratorias, fuertes dolores musculares), pensando que va a sufrir un accidente de tráfico. Antes de que pueda detener su vehículo choca con el que le precede causando

lesiones leves a Marisa X., conductora de aquel. Como puede verse, en este caso no se trata de la existencia de un mal que amenace con producirse, ni siquiera de la representación errónea del mismo, sino del mero sentimiento subjetivo de que puede darse, unido un trastorno psicológico. La solución no debe venir por el miedo insuperable, sino por la vía de la anomalía o alteración psíquica.

2.1.1. Características del mal amenazante

a) Mal jurídicamente desaprobado

Se requiere de forma constante por el Tribunal Supremo, si bien la doctrina discute sobre esta necesidad del carácter ilícito del mal. Si el mal no amenaza un interés protegido por el Derecho, o si se trata de una lesión legitimada por el propio Derecho, no podrá acudirse a la eximente.

Ej. 23.7: Recordemos el ejemplo 17.6, en el que Antonio B. R., miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado golpea con su porra a Agustín V. S. que participa en una concentración no autorizada, causándole lesiones leves. La posibilidad de ser golpeado por Antonio como consecuencia del cumplimiento de su deber no daría lugar a un mal en el sentido ahora relevante, de modo que Agustín no podría apelar al miedo insuperable para quedar exento de pena si agrediera a Antonio B. R.

b) Mal real

No cabe duda para los tribunales que el mal tiene que ser real, mientras que la doctrina admite los supuestos de mal imaginario. Pese a la unanimidad doctrinal en su aceptación, ya no se da la misma respecto a las consecuencias de la admisión del mal imaginario. El carácter imaginario del mal es irrelevante. Dado el carácter de causa de inexigibilidad centrada en el miedo no resulta criticable, pues lo importante es la existencia de miedo —insuperable—, con el límite de que el miedo provenga de una amenaza externa (para distinguirlo de los supuestos de patología). En todo caso podría aceptarse como límite, dado que repercutiría en la valoración de la actuación impulsada por el miedo, que la creencia en la existencia del mal amenazante fuese «razonable» (VARONA GÓMEZ).

Ej. 23.8: Mariano W. se encuentra tomando una cerveza en la terraza de un parque de su ciudad cuando observa como un perro de una raza peligrosa se dirige corriendo y ladrando hacia

donde se encuentra él. Mariano, huyendo del perro, quiere entrar en la zona cerrada de bar, para lo que no duda en empujar a Pepe X., causándole lesiones leves. En realidad, el perro se dirigía hacia uno de sus dueños, situado cerca de la terraza.

Igualmente, es importante tener en cuenta que no es necesario que el mal proceda de la actuación de una persona, sino que puede proceder, por ejemplo, de causas naturales.

Ej. 23.9: Francisco P. vive junto al río en un pequeño pueblo. Tras dos días intensos de lluvia, el río se desborda y las aguas se acercan a su casa. Atemorizado por la posibilidad de quedar aislado, Francisco se apropia del vehículo todo terreno de su vecino Pablo Z., para salir de allí, pese a que otros vecinos le comentaban que no había peligro.

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, dado que se trata de exigencias distintas. Así, 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

Ej. 23.10: A Facundo. F., de nacionalidad colombiana, le amenazan las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia con matar a sus cuatro hijos si no viaja a España para introducir un cargamento de droga. Facundo es detenido en el aeropuerto de Barajas. En este caso la producción del mal (la muerte de sus hijos) no se va a producir en el instante en que es amenazado con ella, sino posteriormente, pero, en cualquier caso, lo que no puede demorarse es la actuación que realizará motivado por el miedo insuperable (el delito de tráfico de drogas).

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 (recordemos que el miedo es extraordinariamente graduable, variable). Sin embargo, igual que no cualquier miedo exime, tampoco hemos de realizar una interpretación literal que llevaría a que realmente no hubiese forma de superar el miedo, pues en este caso no haría falta la eximente (la parálisis que provocaría el miedo podría dar lugar a un supuesto de ausencia de acción o, superado ese nivel del delito, a la aplicación de una causa de

inimputabilidad).

De esta forma, se señala que debe tratarse de un miedo tal que no se pueda exigir un comportamiento conforme a la norma. ¿Cómo determinar esta insuperabilidad del miedo?

2.2.1. *La insuperabilidad del miedo según el Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo ha exigido en algunas ocasiones una parálisis en el sujeto, esto es, ha considerado que si se producía una reacción por parte del sujeto, es que el miedo no era insuperable. Ya ANTON ONECA rechazó, con razón, esta tendencia, pues, por un lado, aplicado en sentido literal supondría que solo podría estimarse la eximente en los delitos de omisión, cuando el sujeto quedase paralizado por el terror y, por tanto, omitiese, limitación que carece de sentido y, por otro, supondría que la eximente sería, de nuevo, superflua (ausencia de acción o inimputabilidad).

2.2.2. *Criterio subjetivo*

A tenor de esta comprensión, lo relevante serán las características individuales del sujeto. Deberían tenerse en cuenta únicamente la concreta situación anímica y social del afectado, en definitiva, su edad, sexo, personalidad, formación, experiencia, profesión, etc.

2.2.3. *Criterio objetivo*

En muchas ocasiones se hace referencia a que debe tenerse en cuenta cómo actuaría un hombre medio (u otra personificación ideal), lo que hasta cierto punto plantea el problema de aplicar a un sujeto lo que se deduce para otro. No podemos olvidar que 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, huyendo de concepciones extremas, de los hombres valerosos y de las personas miedosas o pusilánimes (STS 13/12/2006).

2.2.4. *Criterio mixto*

Resulta difícil, en ocasiones, distinguirlo del anterior, en cuanto quiere tener en cuenta las circunstancias del sujeto pero en su relevancia para una personificación ideal. Esto es, quiere alejarse del criterio subjetivo, pero sin olvidar, en modo alguno, que se trata de una cuestión de culpabilidad y, por tanto, que no puede acudir, sin más, al hombre medio (que solo resulta un Instrumento metodológico para evitar la exención en casos en que no se considera que deba hacerse, como la persona especialmente miedosa o pusilánime). Así, se utiliza al hombre medio pero en las circunstancias concurrentes (STS 30/04/2008). Se trata del criterio mayoritariamente defendido en la

doctrina, que también consideramos correcto.

Si recordamos que estamos ante una causa de inexigibilidad, el problema de la superabilidad o insuperabilidad del miedo se convierte en la cuestión de si resulta reprochable la acción realizada; de ahí que es esta perspectiva valorativa la que nos debe guiar, conduciendo a la absolución siempre que haya una cierta proporción entre el mal amenazante y la actuación. Nos referimos a la actuación y no a las consecuencias de la misma, esto es, lo importante no es si se produce un mal proporcional al mal amenazante, en absoluto, sino si, dado el mal amenazante, era razonable actuar (aproximándonos a lo defendido por VARONA GÓMEZ); siempre que sea así, el miedo tendrá la consideración de insuperable.

2.3. Obrar impulsado por el miedo insuperable

Para satisfacer este requisito la jurisprudencia exige, de modo constante, que el miedo sea la única causa del hecho, lo que provoca que no aplique la eximente en supuestos de riña libre y mutuamente aceptada (STS 02/12/2005) o cuando en la conducta del sujeto se pueden apreciar también venganza, ira u odio (SSTS 24/10/2000, 11/04/2002 y 06/02/2003).

Debemos rechazar 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. Así, podrá concurrir con otras motivaciones, con otros motivos (ira, venganza), siempre y cuando el miedo sea la razón determinante, el motivo preponderante.

3. MIEDO INSUPERABLE Y LEGÍTIMA DEFENSA

Como señalamos en su momento, 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 de que se le aplique únicamente la eximente incompleta de legítima defensa.

Ej. 23.11: Recordemos el ejemplo 17.7 en el que, para recobrar su libertad, Carolina M. M. golpea en la cabeza, con una barra de hierro de cuarenta centímetros a Hans Michael P., que la retenía contra su voluntad hacía seis días, causándole lesiones graves. Basta con suponer en este caso que, siendo suficiente un golpe, Carolina, temiendo una posible reacción, golpea a Michael hasta que se da cuenta de que ha perdido el conocimiento, de forma que agrava las lesiones que se hubiesen producido de otro modo.

El exceso en la reacción defensiva podría estar cubierto por el miedo insuperable.

Incluso en algunos países, como Alemania, existe una eximente de exceso en legítima defensa, que incluye el terror entre sus presupuestos (art. 33 del Código penal alemán). En nuestro país existió en 1914, en el Código penal para el protectorado de Marruecos (art. 9.5).

IV. EL ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES

Nos encontramos ante una eximente que no está regulada en la Parte General del vigente Código penal, sino en la Parte especial, en el art. 454, algo lógico si recordamos que el encubrimiento ya no es considerado una forma (impropia) de participación, sino que dará lugar a un delito contra la Administración de Justicia (arts. 451 y ss. CP) o a un delito contra el patrimonio (receptación, art. 298 CP).

Art. 454: *«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 del número 1º del artículo 451».*

El número 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. Se trata de los supuestos denominados de «auxilio complementario», al tratarse de una conducta posterior al delito que busca que otros se beneficien del objeto de un delito (SANCHEZ-OSTIZ).

1. NATURALEZA JURÍDICA

Pese a que existen pronunciamientos que han señalado que se trata de una causa de justificación, la discusión se ha centrado en su consideración bien como una excusa absolutoria bien como una causa de exculpación.

1.1. Excusa absolutoria

Tradicionalmente se ha considerado a esta eximente una excusa

absolutoria, sin que resulte difícil encontrar sentencias que así la califican (SSTS de 07/02/2005 y 09/11/2002). Así, ya defendía esta naturaleza SILVELA, en sus comentarios al Código penal de 1870. El legislador renunciaría a castigar estas conductas para no interferir en las relaciones familiares, de forma que se trataría de una decisión político-criminal de las que suelen localizarse en la punibilidad.

1.2. Causa de exculpación

Constituye la calificación dominante en la reciente doctrina, pudiendo encontrar también jurisprudencia en esta línea (STS 17 /06/2003).

Se trató, precisamente, de una de las instituciones que sirvieron a RODRÍGUEZ MUÑOZ para introducir en nuestro país la teoría normativa de la culpabilidad.

Estamos de acuerdo con esta calificación, pues, como se ha señalado (GARCÍA PÉREZ), es la única que puede explicar la exclusión de la exención de los supuestos del nº 1 del art. 451 CP (receptación sin ánimo de lucro propio).

[Receptación, se entiende por receptar la ocultación o encubrimiento de los efectos del delito. El delito de receptación es por tanto un delito precedido de otro. Este delito anterior ha de ser un delito dirigido contra el orden patrimonial o socioeconómico.]

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Tras los cambios que el Código penal vigente supuso respecto al Código penal de 1973 (introducción del encubrimiento de un homicidio como comportamiento que podía ser abarcado por la eximente, además de otras cuestiones no tan relevantes en este momento), y las modificaciones realizadas desde entonces (introducción por LO 5/2010, de 22 de junio, de la piratería, la trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos), queda como sigue.

2.1. Modalidades de encubrimiento

A tenor de lo que dispone el Código penal y, vista la limitación que realiza, la eximente se puede aplicar, con determinados límites, en los casos de favorecimiento real y de favorecimiento personal.

A) Favorecimiento real

Viene contemplado en el art. 451.2 CP y se refiere a las personas que, con conocimiento de la comisión de un 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».

Como se destaca en nuestra doctrina (CANCIO MELIÁ), lo importante en este caso, más que los verbos que describen el comportamiento típico o los concretos objetos a que se refiere el Código penal, es el fin, la dirección de las conductas a impedir el descubrimiento del delito. Esta dirección a evitar el descubrimiento del delito (y, por consiguiente, de su responsable, etc.), es lo que permite considerar no reprochable el comportamiento del pariente, sin que sea necesaria como tal la existencia de afecto, pues una vez más no es una restricción —real o presumida— de la capacidad de actuación conforme a la norma el fundamento de la exclusión. El valor que se concede al parentesco, como elemento configurador de un determinado sujeto, legitima suficientemente la realización de la conducta para que, pese a su desaprobación como antijurídica, no pueda considerarse reprochable.

Ej. 23.12: Valentina S. está casada con Florencia Patricio Q., que se dedica al tráfico de drogas, aunque ella no ha realizado nunca algún acto relacionado con dicha actividad. Un día, encontrándose en su residencia de Barcelona, Florencia recibe una llamada telefónica que le advierte de que su casa va a ser objeto de un registro. Alarmado por la noticia comienza a deshacerse de la droga, tarea que también realizaba Valentina S. cuando ambos fueron detenidos.

B) Favorecimiento personal

Este supuesto, regulado en el nº 3 del art. 451 CP se refiere a quien, concurriendo las circunstancias ya descritas (conocimiento de la comisión de un delito; falta de intervención en el mismo como autor o cómplice), interviene con posterioridad a la ejecución *«ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concorra alguna de las circunstancias siguientes»*, circunstancias que se refieren a la clase de delito encubierto (traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, tráfico de seres humanos o tráfico ilegal de órganos) o que la persona que favorece al delincuente haya obrado con abuso de funciones públicas.

Destaca la ampliación llevada a cabo por el vigente Código, al sustituir la vieja enumeración de conductas (*«albergando, ocultando o*

proporcionando la fuga») por la referencia, bastante más genérica, a ayudar a eludir la investigación policial o a sustraerse de la busca y captura. Es importante recordar, debido a las críticas doctrinales, que solo se castiga esta modalidad de favorecimiento personal cuando se da alguna de las circunstancias que menciona el precepto, esto es, que el encubrimiento se refiera a determinados delitos o que se haya cometido con abuso de funciones públicas.

Ej. 23.13: Aritz L. sabe que su hermano Jan L. es miembro activo de la organización terrorista ETA. Tras la realización de un atentado Jan L. le pide a su hermano Aritz que le ayude a esconderse durante unos días, pues han fallado las medidas que tenía dispuestas para la fuga. Aritz L. le cuenta lo que sucede a Asier U., que, debido a su gran amistad con Aritz, entrega a este las llaves del viejo caserío familiar donde se ocultará Jan L. hasta el momento de su detención. La conducta de Aritz L. quedaría cubierta por la eximente.

Ej. 23.14: Jorge M., inspector de policía, está casado con Naomi F. El hermano de esta, Ricardo L., es un conocido delincuente contra la propiedad. En el transcurso de la investigación sobre un robo a una sucursal bancaria aparecen elementos que apuntan a una posible autoría por parte de Ricardo L. Jorge M., conocedor del estado de las investigaciones por razón de su cargo, retrasa la realización de unas diligencias y avisa a su cuñado Ricardo L. para que pueda sustraerse a la acción de la justicia. Jorge M. podría apelar al encubrimiento de parientes para quedar exento de responsabilidad.

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, afines en los mismos grados, cónyuges y personas a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad.

A tenor de la regulación de la materia están incluidos, sin duda, los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo y, por tanto, también las parejas del mismo sexo ligadas por análoga relación de afectividad.

Resulta muy importante la limitación que realiza el Código penal, pues el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la circunstancia no puede aplicarse fuera del círculo de sujetos enumerado por el

Código penal (STS 15/03/2002). Dicho de otra forma: la inexigibilidad de otra conducta solo puede predicarse respecto del pariente y no respecto del que no le une tal vínculo (STS 24/06/2004).

Así, quedan fuera de la eximente amigos, tíos, sobrinos, novios (que no constituyan pareja de hecho), etc.

Ej. 23.15: Recordemos el ejemplo 23.13. En este caso, Aritz, hermano de la persona que había cometido el delito, quedaría exento de responsabilidad. Sin embargo, Asier U., que no tiene relación de parentesco con la persona que cometió el delito, sí cometería el delito de encubrimiento. La exención de pena no le alcanzaría, al no tratarse de una persona del círculo que describe el art. 454 CP.

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.

No parece verlo así la jurisprudencia, que declara 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 (SSTS 25/01/1993 y 26/12/1986), esto es, cuando se actúa para ayudar al grupo sin tomar en consideración solo el vínculo y afecto familiar (STS 15/03/2002).

Frente a lo señalado por algunos autores y como ya hemos señalado, no es precisa la existencia de afecto, sin que sea necesario considerar que se da una presunción *iuris et de iure* de su existencia. La comprensión que nos merece la conducta que supone ayudar a un pariente no va unida a la existencia de afecto.

LECCIÓN 24. EL DELITO COMO CONDUCTA REPROCHABLE, y IV: LA GRADUACIÓN DE LA CULPABILIDAD

I. LA CULPABILIDAD COMO MAGNITUD GRADUABLE

Como ya hemos señalado en diversas ocasiones, la culpabilidad es un concepto graduable. Así, la culpabilidad como categoría del delito no se agota meramente en constatar la existencia de reprochabilidad de una conducta sino que la misma puede ser mayor o menor en función de distintos factores.

Como ya señalamos al ocuparnos del principio de culpabilidad, creemos que la distinción entre una culpabilidad de fundamentación de la pena (culpabilidad como categoría dogmática, como elemento del delito) y una culpabilidad de medición o determinación de la pena es innecesaria. La relación entre los elementos del delito y la correcta comprensión de los mismos hace que los podamos ver como categorías materiales y, por tanto, graduables.

Pese a que debemos tener en cuenta que lo injusto es un elemento de la reprochabilidad y que, por tanto, cualquier incremento o disminución de injusto supone una mayor o menor culpabilidad, en este lugar no vamos a estudiar la graduación de lo injusto, pues a ello se dedicó la lección 19. Es más, ni siquiera vamos a analizar todos los elementos de la culpabilidad en sentido estricto, pues la graduación que podía producirse en la imputabilidad y que, en este caso, daba lugar a la existencia de menor culpabilidad, a una conducta menos reprochable, ya ha sido analizada en la lección 21. Igualmente, las cuestiones relacionadas con la cognoscibilidad de la antijuridicidad de la conducta y, así, con la mayor o menor reprochabilidad de la misma en función de la posibilidad de conocer la antijuridicidad del comportamiento (el problema del error de prohibición vencible), se expusieron en la lección 22.

En este momento, por tanto, nos vamos a limitar a las cuestiones que podemos poner en relación con la exigibilidad. De forma similar a lo que ocurría en lo injusto, aquí también vamos a encontrar eximentes incompletas y atenuantes específicas (sea directamente, sea por analogía). Sin embargo, no sólo es posible una disminución de la culpabilidad, pues también existen circunstancias agravantes que ponen de manifiesto una mayor reprochabilidad individual de la conducta antijurídica. Todas estas circunstancias, que encontramos en los arts. 21 a 23 del Código penal, son el objeto de esta lección.

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, como en los demás supuestos de eximentes incompletas, en el art. 21.1 CP.

Las cuestiones esenciales de las eximentes incompletas se expusieron en la lección 19, lugar al que remitimos, recordando únicamente, como ocurrió en la lección 21, que para aplicar una eximente incompleta en los supuestos de una causa de exculpación, también es necesario que

concurran los elementos esenciales, pudiendo faltar uno o varios de los elementos o requisitos inesenciales, siguiendo también el régimen penológico establecido en el art. 68 CP.

1.1. Eximente incompleta de estado de necesidad

Como señalamos en la lección 19, los requisitos esenciales son la concurrencia del estado de necesidad —que hace necesario que el mal no fuese evitable por un procedimiento menos perjudicial— y que el sujeto actúe para evitar el mal amenazante (un mal propio o ajeno).

Ej. 24.1: Recordemos el ejemplo 19.5. Suponiendo que Juan Carlos debe matar a otra persona para salvarse. Se trata de un supuesto en el que sería aplicable el estado de necesidad exculpante como eximente incompleta, al existir una provocación intencionada de la situación de necesidad por parte de Juan Antonio.

1.2. Eximente incompleta de miedo insuperable

Como elementos esenciales deberán concurrir la amenaza de un mal (o la creencia razonable en su amenaza) y la actuación impulsada, de forma preponderante, por el miedo a dicha amenaza, de forma que podrá faltar la insuperabilidad del miedo.

Ej. 24.2: Recordemos el ejemplo 23.10, de tráfico de drogas realizado por Facundo para conjurar la amenaza de matar a sus 4 hijos. En estos supuestos el Tribunal Supremo suele apreciar simplemente la eximente incompleta.

1.3. Eximente incompleta de encubrimiento de parientes

Para un sector doctrinal (CEREZO MIR), no cabe apreciar esta eximente como incompleta, pues en la misma no pueden distinguirse elementos esenciales e inesenciales. Otros autores (DÍEZ RIPOLLÉS), sin embargo, consideran que sí es posible distinguir entre elementos esenciales e inesenciales, de modo que esta eximente sí podría concurrir en su modalidad incompleta.

De acuerdo con este último autor, 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 y la exigencia legal de que no se trate de la modalidad de encubrimiento del art. 451.1 (los supuestos de «auxilio complementario» o receptación sin ánimo de lucro propio). Sin embargo, en nuestra opinión, si se produce un encubrimiento de

los regulados en el art. 451.1, no podrá aplicarse la eximente como incompleta, pues se trata de un requisito esencial. Ello no impide que, en su caso, pudiese aplicarse una atenuante por analogía, al faltar un elemento esencial. Es más, en este caso los efectos penológicos serán los mismos.

Ej. 24.3: Eugenio F., toxicómano, ha sustraído diversos objetos de una tienda de electrónica. A la espera de poder venderlos para sufragar su adicción, le pide a Verónica V., su madre, que se los guarde. Verónica, a pesar de saber que los objetos son robados, accede para ayudar a su hijo.

El problema fundamental, sin embargo, radica en que esta eximente no está contemplada en el art. 20, de forma que no le alcanzan las previsiones del art. 21.1, en el que no puede considerarse incluida. Así, como ya ocurría con el consentimiento —véase lo dicho en la lección 19—, la eximente incompleta tiene que situarse en el nº 7 del art. 21, esto es, en las atenuantes por analogía, con la diferencia penológica que ello conlleva (no olvidemos que las atenuantes ordinarias se rigen por el art. 66 CP —siempre que se trate de delitos dolosos—, mientras que las eximentes incompletas lo hacen por el art. 68 CP). Para una exposición en profundidad de las diferencias penológicas nos remitimos a la lección 32.

2. ATENUANTES ESPECÍFICAS

Junto a la disminución de la reprochabilidad a que da lugar la presencia de los elementos esenciales de las causas de exculpación —dado que ello es lo que posibilita su apreciación como eximentes incompletas—, nos encontramos también con graduaciones de la culpabilidad debidas a determinados datos que el legislador quiere especificar, concediéndoles entidad propia. En este momento debemos ocuparnos de las que 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

Nos encontramos ante la atenuante regulada en el art. 21.3 CP. Se trata de una atenuante de larga tradición en nuestros códigos, lo que no significa que no existan múltiples problemas en su ámbito.

2.1.1. Fundamento

Para el sector doctrinal mayoritario y, al menos parcialmente, para la jurisprudencia, nos encontraríamos ante una atenuante que afectaría a

la imputabilidad del sujeto. Las facultades del sujeto se verían alteradas pero sin llegar a tener la intensidad necesaria para alojarse en las anomalías o alteraciones psíquicas, ya como eximente completa, ya como eximente incompleta.

El problema fundamental de esta concepción es que apenas deja espacio a la propia atenuante, pues la graduación de la imputabilidad en tres niveles (eximente completa para las disminuciones que restrinjan muy profundamente la capacidad del sujeto; eximente incompleta para los casos en que la restricción sea importante, pero de menor intensidad que en el caso anterior, atenuante por analogía en casos de restricción moderada o leve) hace completamente innecesaria esta atenuante, dado que, según la intensidad de los supuestos, se incluirá en un grupo u otro.

Otro sector, minoritario, defiende, por la razón que acabamos de exponer, que se trata de una circunstancia atenuante que se basa en criterios de exigibilidad, posición que también puede encontrarse en la jurisprudencia. 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, así, 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.

Esta segunda postura nos parece preferible, pues de esta forma se consigue una delimitación entre estos estados psicológicos, que serían una cuestión de imputabilidad (y, por tanto, se tratarían en el marco de la eximente de anomalía o alteración psíquica) y su contemplación valorativa, considerada cuestión de exigibilidad y única que se examinaría en la atenuante.

2.1.2. Elementos

a) Situación psicológica: los estados que configuran esta atenuante son los siguientes:

- Arrebato: se comprende como tal una afección emocional que perturba notablemente las facultades volitivas y de control del comportamiento.
- Obcecación: nos encontramos 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 —en su intensidad— 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 arrebató u obcecación en el que ha actuado el sujeto. Se trataría, por tanto, de la existencia de un estímulo (poderoso), que da lugar al arrebató u obcecación, arrebató u obcecación que, a su vez, impulsa al sujeto a actuar. No olvidemos que es la comprensión de la reacción lo que nos permite no desaprobó tan intensamente la conducta como lo haríamos en el caso de que no existiese el estado pasional.

Ej. 24.4: Recordemos el ejemplo 23.5: a Patricia V. le dan la noticia de que su marido Roberto L. ha sufrido un grave accidente, de modo que se dirige a toda prisa al lugar del mismo, olvidando apagar la plancha y provocando un incendio.

2.2. Parentesco o análoga relación de afectividad

Como ya vimos en la lección 19, 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. Igualmente se hizo referencia en aquél momento a que como circunstancia agravante incrementaba, por lo general, lo injusto, mientras que como circunstancia atenuante suponía una menor gravedad de la culpabilidad.

Nos remitimos a la lección 19, dado que allí expusimos su fundamento y naturaleza, requisitos y ámbito de aplicación.

2.3. Atenuantes por analogía que suponen menor gravedad de la culpabilidad

Como ya hemos visto, el art. 21.7 CP permite la aplicación de una atenuante por analogía con las atenuantes recogidas en los seis primeros números del art. 21 CP.

Las consideraciones generales que se realizaron en la lección 19 siguen siendo válidas aquí. Recordemos simplemente que se trata de aplicar una atenuante a supuestos en los que, incluso dándose un sustrato fáctico distinto a las atenuantes que el propio Código recoge en el art. 21, concorra la misma ratio, las mismas razones en que se basa la atenuación original; es esta la semejanza a la que se refiere el concepto de analogía.

De esta forma, podremos aplicar esta atenuante por analogía a las causas de exculpación (estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales, miedo insuperable) como eximentes incompletas, siempre que falte alguno de los elementos esenciales de las mismas. Igualmente, aquí es donde habrá que incluir la eximente incompleta de

encubrimiento de parientes o los supuestos en que falte un elemento esencial de esta eximente.

Ej. 24.5: Modifiquemos el ejemplo 23.13, de forma que Aritz L. ayuda tanto a su hermano Jon L. como a Josu Z., íntimo amigo suyo con el que ha convivido desde la infancia. En este caso no podría aplicarse la eximente completa respecto al encubrimiento de Josu, pero podríamos acudir a una atenuante por analogía.

Además, podrá aplicarse una atenuante por analogía con el arrebató u obcecación y con el parentesco —pese a que esta posibilidad se discute (DÍEZ RIPOLLÉS), al encontrarse regulada la atenuante en el art. 23—.

Recordemos, simplemente, que es necesario que permanezca la razón en que se basa la atenuación. Debemos tener en cuenta, igualmente, que, por regla general, la atenuación en estos casos será menor que cuando se aplica el art. 21.1 CP, pues estas atenuantes siguen el régimen general del art. 66 CP y no el más favorable del art. 68 CP.

III. CIRCUNSTANCIAS QUE INCREMENTAN LA REPROCHABILIDAD

La culpabilidad concurrente en la comisión de un delito no sólo puede ser menor, como acabamos de ver, sino que también existen supuestos en que la misma se ve incrementada. El desvalor del hecho es mayor por, por ejemplo, la concurrencia de una determinada motivación que nos deja contemplarlo de forma más censurable. Así, la perspectiva valorativa de la culpabilidad puede tener en cuenta estas motivaciones que, en el caso español, dan lugar a la posibilidad de apreciar determinadas circunstancias agravantes.

1. PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA

Art. 22: «*Son circunstancias agravantes: 3. Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa*».

Además de constituir una agravante genérica del art. 22.3 CP, el legislador la utiliza en el art. 139 CP como una de las circunstancias calificativas del asesinato. También se tiene en cuenta para incrementar la penalidad de las calumnias e injurias (art. 213 CP).

1.1. Fundamento

Para la doctrina mayoritaria, esta circunstancia incrementa la reprochabilidad de la conducta. La motivación, el lucro que impulsa al delincuente a cometer el delito es, precisamente, lo que hace que la

conducta resulte más reprochable.

1.2. Elementos

a) **El lucro debe ser motivo determinante de la actuación.**

Lucro que 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, esto es, un beneficio o remuneración económicamente valorable.

Ej. 24.6: Laura S., dueña de una cadena de peluquerías, ofrece un aumento de sueldo a Olga F., encargada de una de las tiendas, si le pincha las ruedas al coche de Fernando G., que había decidido poner fin a la relación sentimental que venían manteniendo.

Dado que la reprochabilidad se predica del ánimo de lucro, la recompensa debe ser económica, descartando otras que no tengan contenido económico, sino honorífico o sexual, salvo que pueda acreditarse una equivalencia económica.

— Promesa: Se hace referencia aquí a la promesa de un precio o una recompensa económica, esto es, a la manifestación hecha a un tercero en orden a una futura retribución.

Dado que lo que aumenta la reprochabilidad es el móvil de lucro, no es necesario que el precio o la recompensa se obtengan realmente ni, por supuesto, que se satisfaga la promesa. Eso sí, será necesario que haya existido un ofrecimiento.

1.3. Ámbito de aplicación

La agravante se aprecia sólo en el autor del delito, al ser el único que «*ejecuta el hecho mediante precio...*», mientras que anteriormente se hablaba de «cometer el delito». Parece que la voluntad del legislador ha sido limitar la aplicación de la circunstancia a los autores.

Así, la circunstancia no puede aplicarse a la persona que paga o que promete algo, pues, por un lado, no actuará con ánimo de lucro (al menos directamente), sino que lo hará por otros motivos (celos, venganza, etc.) que podrán ser reprobables, pero no han sido elegidos específicamente por el legislador para dar lugar a una agravación. Por

otro lado, la persona que paga, el inductor, no ejecuta el hecho.

Ej. 24.7: Marcelino F., alias Big One, cantante de hip hop, ofrece 300.000 euros a Radovan M. y Kuprik T., antiguos soldados serbios de élite, para que den una paliza a Teodoro V., alias Crazy Man, también cantante de hip hop, para vengarse del ridículo en que lo dejó en su último concierto y, además, eliminar temporalmente a un competidor. En este caso, incluso aunque hay un cierto ánimo de lucro en la conducta de Big One (al eliminar a un competidor sus ingresos se deberían incrementar), no se le puede aplicar la agravante, pues no ejecuta el hecho, sino que induce a otros a ejecutarlo. Solo a Radovan M. y a Kuprik T. Podría aplicárseles la circunstancia.

Si tenemos en cuenta el razonamiento anterior, debe excluirse que pueda aplicarse a otros partícipes (cooperados necesarios o cómplices). En resumen: sólo al autor puede aplicársele esta circunstancia, que es, además, incomunicable, dado su carácter personal.

Como ya sabemos, a tenor del art. 67 CP (*principio de inherencia* [que por su naturaleza está inseparablemente unido a algo]) 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, pues de lo contrario incurriríamos en un *bis in idem*. Por tanto, más allá de los casos en los que el legislador la ha utilizado en la figura delictiva, tampoco se podrá apreciar en el delito de cohecho pasivo (véanse arts. 419 y ss. CP).

2. MOTIVOS DISCRIMINATORIOS

Art. 22: «*Son circunstancias agravantes: 4. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad*».

Así ha quedado redactada esta circunstancia agravante tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, que ha introducido el género como motivo de discriminación en la misma.

2.1. Fundamento

Mayoritariamente se considera que es una agravante que supone una mayor gravedad de la culpabilidad debido a los motivos que impulsan

a la comisión del hecho. Esto es, la desconsideración de la igualdad, que se plasma en la actuación impulsada por esta clase de motivos — discriminatorios— permite censurar más la realización de la conducta realizada.

Minoritariamente se defiende que supone un incremento de lo injusto (MIR PUIG, LAURENZO COPELLO).

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 guíe la acción, siendo inaplicable en otro caso.

Ej. 24.8: Frank H., persona conocida por su ideología nazi, realiza un robo con violencia en el establecimiento de John. W., persona de raza negra, dato que Frank H. desconocía. En este caso no puede aplicarse la agravante, pues la discriminación no ha sido el móvil del delito.

Las circunstancias personales o sociales causantes de la discriminación son muy diversas, dada la amplia redacción del Código: así, por ejemplo, resultan redundantes las menciones a la raza o etnia, más todavía si tenemos en cuenta la referencia a motivos racistas o antisemitas.

Podemos configurar un segundo grupo por su referencia a causas ideológicas, que incluye, como tal, ideología, religión y creencias. Además, encontramos las referencias al sexo y la orientación sexual, añadiendo lo relativo a la identidad sexual —conciencia de una persona de pertenecer a uno u otro sexo—. Igualmente, tenemos la discriminación que se basa en la carencia de determinadas capacidades o cualidades (padecimiento de una enfermedad o discapacidad). Por último, como ya hemos señalado, la LO 1/2015 ha introducido los motivos de género.

Pese a que se trata de una cuestión discutida, partimos de la base de que 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.

Ej. 24.9: Felipe O. y Francisco S., compañeros de piso, viven en

el mismo inmueble que Claudia L., conocida representante de los colectivos de lesbianas de la localidad. Un día, Felipe y Francisco deciden agredirla sexualmente, *«para que aprenda»* y *«sepa lo que es bueno»*.

Ej. 24.10: Mariano H. e Ignacio M. asaltan la sinagoga de su ciudad, destrozando el mobiliario y produciendo cuantiosos daños, *«para que esos judíos sepan que no los queremos aquí»*.

Ej. 24.11: Jorge Z. y Frank T. agreden violentamente a Manuela S., causándole lesiones, pues no es más que *«un puto travesti»*, que *«tiene que saber lo que vale un peine»*.

2.4. Incompatibilidades

Una vez más, por aplicación del art. 67 CP no podrá darse en los delitos en que sea inherente, como los del art. 314 (discriminación en el empleo), 510 (provocación a la discriminación), 511 y 512 (denegación de una prestación por motivos discriminatorios), 515.5 (asociaciones ilícitas) y 607 (genocidio).

3. ENSAÑAMIENTO

Como ya vimos en su momento —lección 19— la circunstancia agravante de ensañamiento (tenida en cuenta también por el legislador en el asesinato y en las lesiones), regulada en el art. 22.5 CP, tiene un fundamento mixto, al suponer una mayor gravedad de lo injusto (desvalor de acción y desvalor del resultado) pero también una mayor gravedad de la culpabilidad (la crueldad puesta de manifiesto en la forma de ejecutar el delito). No hay nada que debamos añadir en este momento, por lo que nos remitimos a la lección 19 para su análisis en concreto.

4. LA REINCIDENCIA

Art. 22: *«Son circunstancias agravantes: 8. Ser reincidente.*

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido ejecutoriamente condenado por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al

Derecho español».

Nos encontramos ante una circunstancia agravante muy discutida en la doctrina penal, existiendo voces que consideran que es inconstitucional, pese a que el Tribunal Constitucional, como veremos, ya se pronunció sobre la misma.

4.1. Concepto

Vulgarmente se entiende por reincidencia la recaída en el delito, esto es, la comisión de un nuevo delito cuando ya se había cometido otro con anterioridad. Jurídicamente, sin embargo, el concepto es diferente, pues 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.

Ej. 24.12: José es condenado en el año 2009 por un delito de hurto; en el año 2010 se le condena por la comisión de un delito de tráfico de drogas.

B) Reincidencia específica: El delito que se comete es semejante o análogo al que produjo la condena anterior del sujeto.

Ej. 24.13: Manuel fue condenado en 2005 por la comisión de un delito de robo con violencia en las personas. En 2007 es condenado otra vez por un nuevo delito de robo con violencia e intimidación en las personas.

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

A) Reincidencia propia: no sólo se ha sido condenado, sino que se ha cumplido la condena antes de cometer el nuevo delito.

Ej. 24.14: Volvamos a utilizar el ejemplo anterior: Como ejemplo de reincidencia propia, supongamos que Manuel había sido condenado a 2 años de prisión en enero de 2005. Cumplida

la pena, el nuevo delito de robo al que hemos hecho referencia lo comete en noviembre de 2007.

B) Reincidencia impropia: el sujeto ha sido condenado, pero no ha cumplido la pena anterior cuando comete el nuevo delito.

Ej. 24.15: Manuel es condenado en marzo de 2008 por la comisión de un delito de robo con violencia e intimidación en las personas, pero no llega a cumplir la pena impuesta. En diciembre de 2010 comete un nuevo delito de robo con violencia e intimidación en las personas, por el que se le condena en marzo de 2011.

4.3. La situación en el vigente Código Penal

A tenor de la definición que contiene nuestro Código, el sistema 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, quedando excluidos los delitos leves. Además, debe tratarse de delitos comprendidos en el Código penal, sin que pueda combinarse el Código penal y una ley penal especial; tampoco será posible apreciar reincidencia entre dos delitos contenidos en una ley penal especial, salvo que la misma regule la reincidencia.

Ej. 24.16: Fátima F. había sido condenada, al alterar los requisitos esenciales de un documento público, por un delito de falsedad en documento público (art. 390 CP). Meses más tarde, tuvo que ejercer como Presidenta de una mesa electoral en las elecciones municipales. En el curso de la jornada electoral alteró, en repetidas ocasiones, las papeletas electorales que le entregaban los electores al ejercer su derecho (conducta prevista como delito en el art. 140, letra c), de la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General). En este caso no podemos aplicar reincidencia.

Por último, los dos delitos deben estar comprendidos en el mismo Título del Código, lo que plantea el problema de la heterogeneidad de

algunos Títulos, que contemplan infracciones muy diversas.

B) Criterio material

Además de lo que acabamos de señalar, es necesario que los delitos sean de la misma naturaleza, lo que significa que no es necesario que se trate de exactamente los mismos delitos, sino que bastará con una estrecha relación entre ellos en función del desvalor del resultado y del desvalor de acción. Así, 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, lo que sí podrá darse en caso de dos delitos dolosos o dos delitos imprudentes. Si los medios de comisión son muy distintos, tampoco podremos apreciar reincidencia. Finalmente, es irrelevante la clase y gravedad de la pena con la que estén castigados, dado que el Código no hace referencia a este aspecto.

Ej. 24.17: Jorge T. fue condenado en 1998 a 10 años de prisión; en el año 2005, durante un permiso penitenciario, produce la muerte por imprudencia de María S. La condena precedente por homicidio (doloso) sería irrelevante a efectos de la pena del homicidio imprudente.

Ej. 24.18: Óscar Q. fue condenado por un delito de robo con intimidación a la pena de 5 años de prisión. Una vez que alcanza la libertad condicional comete un delito de estafa, por el que es nuevamente condenado. Dada la radical diferencia entre los medios comisivos del robo y de la estafa no podría apreciarse reincidencia (así lo mantiene el TS).

4.3.2. *Reincidencia impropia*

Por otra parte, el sistema que consagra el Código es un sistema de reincidencia impropia, dado que 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 —que contra la misma no quepa recurso ordinario alguno—, pero no que se haya cumplido la condena.

Resulta importante destacar que la condena ejecutoria —la sentencia firme— debe estar presente en el momento de delinquir, es decir, en el momento en que se comete el nuevo delito. Igualmente, a efectos del cómputo establece el Código que no se tendrán en cuenta los antecedentes cancelados o que debieran serlo —art. 136; las cuestiones relativas a los antecedentes penales y su cancelación se exponen con detalle en la lección 36—.

Ej. 24.19: Modifiquemos el ejemplo 24.15 y supongamos que Manuel, condenado en marzo de 2008 por un delito de robo con violencia e intimidación en las personas, es condenado en enero de 2009 por un nuevo delito de robo con violencia o intimidación en las personas, pero que el delito por el que se le condena en el año 2009 lo había cometido en enero de 2008, por lo que no se le puede aplicar la circunstancia agravante.

Tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, las condenas firmes impuestas por tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea también pueden tenerse en cuenta por los tribunales españoles, atendiendo, lógicamente, a los requisitos expresados.

4.4. La reincidencia cualificada o multirreincidencia

Según dispone el art. 66.1.5: *«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 de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.*

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

La LO 11/2003 introdujo, como regla de determinación de la pena, esta posibilidad que supone, sin más, recuperar la agravante de multirreincidencia que se había derogado en 1983.

Como vemos, se exige que el condenado lo hubiese sido previamente por, al menos, tres delitos. El problema que se plantea es si la condena por ese mínimo de tres delitos tenía que responder a un mínimo de también tres sentencias o si sería suficiente con que se le hubiese condenado en una o en dos sentencias. Con buen criterio, e inspirándose en la interpretación de la antigua agravante de multirreincidencia, DÍEZ RIPOLLÉS realiza una interpretación restrictiva, de forma que es necesario que existan, al menos, tres sentencias condenatorias previas.

4.5. Fundamento de la reincidencia

Se trata de una circunstancia muy discutida en nuestro país, habiéndose sostenido, como tendremos ocasión de analizar, la inconstitucionalidad de la misma.

Entre las fundamentaciones que se le otorgan (con independencia de

si, además, se pide su supresión) 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 están castigados. En ambos casos, para evitar la insuficiencia de la pena, haría falta un castigo mayor. Debemos rechazar esta fundamentación, pues, como sabemos, el principio de culpabilidad impide que necesidades preventivas de pena eleven la misma por encima de la medida de la reprochabilidad.
2. Mayor peligrosidad del delincuente: El sujeto que delinque después de haber sido condenado pone de manifiesto una mayor peligrosidad, pues no es solo que parezca más probable que vuelva a cometer delitos en el futuro, sino que, de hecho, ya los ha cometido, lo que pone claramente de manifiesto su peligrosidad. El problema principal de esta fundamentación es que la peligrosidad criminal debe atajarse con medidas de seguridad y no con penas que se establecen en función de la gravedad de la culpabilidad.
3. Mayor gravedad de lo ilícito: La reincidencia supondría mayor contenido de injusto, dado que al desvalor del segundo delito se añadiría la infracción de una segunda norma: la norma que, precisamente, prohíbe delinquir tras haber sido previamente condenado. Existiría así un desprecio, una rebeldía a los bienes jurídicos que explicaría la existencia de la agravante. De todas formas, MIR PUIG, autor que defiende esta fundamentación, considera insuficiente la misma, pues junto a este incremento de injusto se daría una menor culpabilidad, dado que la previa comisión de un delito haría más fácil la comisión de los siguientes, en la medida en que la repetición de un acto resulta más sencilla por la existencia de los actos previos. Por esta razón cree que debería prescindirse de la reincidencia como agravante.
4. Mayor gravedad de la culpabilidad: Desde diferentes perspectivas se alude a la mayor culpabilidad que caracterizaría a la agravante de reincidencia. Así, suele aludirse a la existencia de mayor facilidad para determinarse de acuerdo con la norma, por ejemplo, por ser segura la conciencia de la antijuridicidad. Se acepte o no el fundamento anterior, resulta relativamente frecuente aludir a la existencia de una mayor exigibilidad de obediencia a la norma, en cuanto la condena previa supone ya la expresión de un juicio de desvalor sobre la conducta, que el sujeto pasa por alto al cometer el nuevo delito. Se alude

(CEREZO MIR), a que debería ser, sin embargo, de apreciación facultativa, para evitar automatismos que supusiesen la imposición de una pena superior a la medida de la culpabilidad.

4.6. El problema de su constitucionalidad

El Tribunal Constitucional reconoció la constitucionalidad de esta agravante en Sentencia de 4 de julio de 1991. Se rechazaron los argumentos doctrinales sobre la vulneración del principio de igualdad, el principio de proporcionalidad, la existencia de una doble punición por los mismos hechos (*ne bis in idem*), el principio de responsabilidad por el hecho o la presunción de inocencia.

Así, 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, factor que, evidentemente, no se da cuando se comete el primer delito; las mismas razones llevan a rechazar que estemos ante una vulneración del principio *ne bis in idem*, pues el único objeto de punición es el nuevo delito cometido, siendo el anterior un mero factor que nos ayuda a determinar la reprochabilidad del segundo; tampoco tendrían por qué darse problemas con el principio de proporcionalidad, en cuanto el incremento de pena no sea desmesurado y, por tanto, se mantenga dentro de la culpabilidad por el hecho —postura que latía en determinadas sentencias del Tribunal Supremo—. Más dudoso resulta, sin embargo, su relación con la presunción de inocencia, en cuanto no puede partirse, sin más, de que el mero hecho de haber sido condenado anteriormente produzca una mayor gravedad de la culpabilidad.

4.7. Reflexión final: su aconsejable conversión en agravante facultativa

En nuestra opinión, 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. La comisión de un nuevo delito pone de manifiesto una desconsideración hacia la censura expresada en la condena anterior, lo que fundamenta una mayor reprochabilidad de la nueva conducta. 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.

Por otro lado, si bien sus efectos penológicos pueden ser aceptables en el caso normal, devienen insoportables en el caso de la multirreincidencia. No deben admitirse agravantes que supongan la ruptura del límite superior del marco penal y, en este sentido, que

permitan la imposición de la pena superior en grado, en cuanto se está rompiendo con el principio de culpabilidad por el hecho y, por consiguiente, con el de culpabilidad.

LECCIÓN 25. LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

I. LA CATEGORÍA DE LA PUNIBILIDAD: EL DELITO COMO CONDUCTA PUNIBLE

Nos encontramos en el último elemento del delito que, para nosotros, tiene un contenido propio, diferente del de las categorías anteriores, estando situado al mismo nivel que los demás elementos que ya hemos estudiado. Con otras palabras, la punibilidad es un *elemento esencial* del concepto del delito.

Una vez que hemos determinado que el comportamiento antijurídico es reprochable, todavía es preciso superar otro filtro referido a la necesidad de exigencia de responsabilidad. Debemos atender así a la concurrencia o no de elementos íntimamente relacionados con consideraciones de utilidad, de conveniencia, de oportunidad, de efectividad, eficacia y eficiencia de la reacción penal. Suele decirse que son consideraciones político-criminales las que determinan el contenido de este elemento del delito, pero, en el fondo, las decisiones político-criminales informan todo el sistema del Derecho penal, por lo que, sin ser falso afirmar que se tienen en cuenta razones político-criminales, tampoco podemos considerar que se diga mucho, ni muy específico, con una afirmación como la anterior.

La realización del principio de subsidiariedad exige tener en cuenta, como mínimo, consideraciones sobre la necesidad de pena y su medida. Mas, como veremos, incluso antes de la necesidad de pena debemos preguntarnos por la necesidad de exigir responsabilidad, verdadera razón de la existencia de esta categoría. No debemos caer en el error de pensar, una vez más, que se trata de un elemento del delito con mero carácter negativo y que, por tanto, «se da o no se da». Las consideraciones sobre la necesidad de responsabilidad no se contestan con un simple «sí o no» —aunque también den lugar a respuestas de este tipo— sino que, igual que las demás categorías del delito, nos ofrecen también respuestas sobre la propia magnitud de la categoría. Así, puede resultar factible que, pese a la existencia de injusto y culpabilidad, determinadas razones aboguen por la imposición de una sanción atenuada.

Como podrá verse tanto en esta lección como en el estudio de los

delitos en particular en la Parte Especial, pese a la frecuente afirmación de la escasez de elementos de la punibilidad —afirmación de la que, además, se extraen consecuencias para el concepto de delito, dado que supone una visión de la punibilidad como elemento estructural pero no esencial del mismo— podemos afirmar que no es cierto, que hay multitud de instituciones que se agrupan en esta categoría —cuyo carácter residual es fruto más bien de la falta de estudios sobre la misma— y que van incrementándose cada vez.

1. FUNDAMENTO

Como ya ha hemos señalado, en la punibilidad tenemos en cuenta la necesidad de exigir responsabilidad por la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable. Esto es, si las categorías anteriores se refieren al merecimiento de responsabilidad, precisan el contenido de desvalor de la conducta, el objeto de la responsabilidad, aquí encuentran su sitio propio otras consideraciones propias de la moderna comprensión del *ius puniendi*: la utilidad y necesidad de la exigencia de responsabilidad —estamos hablando de la exigencia de responsabilidad por parte del Estado—, idea básica de toda utilización de recursos públicos, ayudan a agrupar toda una serie de instituciones que sirven para establecer el carácter imprescindible de la reacción penal. Así, pese a la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, puede resultar conveniente considerar que no existe, todavía, un delito, dadas las funciones que el *ius puniendi* tiene que cumplir.

En esta línea, se ha señalado (DÍEZ RIPOLLÉS) que la necesidad de exigencia de responsabilidad averigua si resulta útil —y en qué medida — formular un juicio de responsabilidad sobre la conducta realizada. Este criterio es independiente de la necesidad de verificar la exigencia de responsabilidad, esto es, de la necesidad o conveniencia de llevar a cabo un proceso (penal) para el establecimiento de la responsabilidad de una persona. Igualmente, tampoco debemos confundirla con la necesidad de imponer una pena a una persona ya considerada responsable (cuestiones, por ejemplo, de suspensión del fallo) o si resulta necesario que la cumpla (suspensión de la ejecución o sustitución de la pena).

Ej. 25.1: Decidido que existe un delito, todavía no debemos concluir que, en el caso concreto, deba imponerse una pena al responsable, pues puede resultar conveniente precisamente lo contrario. En estos razonamientos se basan instituciones como la suspensión del fallo. También puede ocurrir que deba imponerse una pena, pero que la misma no deba cumplirse, bien porque se considere conveniente evitar cualquier tipo de ejecución de la

pena (suspensión de la ejecución de la pena), bien porque se considere conveniente el cumplimiento de una pena diferente (sustitución de la pena). Estas cuestiones, relacionadas con los problemas de la relación que tienen entre sí los distintos fines de la pena, se estudian en profundidad en la lección 33.

2. CRITERIOS DECISORIOS

Para determinar la utilidad, la conveniencia de la exigencia de responsabilidad, la conveniencia de considerar existente un delito, una infracción penal (de lugar o no a la imposición en concreto de una pena) consideramos, también de acuerdo con DÍEZ RIPOLLÉS, que podemos referirnos a consideraciones de tres tipos.

2.1. Eficacia

Objeto de análisis de estas consideraciones es la correspondencia entre la intervención penal y los objetivos que la misma pretende (tutela de ciertos bienes, existencia de límites de la responsabilidad y de la sanción).

Ej. 25.2: La exención de pena que establece el art. 218.2 CP para el caso de matrimonio inválido en perjuicio del otro contrayente. La convalidación posterior del matrimonio exime de pena al responsable.

2.2. Efectividad

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

Ej. 25.3: El art. 426 CP exime de pena al particular que ha realizado el delito de cohecho si denuncia el mismo ante las autoridades que deben perseguirlo en un plazo no superior a dos meses desde su comisión.

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.

Ej. 25.4: Para poder perseguir en España un delito en función del principio de personalidad, se exige que el hecho sea punible en el lugar de comisión (art. 23.2 LOPJ).

II. ELEMENTOS DE LA PUNIBILIDAD

Tradicionalmente la punibilidad se venía considerando como una categoría residual, de forma que se incluía en la misma todo aquello que no se sabía muy bien dónde situar, dado que ni lo injusto ni la culpabilidad se veían afectados por su presencia o ausencia. Así, habitualmente se situaban en la punibilidad las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, lo que no es incorrecto, pero seguía presentado serios déficits de fundamentación, al utilizarse un procedimiento negativo: si no afecta a lo injusto ni a la culpabilidad debe incluirse en la punibilidad.

Más recientemente, de la mano de estudios modernos, se han realizado otras propuestas clasificatorias, atendiendo a criterios de eficiencia que tendían a la realización del principio de subsidiariedad (GARCÍA PÉREZ). Finalmente, DÍEZ RIPOLLÉS, al que vamos a seguir en este punto, ha propuesto estructurar la punibilidad a semejanza de las categorías de lo injusto y de la culpabilidad.

De esta forma, podríamos distinguir dos grandes grupos de elementos, que, a su vez, se dividirían en otras subcategorías.

1. ELEMENTOS DE FUNDAMENTACIÓN, EXCLUYENTES Y GRADUADORES

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

Exactamente igual que en las demás categorías, tendríamos los elementos que fundamentan la punibilidad, los que la excluyen y los que sirven para graduarla. De hecho, también la relación entre fundamentación y exclusión recordaría mucho a lo ya visto en otros elementos del delito. Por un lado, la fundamentación de la punibilidad se presupone, en muchas ocasiones, una vez realizada la conducta típica, antijurídica y culpable; esto es, no es necesario realizar reflexiones específicas sobre la utilidad de la exigencia de responsabilidad, pues tanto la misma como su necesidad se dan por hechas, se presuponen. En esta línea, podremos deducir el contenido de los elementos fundadores a partir de los elementos excluyentes, esto es, realizaríamos una conclusión inversa, tal y como, por ejemplo, hicimos con el concepto de imputabilidad a tenor de las causas legalmente reguladas en la lección 21. Por último, determinada la necesidad de responsabilidad, habría que establecer su medida, al no ser fija e invariable.

A lo largo de la lección estudiaremos los elementos excluyentes (eximentes) y graduadores (atenuantes).

2. ELEMENTOS GENÉRICOS Y ESPECÍFICOS

En este caso, 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).

En esta lección nos vamos a ocupar, esencialmente, de los elementos genéricos (atenuantes y eximentes aplicables a todos los delitos), prescindiendo de los elementos específicos, cuyo análisis corresponde al estudio de los delitos en particular y, por tanto, a la Parte Especial del Derecho penal. Ello no excluye que realicemos alguna manifestación aislada sobre alguno de ellos.

3. DELIMITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA PUNIBILIDAD

Pese a que no resulte sencillo, es necesario distinguir los elementos de la punibilidad de otras instituciones con las que, en ocasiones, se encuentra estrechamente vinculada:

3.1. Elementos de procedibilidad

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

Ej. 25.5: Podemos pensar en la necesidad de la denuncia o la querrela en los delitos no perseguibles de oficio o en las inmunidades de los parlamentarios. Sobre la denuncia y la querrela puede verse lo que diremos en el análisis de las condiciones objetivas de punibilidad; las inmunidades las estudiaremos en el último epígrafe de esta lección.

3.2. Elementos de penalidad

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

Ej. 25.6: Entre estos elementos podemos mencionar el indulto o la prescripción de la pena. El estudio de estas instituciones se realiza en la lección 36.

III. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Como ya hemos señalado, la posición tradicional sitúa en la punibilidad las denominadas condiciones objetivas de punibilidad y excusas

absolutorias, planteamiento que, como tal, resulta correcto aunque incompleto. Siquiera de manera breve debemos hacer referencia a ambas instituciones, si bien previamente queremos exponer unos rasgos comunes de gran relevancia.

1. CARACTERÍSTICAS COMUNES

Al estar situadas en la punibilidad, debemos recordar que los elementos aquí situados no pertenecen al tipo de lo injusto, mas tampoco a la antijuridicidad o a la culpabilidad. 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, pero tampoco por otra referencia subjetiva.
2. El error sobre su concurrencia es irrelevante. Si un sujeto yerra sobre los presupuestos objetivos, la existencia o el alcance de una condición objetiva de punibilidad o de una excusa absoluta, su conducta no se ve alterada en lo más mínimo, sin que exista repercusión penológica. Con todo, existen autores que creen que se debería reconocer el error sobre la punibilidad, o al menos algunos supuestos.
3. Por mucho que pueda producirse una exención de pena, el hecho es antijurídico, de manera que contra el mismo puede actuarse en legítima defensa.
4. Suele decirse, además, que 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).

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

2. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Con este término se hace referencia a unas circunstancias cuya concurrencia da lugar a la existencia del delito. Dicho de otro modo, son circunstancias que tienen que estar presentes para que el delito pueda considerarse existente (formulación positiva).

Ej. 25.7: El ejemplo más frecuentemente citado es la condición de reciprocidad para imponer una pena agravada en los delitos contra el derecho de gentes (art. 606.2 CP).

Ej. 25.8: Tampoco suele discutirse que la exigencia de que el

delito sea punible en el lugar de ejecución, para aplicar el principio de personalidad por los Tribunales españoles (art. 23.2 LOPJ), sea una condición objetiva de punibilidad.

Como hemos mencionado, no deben confundirse las condiciones objetivas de punibilidad con las condiciones objetivas de procedibilidad —circunstancias que condicionan únicamente el inicio del procedimiento—. Entre estas últimas se mencionan la denuncia y la querrela, necesarias en los delitos que sólo se persiguen a instancia de parte.

Debemos tener en cuenta que, en principio, 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, denominados privados, que sólo se persiguen si el ofendido interpone una querrela (delitos contra el honor: injurias y calumnia, art. 215 CP). Por último, entre unos y otros están los delitos semiprivados, en los que es suficiente la interposición de denuncia (entre ellos podemos mencionar: reproducción asistida sin consentimiento —art. 161.2 CP—; delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales —art. 191.1 CP—; descubrimiento y revelación de secretos por particulares que no afecten a intereses generales o a una pluralidad de personas, ni hayan sido realizados por autoridad o funcionario público —art. 201 CP—; abandono de familia e impago de pensiones —art. 228 CP—; delitos relativos al mercado y los consumidores que no afecten a intereses generales o a una pluralidad de personas —art. 287 CP—, etc.).

3. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Se trata de circunstancias cuya concurrencia excluye la consideración de una conducta como delictiva, esto es, circunstancias que deben estar ausentes para que el delito pueda considerarse existente (formulación negativa).

Ej. 25.9: El ejemplo por excelencia de excusa absolutoria es el parentesco en los delitos patrimoniales cometidos sin violencia o intimidación (art. 268).

Otras excusas absolutorias que menciona la doctrina son: el desistimiento en la tentativa (art. 16.2 y .3 CP), la convalidación posterior del matrimonio (art. 218.2 CP), la regularización de la situación o el reintegro de las cantidades en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305, 307, 307 ter y 308 CP), la acción del autor evitando la propagación del incendio (art. 354.2 CP), la denuncia en los casos de cohecho (art. 426 CP), la

retractación en el caso de falso testimonio (art. 462 CP) y la revelación en los casos de rebelión (art. 480.1 CP) y sedición (art. 549 en relación con el 480.1 CP).

IV. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

1. CONFESIÓN DE LA INFRACCIÓN

Art. 21: «*Son circunstancias atenuantes: 4. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*».

1.1. Fundamento

Pese a que la cuestión no es pacífica en la doctrina, si existe un sector que se refiere a que se facilita la tarea de la administración de justicia como fundamento de esta atenuante. De acuerdo con el planteamiento aquí seguido (DÍEZ RIPOLLÉS), esa facilitación de la tarea de la administración de justicia supone que se hace más fácil la aplicación coactiva de la ley; por lo que razones de mayor efectividad de la norma penal legitiman la existencia de la misma.

1.2. Requisitos

A tenor de la redacción del precepto, 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

Para que la misma pueda tener efectos atenuatorios de la pena 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 —aun sin mencionar a otras personas que hayan intervenido en el mismo—.

Dicha confesión debe realizarse ante las autoridades que posean competencia, en general, para perseguir delitos, con independencia de si son gubernativas (policía) o judiciales.

Ej. 25.10: De todas formas, la STS de 05/06/2008 apreció la atenuante en la confesión realizada ante los médicos de un hospital público, dado que son funcionarios públicos obligados a denunciar y, así, representantes de las autoridades encargadas de perseguir delitos.

Por otro lado, 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 podríamos aplicar la atenuante si, realizada la confesión, el sujeto huye (CEREZO MIR).

1.2.2. Antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él

Este requisito cronológico plantea diversos problemas.

Así, en primer lugar, 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 (SSTS 29/11/2006 y 18/11/2008), mientras que la doctrina exige, con razón, una resolución judicial de iniciación del procedimiento (auto de incoación de sumario, diligencias previas, diligencias urgentes, etc.), postura a la que nos sumamos. 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, con todo, una atenuante por analogía.

Por último, no se exige que exista un móvil de arrepentimiento, bastando con la voluntariedad de la conducta.

2. REPARACIÓN DEL DAÑO

Art. 21: «*Son circunstancias atenuantes: 5. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral*».

2.1. Fundamento

Existen muy diversos pronunciamientos sobre el fundamento de esta circunstancia, desde la atención a los intereses de la víctima a la menor necesidad de pena. Es cierto que la reparación, como tal, responde a los intereses de la víctima, mas, desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, como fin del Derecho penal, 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. Así, se ha hecho referencia (DÍEZ RIPOLLÉS) a la eficacia parcial en la protección del bien jurídico como fundamento de la atenuante.

2.2. Requisitos

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

Podemos ver que el precepto admite tanto una eliminación del daño

(reparación total) como una disminución del mismo (reparación parcial). Eso sí, la reparación debe ser efectiva, sin que sea suficiente intentar la misma. Se admite, además, tanto una reparación material —devolución del objeto, arreglo del daño, entrega de una cantidad de dinero— como una de carácter simbólico —petición de perdón, por ejemplo—. La reparación debe realizarla el autor del delito y va 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, que ahora sí debe interpretarse en sentido amplio, abarcando cualquier clase de diligencias policiales. Curiosamente la atenuante no comprende las conductas que se realicen tras la comisión del delito pero antes de la apertura del procedimiento —esto es, antes de las diligencias policiales—, supuesto en que habrá que acudir a una atenuante por analogía.

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

No es necesario, claro está, una motivación ética de arrepentimiento, bastando con la voluntariedad de la conducta.

3. DILACIONES INDEBIDAS

Art. 21: «*Son circunstancias atenuantes: 6. La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*».

3.1. Fundamento

Destaca la doctrina que se trata de compensar la vulneración de un derecho fundamental (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrado por el art. 24 CE). Aceptando esta perspectiva, son razones de eficiencia las que inclinan al legislador a establecer la atenuación. El legislador decide tener en cuenta los intereses violados del autor del delito, lo que hace que no resulte necesaria una exigencia completa de responsabilidad.

3.2. Elementos

3.2.1. Dilación

La existencia de una dilación —demora, tardanza en la resolución del

procedimiento— no existe, sin más, por el mero hecho de que se incumplan los plazos procesales, pues se trata, como señala el Tribunal Supremo, de un plus cualitativamente diferente (STS 28/12/2009). En esta línea, la dilación la integra no tanto la lenta tramitación de la causa como la completa inactividad procesal (así SSTS 20/02/2006, 04/07/2006).

3.2.2. *Indebida*

Al introducir este matiz se pone de manifiesto que no todo período de inactividad procesal es suficiente para aplicar esta atenuante, dado que existen dilaciones «debidas».

Ej. 25.11: Debe esperarse un plazo de tiempo a que se traduzca documentación muy relevante en lengua extranjera.

Ej. 25.12: Una comisión rogatoria debe realizar su trabajo en el extranjero.

En definitiva, 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 exigencia del legislador se refiere a que la dilación se produzca durante la tramitación del procedimiento —entendido en sentido amplio—, 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. Pueden dar lugar a la atenuante, por tanto, las dilaciones que se produzcan como consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de la Administración de Justicia (ALCÁCER GUIRAO).

3.2.5. *No atribuible al propio inculpado*

La atenuante no puede aplicarse cuando la dilación es atribuible al propio inculpado.

Ej. 25.13: Múltiples cambios de domicilio que impiden o ralentizan en extremo la realización de notificaciones.

Sin perjuicio de que el retraso, incluso el atribuible al acusado, le

puede causar perjuicios —puede haber supuestos, por el contrario, en los que se beneficie de su existencia—, parece lógico excluir la aplicación de la atenuante en estos supuestos.

La dilación, por tanto, debe ser atribuible a la acción u omisión de cualquier parte procesal, sin que debamos limitar la eximente a las dilaciones que provengan de las acciones u omisiones del órgano judicial sentenciador. Pueden darse, por tanto, como consecuencia de la acción u omisión de otras partes procesales o de otras instancias que hayan intervenido en la tramitación del procedimiento —el Tribunal Constitucional, que tenga que resolver una cuestión de inconstitucionalidad— o por la existencia de déficits de la Administración de Justicia.

Si la dilación sólo es parcialmente atribuible al procesado, habrá que ponderar los factores concurrentes de cara a considerar aplicable o no la atenuante.

3.2.6. Falta de proporción con la complejidad de la causa

Si tenemos en cuenta la cantidad y diversidad de factores y circunstancias que pueden incidir en la determinación de la complejidad de una causa, debemos concluir que no es posible establecer, *a priori*, una regla concreta de proporcionalidad.

De esta forma, más que la duración global del procedimiento, lo relevante radicará en la existencia de «tiempos muertos» en los que no haya habido actividad y que carezcan de justificación procesal (STS 19/12/2001).

4. ATENUANTES POR ANALOGÍA

Como ya hemos visto, el art. 21.7 CP permite la aplicación por analogía de las atenuantes recogidas en los seis primeros números del art. 21 CP.

Las consideraciones generales que se realizaron en la lección 19 siguen válidas aquí. Recordemos simplemente que se trata de aplicar las atenuantes que el propio Código recoge en el art. 21 a supuestos en los que, incluso dándose un sustrato fáctico distinto, concurre la misma *ratio* [razón], las mismas razones en que se basa la atenuación original; es ésta la semejanza a la que se refiere el concepto de analogía.

Dado que ahora se trata de atenuantes por analogía a otras atenuantes específicas, ya no se produce la diferencia penológica que se daba con las eximentes incompletas —que siguen el régimen del art. 68 CP—. Ahora, en todos los casos hay que seguir lo dispuesto en el art. 66 CP —para los delitos dolosos—.

[Artículo 68:

«En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales 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 de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código».

Artículo 69:

«Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga».]

En el estudio de cada atenuante hemos hecho ya referencia a posibles supuestos de aplicación de atenuantes por analogía, de modo que nos remitimos ahí para los concretos ejemplos.

V. LAS INVIOLABILIDADES

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: INVIOLABILIDAD, INMUNIDAD Y FUERO ESPECIAL

Antes de proceder al estudio de estas circunstancias que se sitúan en éste ámbito de la punibilidad es necesario realizar unas breves precisiones conceptuales.

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 —la existencia de intereses vinculados al cargo de la persona considerada inviolable priman sobre los intereses de tutela penal que se puedan ver afectados por su ejercicio del cargo—.

1.2. Inmunidad

La inmunidad supone la existencia de una serie de requisitos relacionados con la persecución de una persona. Estamos, en definitiva, ante obstáculos procesales para la persecución del delito. Así, implica la imposibilidad de detención, de inculpación o de procesamiento de las personas que gozan de la misma, salvo cuando se den unas circunstancias determinadas. Se trata, por tanto, de privilegios de tipo procesal, pese a que también respondan a consideraciones de eficiencia (DÍEZ RIPOLLÉS).

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. No existen dudas sobre su carácter de privilegio procesal, pese a que también se puedan invocar consideraciones de eficiencia en su fundamentación (DÍEZ RIPOLLÉS).

En los tres casos estamos ante excepciones al principio de igualdad ante la ley —art. 14 CE—. En cualquier caso, es importante tener en cuenta que no se trata de privilegios de carácter personal, sino que su existencia —y la consiguiente ruptura del principio de igualdad— se legitima por los intereses asociados a los cargos o instituciones a los que se conceden.

2. INVIOLABILIDADES

2.1. Inviolabilidad del Jefe del Estado (el Rey)

En este momento viene recogido en el art. 56.3 CE, que dice lo siguiente: «**3.** *La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2*».

Vemos que sus actos deben estar refrendados, salvo en los casos en que se trata de nombrar y relevar al personal civil y militar de la Casa Real —contenido del art. 65.2 CE—. En el art. 64.1 CE se establece las personas que deben refrendar los actos del rey, siendo lo relevante, en este momento, lo dispuesto en el número 2 de dicho artículo: «**2.** *De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden*».

2.1.1. Fundamento

Pese a que puede admitirse que existirían razones vinculadas con el mantenimiento del prestigio de la Corona, lo cierto es que son razones de eficiencia —el interés en el ejercicio de la jefatura del Estado sin dependencia de la lucha política— las que justifican su mantenimiento actual.

2.1.2. Localización sistemática

Frente a los autores que consideran que se trata de una causa de justificación o de inimputabilidad, prevalece la opinión de que se trata de una eximente que debe situarse en la punibilidad.

2.1.3. *Ámbito de aplicación*

Existe una cierta discusión sobre este punto, sin que exista unanimidad doctrinal sobre los actos del Rey amparados por la inviolabilidad. Debemos distinguir dos grupos o clases de actos:

A) Actos en el ejercicio de sus funciones

No existe ninguna duda sobre los mismos, pues son los contemplados implícitamente por el art. 56.3 y 64 CE, en cuanto solo se ocupan de los actos del Rey que deben ser refrendados —y estos son los que se realizan en el ejercicio de sus funciones—. El propio texto constitucional señala que la responsabilidad corresponde a las personas que los refrendan (art. 64. 2 CE), de forma que no existe duda de que, en estos supuestos, el Rey no sería penalmente responsable.

Gracias a lo anterior se ha sostenido que no era necesaria la reforma constitucional para adaptarnos al Estatuto de Roma de la Corte penal internacional.

B) Actos particulares

Es aquí donde se ha planteado la discusión, pues algunos autores consideran que la inviolabilidad también se extendería a los mismos (HIGUERA GUIMERÁ), mientras que otros autores consideran que sería posible exigir responsabilidad penal en estos supuestos a través del procedimiento de inhabilitación del art. 59.2 CE. Existe una tercera postura que considera que solo una abdicación permitiría la posibilidad de eliminar la inmunidad real.

En nuestra opinión es más acertada la tercera postura, pero dado que dicha posibilidad no ha sido desarrollada legislativamente, nos encontramos ante un supuesto de inmunidad que tiene, en la práctica, los mismos efectos formales que la inviolabilidad (no se le puede procesar al no estar previsto cauce formal para eliminar el obstáculo procesal que representa la inmunidad).

La Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón, nada dispone sobre estas cuestiones, por lo que no ha habido ninguna modificación en los problemas que se plantean.

En el caso de que se estableciese la desaparición de la inmunidad en supuestos de abdicación del Rey, este gozaría, de todos modos, de un fuero especial, al ser juzgado, en su caso, por las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 55 bis LOPJ).

2.2. Inviolabilidad de Diputados y Senadores estatales

2.2.1. Regulación

Debemos partir de lo que dice el art. 71.1 de la CE: «*Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*».

A partir de esta declaración, el art. 10 del Reglamento del Congreso y el art. 21 del Reglamento del Senado desarrollan la regulación, precisando que la misma persiste incluso una vez que ha cesado su mandato por las manifestaciones realizadas durante el mismo.

2.2.2. Fundamento

Estamos nuevamente ante una eximente en la que resultan básicas las consideraciones de eficiencia. El interés en garantizar una libre formación de la voluntad política prima sobre el interés en la persecución de un posible delito. De todos modos, dado su carácter de prerrogativa, debe interpretarse de modo restrictivo.

2.2.3. Contenido

Como señala el precepto constitucional, la inviolabilidad abarca únicamente las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. El ámbito funcional de la inviolabilidad, por tanto, se limita al desempeño de las funciones parlamentarias, tal y como las regulan la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.

2.2.4. Inmunidad de los parlamentarios

De nuevo debemos acudir a la Constitución, que en su art. 71.2 establece lo siguiente: «**2.** *Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva*».

A) Fundamento

Una vez más estamos ante razones de eficiencia, semejantes a las que fundamentan la inviolabilidad. Se señala (DÍEZ RIPOLLÉS) que, en este caso, existe una vinculación con el normal funcionamiento de la Cámara, que excluye la necesidad de verificar la responsabilidad —no se considera conveniente abrir sin más, un procedimiento, en cuanto ello podría perturbar el normal funcionamiento de las Cámaras al estar sus miembros pendientes de posibles procesamientos—.

B) Contenido

Del precepto se deducen una serie de condiciones, entre las que destaca que la inmunidad solo se da 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.

Finalmente, debe existir autorización de las Cámaras para su procesamiento o inculpación, lo que se refiere a la concesión del pertinente suplicatorio.

2.2.5. Fuero especial

También consagrado constitucionalmente, pues como dispone el art. 71.3 CE: «**3.** *En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*».

Baste precisar que el anterior privilegio se refiere, claro está, 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 cualidad de parlamentario.

2.3. Otros supuestos

Más allá de los analizados, también los parlamentarios autonómicos gozan de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su cargo, disfrutan además de inmunidad —similar a la de los parlamentarios nacionales, salvo que para inculparlos o procesarlos no se requiere suplicatorio— y gozan también de un fuero procesal especial.

Lo mismo puede decirse del Defensor del Pueblo y sus adjuntos, que también gozan de inviolabilidad (opiniones formuladas o actos realizados en el ejercicio de las competencias propias de su cargo), inmunidad —mientras permanezcan en el ejercicio de sus funciones— y un fuero especial (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo).

También gozan de inviolabilidad por las opiniones expresadas en el ejercicio de su cargo los miembros del Tribunal Constitucional, que tienen el régimen de inmunidad judicial previsto con carácter general para jueces y magistrados, disfrutando también de un fuero especial (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo).

Finalmente, también los parlamentarios europeos gozan de inviolabilidad e inmunidad.

Para concluir, podemos referirnos al Presidente del gobierno, que, careciendo de inviolabilidad, tiene un régimen de inmunidad limitado y disfruta igualmente de un fuero especial (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo).

LECCIÓN 26. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En esta lección nos vamos a ocupar de responder a la pregunta acerca de si una o varias conductas realizadas por un sujeto constituyen una o varias acciones desde el punto de vista de los tipos penales y, en el caso de entrar en juego varios preceptos, de 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. A pesar de que el tema tenga gran importancia para la individualización de la pena, lo cierto es que ambas cuestiones pertenecen a la teoría del hecho punible. Son cuestiones de interpretación de las correspondientes figuras delictivas. Para realizar el análisis propuesto debemos comenzar por el concepto de unidad de acción. Y al respecto lo primero que descartamos es la idea de que cada movimiento corporal constituya una unidad de acción. Una acción está formada por 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. Otros autores añaden los requisitos de que los actos sean realizados sin solución de continuidad, es decir, de forma estrechamente unida en el tiempo y en el espacio. Pero este concepto, en primer lugar, 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. Además, aunque nos sirva de punto de partida, este concepto es insuficiente para el objetivo que nos ocupa. A él hay que superponer todavía otro criterio, el de la unidad típica de acción. Porque los tipos penales pueden bien hacer cortes en lo que es una unidad natural de acción, señalando un segmento o varios de ella como la acción típica, o bien unir como acción típica lo que serían varias unidades de acción en sentido natural.

Ej. 26.1: Ernesto, con la intención de robar la recaudación en una gasolinera, hurta el arma de su padraastro policía, se dirige a la gasolinera, dispara al encargado causándole unas heridas en un hombro y se hace con el contenido de la caja registradora. Todas estas conductas pueden comprenderse en una unidad natural de acción según la definición dada más arriba, pues todas ellas van dirigidas al fin de apropiarse del dinero. Pero los tipos penales hacen cortes en esa unidad natural, de manera que tenemos una unidad típica de hurtar, una unidad típica de lesionar y otra unidad típica de robar.

Ej. 26.2: Cesar tiene por su actividad profesional información reservada relevante para la cotización de acciones en bolsa, y de manera habitual suele utilizarla a través de personas interpuestas obteniendo para sí un beneficio económico superior a 600.000 euros. A pesar de que cada uso ilícito de esa información privilegiada constituye una unidad natural de acción, el art. 285.2.1 CP las une todas en un solo tipo agravado de uso abusivo de información privilegiada en los mercados de valores.

II. SUPUESTOS DE UNIDAD DELICTIVA

1. UNIDAD TÍPICA EN SENTIDO ESTRICTO

1.1. Una sola acción natural, varios actos y una unidad típica de acción

Para saber qué segmento o segmentos de una unidad natural de acción, integrados quizás por varios movimientos corporales, suponen una única realización del tipo, hay que atender en primer lugar a la redacción típica. Así, tenemos 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:

Ej. 26.3: Así por ejemplo el art. 237 CP define: «*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran...*». Esta definición, junto con la idea de unidad natural de acción de la que partimos, permite integrar en una sola acción típica de robo el tomar diversos objetos de una misma casa a la que se ha accedido mediante el uso de la fuerza.

— La realización de actos **heterogéneos** se integran en una unidad natural de acción. A estos tipos les llamamos delitos compuestos.

Ej. 26.4: Los arts. 237, 238 y 239 CP consideran robo con fuerza el apoderarse de las cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro, usando las llaves legítimas perdidas por el

propietario para acceder al lugar donde estas se encuentran. El tipo engloba como unidad típica de acción lo que podemos ver como dos actos heterogéneos: el uso de las llaves perdidas para acceder al lugar y el apoderamiento de las cosas muebles ajenas que allí se encuentran.

— Y encontramos un subtipo de los delitos compuestos en 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.

Ej. 26.5: Los arts. 237 y 238 consideran robo con fuerza el apoderarse de las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro rompiendo la puerta para acceder al lugar donde estas se encuentran. El tipo engloba el rompimiento de la puerta para acceder al lugar, lo que ya de por sí constituye un delito de daños, y el apoderamiento de las cosas muebles ajenas que allí se encuentran, lo que por sí mismo constituiría un delito de hurto. Ambas acciones unidas constituyen un tipo complejo de robo con fuerza.

— En ocasiones el tipo prevé la posibilidad de diferentes formas de comisión, de manera que si se 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 ellos el legislador únicamente ha enumerado varias modalidades de realización del delito porque no pudo encontrar una fórmula que cubriera todos los supuestos de comisión imaginables, pero en realidad todas ellas responden a un solo y mismo ataque al bien jurídico.

Ej. 26.6: El art. 238 CP define el delito de robo con fuerza en las cosas de la siguiente manera: «*Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

1º. Escalamiento.

2º. Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.

3º. Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.

4º. Uso de llaves falsas.

5º. Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda».

Quien primero escala para llegar a la ventana, después la rompe para penetrar por ella, y dentro del lugar todavía fuerza las cerraduras de las arcas que contienen los bienes ajenos para tomarlos, ha realizado una sola acción típica de robo.

Frente a los tipos mixtos alternativos encontramos los **tipos mixtos acumulativos**. En ellos la realización de dos o más de las opciones que el tipo recoge da lugar a la comisión de dos o más delitos. En estos casos en realidad el legislador ha unido en un solo precepto varios delitos diferentes haciendo uso de una mala técnica legislativa.

Ej. 26.7: Así el art. 245.1 CP castiga el delito de usurpación: *«Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado»*. Quien ocupa una cosa inmueble y además usurpa un derecho real inmobiliario (por ejemplo, una servidumbre de paso) comete dos delitos distintos de usurpación.

— En el delito permanente, en el que con la consumación se crea una situación antijurídica que permanece en el tiempo, las distintas acciones u omisiones realizadas para mantener esa situación antijurídica se entienden comprendidas en una sola unidad típica de acción.

Ej. 26.8: En un delito de detenciones ilegales (art. 163 y ss. CP) es posible que el secuestrador tenga que realizar sucesivas acciones dirigidas a impedir que la víctima escape o simplemente que omita dejarla en libertad durante un tiempo. Todas esas acciones y omisiones se incluyen en una sola realización del tipo.

1.2. Varias acciones naturales pero una unidad típica

Como señalamos también es posible que el tipo construya como unidad típica lo que en realidad son varias unidades de acción en sentido natural. Esto es lo que sucede por ejemplo en el delito

habitual.

Véase *supra* el ej. 26.2.

2. UNIDAD TÍPICA EN SENTIDO AMPLIO

En ocasiones la realización de varios actos pertenecientes a una unidad natural de acción, cada uno de los cuales podría ya entenderse formalmente como una realización de una unidad típica, se ejecutan sin embargo en determinadas condiciones que permiten entender que solo se ha realizado un único delito. Es preciso que esta conclusión se deduzca 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 típica de acción en sentido amplio. Es decir, igualmente comprenderemos todos esos actos juntos como una sola realización del tipo. Para apreciar en tales casos esa unidad típica se suelen exigir los siguientes requisitos o elementos:

1. La contextualidad o estrecha conexión espacial o temporal entre las diversas acciones típicas.
2. La elevación simplemente cuantitativa de 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.

Ej. 26.9: Así, por ejemplo, se entiende que realiza una sola acción típica de asesinato quien dispara tres veces seguidas a la víctima.

Ej. 26.10: Realiza una sola acción típica de lesiones quien le propina a su víctima varias cuchilladas sucesivas que van agravando la lesión causada.

Ej. 26.11: Realiza una única acción típica de hurto quien entra y sale inmediatamente varias veces seguidas del almacén con la mercancía sustraída en cada viaje para ir depositándola en el camión porque no puede cargarla toda de una vez.

Algunos autores incluyen en estos supuestos de unidad típica en sentido amplio 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: actos preparatorios punibles, tentativa.

Ej. 26.12: Realiza una sola acción típica de asesinato quien conspira con otro para dar muerte a la víctima envenenándola, después le suministra el veneno durante varios días y finalmente consigue el resultado de muerte. El castigo por el tipo de asesinato consumado integraría los actos preparatorios y la tentativa.

Otros autores entienden que se trata, más que de un caso de unidad típica, de un supuesto de concurso de leyes, como veremos *infra*. Los límites que separan el concurso de leyes de la unidad típica no son siempre claros. Por ambas vías se llega al mismo resultado de la aplicación de un solo tipo.

3. EL DELITO CONTINUADO Y EL DELITO MASA

Especial atención merecen las construcciones del delito continuado y el delito masa. Se trata en ambos casos de una unidad delictiva creada a partir de varias unidades típicas de acción. Es decir, varias conductas, cada una de la cuales ya de por sí representa una realización de un tipo o de tipos semejantes, son unidas sin embargo por el legislador que pasa a considerarlas a todas juntas un único delito continuado o un delito masa, a pesar de no encajar en las explicaciones anteriormente vistas de la unidad típica en sentido estricto ni en sentido amplio (así DÍEZ RIPOLLÉS, en contra SANZ MORÁN opina que son supuestos de unidad típica en sentido amplio).

En su origen estas figuras fueron creadas por la doctrina y por la jurisprudencia, pero desde 1983 se encuentran ya reguladas en los sucesivos Códigos penales españoles.

La finalidad inicial con la que aparece la figura del delito continuado en los siglos XVI y XVII era de carácter humanitario. Se quería evitar la aplicación de la pena de muerte prevista para el tercer hurto y por ello se argumentaba que, por existir una unidad de plan o de designio criminal, en realidad no había habido tres hurtos, sino un único delito de hurto continuado.

Desde entonces el tema se ha enriquecido añadiéndose nuevas problemáticas y razones a aquella inicial a la que quería responder esta creación, como por ejemplo la de los supuestos en que no se conoce el número exacto de acciones u omisiones que el sujeto ha realizado. Y con ello también proliferaron las teorías que explicaban la figura y las divergencias de requisitos exigidos.

En la actualidad el delito continuado y su variante del delito masa se encuentran regulados en el art. 74 del Código penal: «**1.** *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan*

preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta [el legislador de 2015 ha olvidado eliminar en este precepto la referencia a las faltas. Al no existir ya en nuestro Código penal las faltas, tampoco podrá constituirse una falta continuada] continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. *Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.*

3. *Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».*

Requisitos para la aplicación del delito continuado y del delito masa son, según nuestro Código penal, los siguientes:

A) Realización de una pluralidad de acciones o de omisiones

No se exige que no pueda determinarse el número concreto de estas, aunque el Tribunal Supremo lo exigió así durante algún tiempo cuando la figura aún no estaba regulada. Tampoco se exige una conexión espacial o temporal estrecha entre ellas, lo que diferenciará algunos supuestos de delito continuado de los ejemplos que vimos más arriba de unidad típica en sentido amplio.

B) Infracción del mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza

Puede que las distintas acciones u omisiones realicen el mismo tipo penal o un tipo básico y otros privilegiados o agravados, o incluso tipos diferentes pero que protegen el mismo bien jurídico, como por ejemplo el hurto y el robo con fuerza en las cosas.

C) Ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión

Se comprenden 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.

Ej. 26.13: Emilio trabaja en una bodega. Ha observado que existe una parte de la misma que almacena vinos con un valor en el mercado de hasta mil euros la botella y a la que nunca se acerca nadie, salvo que se reciba una visita especial. De manera que ha decidido ir sustrayendo poco a poco, para no ser descubierto, las 30 botellas excepcionales que se encuentran allí, llevándose cada viernes, que es el día que todo el mundo sale antes y el se queda solo, una o dos botellas debajo de la chaqueta. Al cabo de tres semanas Emilio es descubierto. Emilio ha cometido un delito continuado de hurto en ejecución de un plan preconcebido.

Ej. 26.14: Luisa trabaja como empleada de hogar de Susana, una mujer de avanzada edad. Como Susana no está ya en condiciones ni de salir sola a la calle, ni de llevar las cuentas, suele enviar a Luisa a hacer la compra y a pagar los recibos al banco. Luisa, cada vez que Susana la envía a algún recado con dinero y le sobra algo después de hacerlo, se queda una cantidad de las vueltas, de manera que a lo largo de un año ha sustraído 560 euros. Luisa ha realizado un delito continuado de apropiación indebida aprovechando idéntica ocasión.

D) 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.

Ej. 26.15: Miguel vende participaciones de un supuesto número de la lotería nacional para el sorteo de Navidad, pero en realidad no tiene dicho número y, además, vende más participaciones de las posibles. Cuando llega la fecha del sorteo ha vendido 100 participaciones a 10 euros cada una, estafando a 100 personas. Miguel ha cometido un delito masa de estafa.

Esta variante, de creación jurisprudencial, apareció en los años cincuenta del pasado siglo para dar respuesta a casos de estafas masivas, aunque con la regulación actual puede entenderse un caso particular de delito continuado, que se distingue únicamente por la

posibilidad prevista de elevar considerablemente la pena para los supuestos de delito de notoria gravedad.

Ej. 26.16: Ángel, Esteban y Susana diseñan un plan para estafar a una generalidad de personas, consistente en simular ser una empresa constructora que vende pisos sobre plano. Cuando han engañado a ochenta compradores, quienes han dado una señal de 30.000 euros cada uno de ellos para la reserva de su piso, desmontan las oficinas y huyen con los dos millones cuatrocientos mil euros conseguidos.

E) 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 eminentemente personales, como la vida, la integridad física y la salud, la libertad deambulatoria, etc., salvo el honor y la libertad e indemnidad sexuales. Para decidir en qué infracciones contra el honor o contra la libertad e indemnidad sexuales sí cabe apreciar delito continuado el Código penal no da más pautas que la mera indicación de «*se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido*», dejando por tanto la tarea a la doctrina y a la jurisprudencia. En todo caso es necesario que se haya afectado con las diferentes acciones u omisiones a un mismo sujeto pasivo.

En los delitos contra el honor el Tribunal Supremo suele admitir el delito continuado, aunque algún autor (CEREZO) propone que se limite su admisión a las injurias y se excluya en las calumnias, mientras que otros lo admiten en ambos (LAURENZO). En los delitos contra la libertad e indemnidad sexual la jurisprudencia es muy contradictoria. Algunos autores proponen excluirlo en las agresiones sexuales, sin que tampoco exista acuerdo.

F) No es necesario que la aplicación del delito continuado beneficie al reo, sino que por el contrario, y en contra de la finalidad con la que nació la figura, la regulación actual prevé la posibilidad de que su aplicación perjudique al reo

Ello se debe a que nuestro Código penal distingue según la cuantía de lo apropiado, sustraído, etc., para calificar el hecho como delito leve (por lo general por debajo de 400 euros) o delito menos grave o grave (si se supera dicha cifra). Al mismo tiempo, el art. 74 CP dispone que en las «*infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado*». En conclusión, puede suceder que lo que, de no existir la figura del delito continuado, debiera 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 euros que separan el delito leve del menos grave. Ello hará que la apreciación del delito continuado lleve, en ocasiones, a una pena mayor que la que correspondería de no apreciarse la continuidad delictiva.

Ej. 26.17: El art. 234 CP castiga con una pena de multa la sustracción, con ánimo de lucro, de las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros y con una pena de prisión si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros. Si las diversas sustracciones por valor inferior a 400 euros se castigaran como un concurso real de hurtos leves se condenaría únicamente a una suma de multas, mientras que si se aplica un delito continuado y se suman las cuantías; pasando la cantidad total de lo sustraído en las diferentes ocasiones de 400 euros, la pena a imponer será la de prisión.

III. SUPUESTOS DE PLURALIDAD DELICTIVA

Hasta ahora hemos visto los casos en que bien la realización de una unidad natural de acción, bien uno o varios segmentos de la misma, la repetición de ellos o la realización de varias acciones naturales, constituían en todos los casos un solo delito. A partir de aquí vamos a estudiar, por el contrario, los supuestos en que una o varias acciones (bien entendido que estas no se corresponden con la unidad natural de acción sino 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. O dicho de otra manera: cada acción natural o segmento relevante de la misma de las varias realizadas es comprendido por un solo tipo penal.

Ej. 26.18: Al salir de la prisión Marcela hurta una motocicleta y se dirige a su pueblo natal; una vez allí se encuentra con su prima Josefina, que la delató, y le asesta un navajazo causándole lesiones, lo mismo que a su tío Alfonso que sale en defensa de Josefina, tras lo cual roba un coche amenazando a su propietario con la navaja y sale huyendo. Marcela ha cometido un hurto de

uso de vehículo de motor, dos delitos de lesiones y un robo de uso de vehículo, todos ellos en concurso real de delitos.

Para apreciar el concurso real de delitos con las consecuencias penológicas previstas para el mismo, que veremos en la lección 32, se exige que los hechos se enjuicien en el mismo proceso o que por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso y que sobre ninguno de ellos haya recaído ya sentencia condenatoria.

Se distingue un concurso real homogéneo, cuando el sujeto realiza varias acciones y todas ellas infringen el mismo precepto penal y un concurso real heterogéneo, cuando cada una de las acciones realiza un tipo diferente.

Ej. 26.19: Laura, catedrática de anatomía patológica, quiere vengarse de tres alumnos que han colgado fotos suyas en Internet y a sabiendas de su injusticia califica el examen final de Javier, Pedro y Lorenzo, con un inmerecido e injustificable suspenso. Laura ha cometido tres delitos de prevaricación (art. 404 CP) en concurso real homogéneo.

Ej. 26.20: Melina, madre de un hijo y divorciada, después de una visita de fin de semana, se niega a entregar a su hijo a su ex marido Marcelo, que tiene la custodia. Cuando Marcelo vuelve a su domicilio al poco rato para recoger al niño, esta vez acompañado de la policía, Melina declara falsamente a los agentes que el progenitor ha cometido abusos sexuales contra el menor. Melina ha cometido un delito de sustracción de menor (art. 225 bis) y otro de acusación falsa (art. 456 CP), en concurso real heterogéneo.

2. CONCURSO IDEAL DE DELITOS

Estarnos ante un concurso ideal de delitos, regulado en el art. 77 CP, cuando una sola acción u omisión constituye dos o más delitos: Es decir, aquí 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.

Ej. 26.21: Jacinto, en el curso de una manifestación no autorizada, golpea con un bate de baseball a un policía que le impide el paso, causándole unas lesiones consistentes en la fractura de tres dedos. La acción de Jacinto es constitutiva simultáneamente del delito de lesiones (arts. 147 y 148 CP) y

del delito de atentado contra la autoridad (arts. 550 y ss. CP).

La diferencia entre el concurso ideal de delitos y el concurso de leyes que estudiaremos a continuación radica en que en el primer caso es necesario aplicar todos los tipos penales en juego, pues elegir solo uno de ellos supondría no tener en cuenta todo el desvalor del hecho.

Así, en el Ej. 26.21, si condenamos solo por lesiones, no tenemos en cuenta el ataque contra el orden público que supone el delito de atentado, mientras que si elegimos este no podemos captar el menoscabo a la salud del policía que ha supuesto el hecho. Por ello debe condenarse por ambos delitos en concurso ideal.

También en el concurso ideal de delitos podemos distinguir un concurso homogéneo, cuando una sola acción realiza simultáneamente varios delitos idénticos, y un concurso ideal heterogéneo cuando con la misma acción se realizan dos tipos diferentes.

Ej. 26.22: Anders coloca una bomba en la sede del gobierno matando al hacerla explotar a nueve personas. Anders ha cometido nueve asesinatos en concurso ideal homogéneo.

Esta es la solución que mayoritariamente recibe el supuesto, sin embargo un sector minoritario (MIR PUIG, RODRÍGUEZ RAMOS) aprecia en estos casos un concurso real en lugar de ideal de delitos. Para ello interpretan que la expresión «*un solo hecho constituya dos o más infracciones*» que utiliza el art. 77 CP para regular el concurso ideal permite afirmar que en los delitos de resultado —al menos en los dolosos según RODRÍGUEZ RAMOS y así lo ha apreciado también el Tribunal Supremo en alguna sentencia— hay tantos hechos o tantas acciones como resultados, y por tanto ante varios resultados no tenemos un solo hecho o una sola acción, ni por tanto un concurso ideal, sino un concurso real. El argumento no es convincente, pues que en el concurso ideal nos encontremos con una sola acción que produce varios resultados es lo habitual, y resulta especialmente claro en los concursos ideal heterogéneos, donde una misma acción lesiona a la vez dos bienes jurídicos diferentes.

Ej. 26.23: El supuesto recogido en el Ej. 26.21 se refiere a un concurso ideal heterogéneo.

3. CONCURSO MEDIAL

El art. 77 CP regula, junto con el concurso ideal de delitos, el concurso medial. El mismo concurre cuando el sujeto comete varios delitos y *«uno de ellos es medio necesario para cometer el otro»*. Nos encontramos aquí con que 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.

Ej. 26.24: Dulce falsifica un certificado médico de invalidez y después lo presenta a su compañía de seguros, consiguiendo con ello cobrar una indemnización que no tiene derecho a percibir. Ha cometido una primera acción que cumple el tipo de la falsificación de certificados del art. 399.1 CP, para cometer la segunda acción constitutiva del delito de estafa (arts. 248 y ss. CP). Ambos delitos han sido cometidos en concurso medial.

La doctrina mayoritaria considera que se trata de un concurso real de delitos al que se le da un trato privilegiado por esa relación de medio a fin que existe entre las diferentes acciones típicas. Hasta la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el concurso medial se equiparaba en su tratamiento penológico al concurso ideal. Un sector minoritario entendía que estábamos ante un verdadero concurso ideal. Esta postura tras la reforma resulta difícil de mantener ya que en la actualidad, y como se verá en la lección 32, el concurso medial de delitos recibe un tratamiento penológico propio, y diferente del previsto para concurso ideal de delitos.

Resulta esencial para la aplicación de esta figura la determinación de cuándo uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro. Puesto que la apreciación del concurso medial suele suponer un privilegio de difícil justificación para el delincuente, una parte de la doctrina exige que esa relación de necesidad se interprete en sentido real, concreto y restrictivo (MUÑOZ CONDE), no bastando con que un delito sea medio para cometer otro según el plan del autor, sino que el primer delito tiene que ser objetivamente indispensable para cometer el segundo en la ocasión concreta (GONZÁLEZ RUS). Esta es también la interpretación de la jurisprudencia, que suele ser muy restrictiva en la aplicación del concurso medial. En palabras del Tribunal Supremo, *«no siendo suficiente que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que aparezcan ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales»* (STS 07/07/1992).

Ej. 26.25: En la sentencia citada, el Tribunal Supremo negó la aplicación del concurso medial y entendió, en cambio, que había concurso real entre todos los delitos cometidos, en un supuesto en el que tres sujetos robaron un coche, rompiendo la ventanilla y haciéndole un puente (robo de uso de vehículo), se dirigieron en él a una localidad cercana en la que atracaron un banco (robo) y huyeron en el mismo vehículo, disparando desde él a los agentes que les perseguían (atentado). Para atracar un banco no es indispensable acudir o huir de él con un vehículo robado, por lo que no se aprecia esa relación necesaria de medio a fin que justifica la aplicación del concurso medial de delitos.

IV. EL CONCURSO DE LEYES PENALES. CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE RESOLUCIÓN

El concurso de leyes, también llamado «concurso aparente», se da cuando una acción u omisión es subsumible en varias figuras delictivas, igual que en el concurso ideal de delitos, pero a diferencia de este, 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*.

Ej. 26.26: Nicanor, consigue violar a Francisca amenazándola con un cuchillo, diciéndole que si se resiste le cortará el cuello. La conducta de Nicanor es subsumible en el delito de amenazas, pero también en el de violación, y este último ya incorpora en el tipo el uso de la intimidación para conseguir el acceso carnal. Por ello bastará con condenar a Nicanor solo por el delito de violación, ya que condenarle por violación y por amenazas supone castigar dos veces el hecho de la intimidación.

El vigente Código penal regula el concurso de leyes en el artículo 8, que recoge los criterios para elegir el precepto aplicable cuando se den estas situaciones: «*Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:*

- 1.** *El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
- 2.** *El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.*
- 3.** *El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*
- 4.** *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más*

grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

Vamos a continuación a explicar y ejemplificar los criterios de solución:

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. Normalmente es la relación que existe entre los tipos privilegiados o agravados y el tipo básico, del que contienen todos sus elementos más el motivo de la atenuación o agravación.

Ej. 26.27: El tipo del homicidio castiga el matar a otro, el del asesinato castiga matar a otro de determinadas formas, como por ejemplo con alevosía. Todo el que asesina mata a otro, aunque no todo el que mata a otro lo hace con alevosía. El asesinato es tipo especial frente al homicidio. Si Sergio mata a Xavier con alevosía su conducta es subsumible en el homicidio, pues se han dado todos sus elementos (matar a otro) pero también en el asesinato, pues ha matado a otro con alevosía. En este caso condenaremos a Sergio solo por el precepto especial: el asesinato.

Si tuviéramos que representar esta relación gráficamente tendría la siguiente forma, en la que el tipo especial es un subconjunto del general:

2. Subsidiariedad: *«El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible».*

En muchas ocasiones el propio Código nos indica que un precepto solo 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.

Ej. 26.28: El art. 229.3 CP recoge una regla de subsidiariedad expresa cuando dice: *«...sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave».* Es decir, si el hecho puede calificarse conforme a un delito más grave se aplica aquél y no el abandono de menores, que aparece como figura subsidiaria aplicable solo en defecto del principal (DELGADO GARCÍA).

Ej. 26.29: Suele decirse que el delito de coacciones está en una relación de subsidiariedad tácita con muchos otros delitos del Código penal, pues en el fondo casi todo delito cometido mediante el uso de la violencia integraría el tipo de la coacción. De manera que las coacciones solo se aplican si no se dan los elementos de un delito más grave y específico para castigar el hecho.

Ej. 26.30: También se suele citar como ejemplo de subsidiariedad tácita el art. 542 CP, que castiga al *«funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes»*. Este precepto es norma subsidiaria respecto de los artículos que lo preceden, que recogen expresamente como delito el impedir el ejercicio de determinados derechos (DELGADO GARCÍA).

Ej. 26.31: De la misma manera, se encuentra en una relación de subsidiariedad tácita con los artículos precedentes el art. 614 CP: *«El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades...»*.

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. El delito más amplio comprende ya los juicios desvalorativos de otros tipos más simples contenidos en él.

Ej. 26.32: Según los arts. 237 y 238 CP constituye robo con fuerza en las cosas el apoderarse de las cosas muebles ajenas empleando la fuerza para acceder al lugar donde estas se encuentran, como la fractura de puerta. El delito de robo con fuerza consume el desvalor del hurto (tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño) y también el delito de daños que implica el uso de la fuerza para acceder a las mismas (en este caso el rompimiento de la puerta).

Supuestos interesantes del principio de consunción, según la doctrina y la jurisprudencia, serían los siguientes (aunque como vimos algunos autores interpretan alguno de ellos como modalidades de unidad típica

en sentido amplio):

A) En los supuestos de progresión delictiva las fases posteriores consumen a las fases anteriores del *iter criminis* [proceso de desarrollo del delito]:

Ej. 26.33: El delito consumado consume a la tentativa y a los actos preparatorios punibles en caso de que estos hubieran sido cometidos y, del mismo modo, la tentativa consume a los actos preparatorios punibles.

B) Los hechos acompañantes menos graves consustanciales a la comisión del delito principal quedan consumidos por este:

Ej. 26.34: Los daños en el traje que produce la bala quedan consumidos en el delito de homicidio o asesinato (otra cosa es la repercusión que tales daños puedan tener a efectos de responsabilidad civil).

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:

Ej. 26.35: La inhumación ilegal del cadáver para ocultarlo, que realiza quien es autor de la muerte, queda consumida por su delito de asesinato.

4. Alternatividad: «*En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*». Este principio que tiene su origen en la concepción de BINDING de los tipos mixtos alternativos, que vimos *supra*, tiene su fundamento en que en ocasiones el legislador ha contemplado el delito desde diferentes puntos de vista o, más bien, no ha sabido captar en una sola fórmula todas las formas de ataque al bien jurídico que quería castigar, creando por ello diversos preceptos diferentes, que contienen un núcleo en común, pero algunos elementos distintos. Si tuviéramos que representar esta relación, su gráfico sería el de dos círculos secantes:

Pero lo cierto es que la existencia de un concurso de leyes de estas características puede deberse a motivos diferentes:

En ocasiones, las diferencias entre los preceptos responden a un mismo motivo, con lo que aplicando uno solo se comprende todo el

desvalor del hecho. Es lo que suele pasar con los tipos mixtos alternativos, que solucionamos como un ejemplo de unidad típica en sentido estricto, pero que responden a la misma explicación que el principio de alternatividad como criterio de resolución del concurso de leyes:

Ej. 26.36: Así, cada una de las modalidades posibles del robo con fuerza en las cosas responde al mismo motivo: el desvalor mayor que en relación con lo injusto del hurto representa que el ladrón haya superado los obstáculos que el propietario ha colocado para proteger sus bienes. A este motivo responde tanto la tipificación del rompimiento de pared, como la del escalamiento, la de la inutilización del sistema de alarmas ... el legislador podría haber encontrado una fórmula comprensiva de todas estas modalidades en lugar de crear varios subtipos o varias modalidades de robo con fuerza. La aplicación de una de ellas ya comprende, por tanto, ese mayor desvalor del hecho, aun cuando se cometan varias.

En otras ocasiones 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 contenga el núcleo más importante del desvalor del hecho hace que no se puedan aplicar ambos tipos sin incurrir en *bis in idem*.

Y otras veces, la situación es fruto simplemente de una mala técnica del legislador, que no ha advertido el solapamiento y desproporción punitiva entre dos preceptos. Por ello aquí el Código penal da la solución de aplicar el precepto que tenga señalada pena más grave.

Ej. 26.37: El delito de acoso sexual del art. 184.2 CP castiga con pena de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses, entre otras conductas, la de solicitar «*favores de naturaleza sexual, para si o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, si con tal comportamiento se provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante... con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación*». Y el delito de amenazas condicionales del 171.1 castiga con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses las amenazas de un mal que no constituya delito, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito

se le impondrá la pena en su mitad superior. Puesto que no tiene sentido privilegiar a quien amenaza con un mal relacionado con las legítimas expectativas profesionales de la víctima y pone como condición la realización de un favor sexual creando además una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante a la víctima, lo lógico es aplicar aquí el principio de alternatividad y optar por el castigo del hecho como delito de amenazas, que prevé una pena más elevada.

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

El estudio del sistema de penas en la legislación española pasa por hacer referencia, en primer lugar, a la Constitución que, como norma suprema, determina los principios rectores de dicho sistema en el marco del Estado social y democrático de Derecho que su texto conforma (art. 1.1 CE). No es que la Constitución defina las concretas penas de las distintas infracciones penales, sino que delega esta facultad en el legislador ordinario estableciendo, eso sí, los principios y los límites que este debe observar en el ejercicio de la misma.

En esta materia, además de los límites derivados del principio de legalidad que fueron estudiados en la Lección 2 y que inciden en la regulación de la pena como consecuencia jurídica de la infracción penal, son de destacar dos previsiones del texto constitucional: Por un lado, el art. 15 CE que consagra el derecho de todos a la vida, a la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, ni a la pena de muerte salvo lo que puedan establecer las leyes penales militares para tiempos de guerra. Por otro, el art. 25.2 CE 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. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

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

1ª. Se prohíbe la pena de muerte para tiempos de paz. El análisis de esta proscripción se aborda en otro apartado de la presente lección.

2ª. Se prohíben las penas inhumanas o degradantes. El significado que cabe dar a estos términos está condicionado históricamente y culturalmente. Hoy día por pena inhumana se entiende aquella que provoca graves padecimientos físicos o psíquicos, por lo que merece socialmente el calificativo de cruel, por insufrible o excesiva (RAE). Por su parte, la pena degradante es la que causa envilecimiento o grave humillación en el penado, pues supone un tratamiento del mismo que le rebaja de su humana condición.

Este concepto de pena inhumana y degradante se refleja en Convenios internacionales y europeos, así como en las SSTEDH de 7 de julio de 1989, caso Soering c. Reino Unido; de 16 de diciembre de 1999, caso V. c. Reino Unido; de 26 de octubre de 2000, caso Kudla c. Polonia; de 19 de abril de 2001, caso Peers c. Grecia; de 15 de julio de 2002, caso Kalashnikov c. Rusia; y de 4 de mayo de 2003, caso Van der Ven c. Holanda; y en las SSTC 65/86, de 22 de mayo, 120/90, de 27 de junio, 57/94, de 24 de marzo y 196/2006, de 3 de julio, entre otras. Merecen la consideración de inhumanas o degradantes las penas corporales (que inciden directamente sobre la integridad física, como las mutilaciones o los azotes) y las penas infamantes que persiguen la humillación del condenado haciendo visible ante la sociedad esa condición (revelándola mediante listados públicos o a través de una determinada indumentaria o identificación que el penado deberá mostrar en su interacción social). En algunos estados de Norteamérica, como Nueva York u Oregón, continúan vigentes en la actualidad las denominadas *shame penalties* —expresión que podría traducirse por «penas infamantes»— que pueden consistir en la obligación, por parte del condenado, de llevar un cartel o

placa identificativa en la que se hace constar el delito que cometió y por el que fue condenado.

Por su parte, el TEDH, en su más reciente jurisprudencia, también considera que la pena de prisión permanente es contraria al art. 3 del CEDH (que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes) si la misma resulta irreducible porque el sistema que la regule no permita su revisión en un plano formal o en la práctica (ver, entre otras, SSTDH caso Hutchinson c. Reino Unido, 3 de febrero de 2015 y caso Vinter y otros c. Reino Unido, 9 de julio de 2013).

El legislador español que introdujo la pena de prisión permanente revisable en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, considera que la misma es acorde con el art. 3 CEDH y con la interpretación que de este precepto ha hecho el TEDH. Ello porque dicha pena está sujeta a un régimen de revisión que permite al penado el acceso a la libertad condicional y la ulterior remisión de dicha pena. Como más adelante se explica, este régimen de revisión solo satisface estas exigencias desde el punto de vista formal. En un plano material es muy dudoso que lo haga dado el largo periodo de tiempo que tiene que transcurrir para que el condenado a esta pena pueda optar a conseguir la libertad condicional (son 25 años, en el mejor de los casos, y 35, en el peor), y los requisitos que se exigen para que ello suceda (entre otros, que el penado tenga un pronóstico favorable de reinserción social, algo más que improbable después de un encierro efectivo tan prolongado).

3ª. Deslegitimación, según algunos, de las penas privativas de libertad de larga duración o de duración perpetua. Desde algunas posiciones se alega que la privación de libertad no debería superar nunca los quince años de cumplimiento efectivo pues, de lo contrario, se destruye la personalidad del reo incapacitándole para una futura vida en sociedad y, en consecuencia, se frustra cualquier posibilidad de reeducación o reinserción social. Sin embargo, existen ciertos sectores sociales, aparentemente en crecimiento, que ven en las penas de prisión de larga duración o de duración indeterminada la única posible respuesta a determinados delitos considerados muy graves, al tiempo que consideran que la rehabilitación del penado no constituye una finalidad de las penas privativas de libertad.

Esta tendencia es claramente la que ha seguido el legislador español con la LO 1/2015, de 30 de marzo, al introducir la pena de prisión permanente revisable, mantener los límites de 25, 30 y 40 años de pena de prisión para determinados supuestos de

acumulación de penas por concurso real de infracciones, así como las limitaciones que desde el año 2003 existen para obtener beneficios penitenciarios, acceder al tercer grado y a la libertad condicional. Tales restricciones implican la posibilidad de que la duración efectiva de la pena de prisión alcance los límites señalados, pudiendo llegar por tanto a los 40 años de encierro efectivo lo que se aproxima, en gran medida, a la cadena perpetua. Por otro lado, la reforma de 2015 no ha resuelto la situación de los condenados a varias penas de prisión cuya suma aritmética supera, en ocasiones, los 100 años, y no son susceptibles de reducción.

4ª. Se prohíbe que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad consistan en trabajos forzados. No obstante, tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) como el Reglamento Penitenciario establecen el trabajo obligatorio para el sujeto que esté cumpliendo la pena de prisión (ver, respectivamente, los arts. 26 y 29 LOGP, y 132 y 133 RD 190/1996). La opinión mayoritaria considera que esto no significa que la normativa penitenciaria esté incumpliendo el mandato constitucional pues lo que la Constitución prohíbe es el trabajo forzado y no el trabajo obligatorio.

Se entiende que el trabajo forzado y el trabajo obligatorio no son equivalentes. En el primero la actividad se emplea meramente como castigo, sin más finalidad que la puramente aflictiva. En el segundo, la tarea se impone para lograr la reeducación del penado, al que se le permite además acceder a los beneficios de la actividad laboral que desempeñe.

5ª. Se establecen ciertos límites a la privación o limitación de derechos fundamentales durante la ejecución de la pena de prisión. Así, solo se podrán privar o limitar los derechos fundamentales expresamente señalados, a tal efecto, por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Tales privaciones o limitaciones no podrán nunca implicar la carencia de alimentación, higiene, intimidad, seguridad personal o trabajo remunerado, así como la imposibilidad de acceder a la cultura o al desarrollo integral de la personalidad del penado, de acuerdo con el mandato del art. 25.2 CE.

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 por la comisión de un delito y las reglas que rigen su aplicación se recogen en el Título III del Libro I del vigente Código penal, que se aprobó en 1995 [para las personas jurídicas ver lección 38]. Como parte de este texto punitivo, que sucedió al Código penal de 1973, de origen preconstitucional, el referido Título III trató inicialmente de modernizar las consecuencias del delito en el marco del régimen social y democrático que la Constitución instauró. En este sentido, es de destacar la introducción de lo que en su día fueron novedades, como el sistema de días multa o los trabajos en beneficio de la comunidad, la flexibilización de las reglas de la individualización de la pena, dando un mayor margen a la discrecionalidad judicial, y el mayor peso concedido a la prevención especial a la hora de determinar la pena a fin de reducir su gravedad (a través, por ejemplo, de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad).

Parte de estas pretensiones iniciales se han ido abandonando en virtud de las distintas reformas penales acaecidas desde 1995 hasta la actualidad.

Son de destacar, a este respecto, los cambios introducidos durante los años 2003, 2010 y 2015 (concretamente a través de las LO 7/2003, de 30 de junio, LO 11/2003, de 29 de septiembre, LO 15/2003, de 25 de noviembre, LO 5/2010, de 22 de junio, y LO 1/2015, de 30 de marzo).

Dichas reformas han apostado por un endurecimiento general de las penas y de las condiciones de su cumplimiento en consonancia con planteamientos retributivos y preventivo generales. En este sentido, cabe mencionar, entre otros aspectos, la posibilidad de cumplimiento efectivo de la totalidad de la pena de prisión, sin obtener la clasificación en tercer grado, ni acceder a la libertad condicional, y la utilización, en mayor medida, de la pena de prisión (reaparecen las penas de prisión de corta duración). Por otro lado, aunque en la línea apuntada, se vuelve a poner el acento en la prevención especial, pero no precisamente para dulcificar el tratamiento punitivo, sino para extender la intervención penal más allá del cumplimiento de la condena a través de la medida de libertad vigilada.

También es necesario destacar la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, que introduce la prisión permanente revisable *«para aquellos delitos de extrema gravedad en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido»* (ver preámbulo de la citada ley). La orientación retributiva de esta pena queda fuera de toda duda, aunque no así el respaldo ciudadano que el legislador le atribuye.

El sentir ciudadano sobre la criminalidad es objeto de constante manipulación por parte de los medios de información y de los partidos políticos, tanto si ejercen la oposición como si gobiernan. Las estadísticas demuestran que, en muchas ocasiones, el aumento de la preocupación por el delito y la consiguiente exigencia de modelos punitivos retributivos no responden a un incremento real de la tasa de criminalidad. El reflejo distorsionado de la realidad criminal, así como de la supuesta falta de dureza del sistema penal, se han convertido en un arma política que busca fomentar el miedo en la ciudadanía y, con ello, su adhesión al grupo político que asegure una respuesta efectiva frente a esta necesidad artificialmente creada (ver, entre otros, ARROYO ZAPATERO, DÍEZ RIPOLLÉS y POZUELO PÉREZ). En España ello ha dado lugar a una situación ciertamente paradójica: tenemos una de las tasas de criminalidad más bajas de la Unión Europea y una de las más altas de población encarcelada (consultar las estadísticas manejadas, entre otros, por ARROYO ZAPATERO en 2014).

Por otro lado, el apoyo ciudadano a la prisión permanente revisable ha ido en progresivo descenso si tenemos en cuenta los datos que arrojan numerosas encuestas (entre otras, Sigmados, 2008; Metroscopia, 2009; Simple Lógica Investigación, 2012; Metroscopia, 2015). De acuerdo con el informe publicado el 24 de marzo de 2015 por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (<https://www.apdha.org/la-sociedad-espanola-frente-a-su-sistema-penal/>), este descenso es más acusado cuanto mayor es el grado de conocimiento por parte de los ciudadanos encuestados acerca de cuestiones como las siguientes: el coste anual de mantenimiento de una persona privada de libertad en un centro penitenciario (alrededor de 30.000 euros), el porcentaje real de los delitos más graves como homicidio, asesinato o delitos contra la libertad sexual (inferior al 2%), el hecho de que la reincidencia de los delitos más graves antes mencionados es muy inferior a la del resto de delitos y el que la estancia máxima en prisión que permite el vigente sistema penal, carece de límites máximos absolutos (ello en caso de condenas no acumulables, lo que se traduce en que haya centenares de personas cumpliendo condenas superiores a 40 años no susceptibles de reducción).

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 que

seguidamente se exponen.

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

En atención a este criterio, que algunos identifican con la naturaleza de la pena y que aparece recogido en el art. 32 CP, podemos diferenciar entre penas privativas de libertad, penas privativas de otros derechos y multa. Esta clasificación no incluye la pena de muerte. No obstante, puesto que la Constitución contempla la posibilidad de su aplicación por parte de las leyes penales militares en tiempos de guerra (art. 15 CE), parece conveniente detenerse en su estudio, que se aborda a continuación.

A) La pena de muerte

a) Naturaleza: Consiste en la privación de la vida, por lo que afecta al bien jurídico primario de todo ser humano.

b) Regulación: Como ya se puso de manifiesto, la Constitución prohíbe la pena de muerte para tiempos de paz. En consonancia con este mandato, la pena de muerte fue suprimida del Código Penal común (a través de la reforma de LO 8/1983, de 25 de junio) y de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (por la reforma de LO 1/1986, de 8 de enero). El Código penal militar mantuvo la pena de muerte con posterioridad a la aprobación del texto constitucional pero solo para tiempos de guerra en diversos supuestos, aunque nunca como pena única. Más adelante, por la reforma de LO 11/1995, de 27 de noviembre, también quedó abolida la pena de muerte en el Código penal militar, desapareciendo de este modo de nuestro sistema legal. Hoy día, por tanto, para aplicar la pena de muerte, habría que modificar por ley orgánica, dado que la cuestión afecta al derecho fundamental de la vida, las leyes penales militares para tiempos de guerra, en virtud de lo establecido por la Constitución.

Dado que la previsión constitucional de la pena de muerte persiste, sería preciso concretar qué cabe entender por leyes penales militares y cuándo puede decirse que estamos en tiempos de guerra.

— Leyes penales militares: No cabe duda que el rango de ley al que habría de pertenecer la ley penal militar que incorporase la pena de muerte sería el de ley estatal orgánica por los motivos ya apuntados (ver arts. 149.1.6 y 81 CE). Pero no basta con una delimitación puramente formal del concepto, sino que es preciso considerar criterios materiales que determinen su contenido. Dentro de los mismos, el

objetivo exige que la ley regule delitos que afecten a los intereses de las Fuerzas Armadas, y el subjetivo que el sujeto activo de tales delitos ostente la condición de militar.

— Tiempos de guerra: El nuevo Código penal militar ha sustituido la locución «tiempos de guerra» por la expresión «en situación de conflicto armado» (en la que no se requiere necesariamente la existencia de una declaración de guerra entre las partes enfrentadas) conforme con el concepto y terminología empleados por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia consolidada en materia de Derecho Internacional Humanitario.

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 (cuando se trate de prisión permanente revisable). Dicho lugar consistirá, en función de la clase de pena privativa de libertad de que se trate, en un centro penitenciario (pena de prisión y pena de prisión permanente revisable) o en cualquier otro espacio cerrado en el que pueda residir una persona y que será establecido, en su caso, por la autoridad judicial competente (pena de localización permanente). El hecho de que el sujeto deba permanecer en un mismo lugar durante un tiempo, aunque sea de forma discontinua, implica que el mismo no podrá ejercer otros derechos y libertades, distintos de la libertad ambulatoria, que resultan, sin embargo, afectados por la pena privativa de libertad.

b) Exigencia constitucional: El art. 25.2 CE exige que las penas privativas de libertad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

El Tribunal Constitucional (SSTC 19/88, de 1 de marzo, 28/88, de 23 de febrero, 150/91, de 29 de julio, 229/05, de 12 de septiembre, 56/2012, de 29 de marzo y 160/2012, de 20 de septiembre, entre otras) ha considerado que la previsión constitucional del art. 25.2 constituye un mero principio orientador en la ejecución de las penas privativas de libertad que no impide que las mismas puedan cumplir fines distintos de la reinserción y reeducación. En este sentido, el art. 1 LOGP se refiere a la

«retención y custodia» como los fines de la ejecución de la pena de prisión. Por su parte, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, se insiste en la necesidad de conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de protección y tutela, como son la seguridad y libertad del resto de los ciudadanos. Todo esto parece indicar que si bien las penas privativas de libertad deben orientarse a la reinserción y reeducación del penado, ello no significa que durante su ejecución, que implica necesariamente la retención y custodia del mismo, no puedan alcanzarse otros fines que pueden también legitimar su aplicación. Entre los mismos, algunos destacan la prevención especial de vertiente negativa que se consigue mediante el aislamiento del reo mientras dure la condena, lo cual, al menos en ese tiempo y respecto del concreto penado, garantiza la seguridad y libertad del resto de los ciudadanos. Por otro lado, estos planteamientos tratan de legitimar la pena privativa de libertad cuando la misma no consigue el efecto reeducador o de reinserción social, algo que desgraciadamente sucede con frecuencia.

Está claro que el mandato constitucional del art. 25.2 CE no exige que la reeducación y la reinserción tengan que satisfacerse en todo caso, pero sí que la ley que regula la pena de prisión no establezca un régimen que, de partida, excluya esta posibilidad, algo en lo que incurre el sistema vigente al imponer periodos tan prolongados de privación efectiva de libertad (nos remitimos a lo apuntado en los casos de acumulación de penas por concurso real de infracciones y a los periodos que tienen que transcurrir para que la prisión permanente revisable se pueda, en efecto, revisar). A este respecto, sorprende que el legislador, en el preámbulo de la LO 1/2015 de 30 de marzo, afirme que la prisión permanente revisable «*de ningún modo renuncia a la reinserción del penado*» simplemente porque la misma pueda formalmente ser objeto de revisión y, en su caso, de remisión.

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 prisión preventiva. Ambas suponen la retención obligatoria del sujeto respecto de quien se acuerdan en un lugar determinado y durante un tiempo determinado, 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, en el caso de la prisión preventiva, asegurar además la presencia del sujeto a quien se atribuye responsabilidad penal en dicho proceso.

A diferencia de la pena, consisten en privaciones de libertad que se imponen sin que haya recaído condena, por lo que deben acordarse de forma restrictiva y siempre que se den los requisitos establecidos en los arts. 489 y ss., para la detención, y 502 y ss., para la prisión provisional, de la ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, y aunque la prisión provisional no tenga naturaleza de pena, el art. 58.1 CP establece que *«el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad provisional podrá ser abonado en más de una causa»*. Siempre que el abono de la prisión provisional se realice respecto de la condena impuesta en una sola causa, se puede proceder al mismo incluso aunque la pena impuesta no sea privativa de libertad. En tal caso, el art. 59 CP establece que el juez o tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

C) Penas privativas de «otros derechos»

- a) Naturaleza: Afectan a cualquier derecho del ciudadano que no sea el de la vida, la libertad ambulatoria, en el sentido en que la misma se ve afectada por las penas privativas de libertad, o el patrimonio, que se ve afectado por la pena de multa. Por tanto, la expresión «penas privativas de derechos» no hay que interpretarla en un sentido literal pues todas las penas suponen la privación de algún derecho. Por ello, parece más afortunada la expresión que utiliza el art. 32 CP al referirse a las mismas como penas «privativas de otros derechos» (junto a las privativas de libertad y a la de multa) que la fórmula «penas privativas de derechos» empleada por el art. 39 CP, que se podría utilizar para hacer referencia a cualquier tipo de pena.

b) Regulación: El art. 39 CP establece las penas privativas de «otros derechos» que pueden imponerse en nuestro sistema legal. La lectura del precepto revela que el contenido de las mismas resulta muy heterogéneo. Teniendo en cuenta los derechos afectados y el modo en que se produce tal afectación, se pueden diferenciar seis grupos dentro del conjunto de penas que enumera el art. 39 CP.

1. Las inhabilitaciones, recogidas en los apartados a) y b) del art. 39 CP, privan al penado de la titularidad de un cargo o del derecho a ser elegido para el mismo, de un honor o empleo, o del ejercicio de oficio, industria o actividad laboral o empresarial determinada, y de los derechos de la patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales o cualquier otro derecho. La privación del acogimiento se prevé como pena en el art. 46 CP, aunque no en el art. 39 CP.
2. La privación de la patria potestad recogida en el apartado j) del art. 39 CP.
3. Las suspensiones de empleo o cargo público, recogidas en el apartado c) del art. 39 CP, afectan al ejercicio que se derive del empleo o cargo público pero, a diferencia de las inhabilitaciones, no privan al penado de su titularidad.
4. Las privaciones de otros derechos específicos, recogidas en los apartados d), e) y h) del art. 39 CP, privan al penado del ejercicio del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, del derecho a la tenencia y porte de armas y del derecho a comunicarse con determinadas personas.
5. Las restricciones de la libertad ambulatoria, recogidas en los apartados f) y g) del art. 39 CP, privan al penado del derecho a residir o a acudir a determinados lugares, así como de aproximarse a determinadas personas.
6. Los trabajos en beneficio de la comunidad, recogidos en el apartado i) del art. 39 CP, implican la colaboración, por parte del penado, en determinadas actividades de utilidad pública.

Por otro lado y como ya se advirtió, el art. 34.1 CP establece que no se reputarán penas las medidas cautelares de naturaleza penal. Durante la sustanciación del proceso penal, además de la detención y prisión preventiva ya analizadas, se pueden acordar otras medidas en virtud de las cuales se procede a la suspensión o limitación temporal de determinados derechos del imputado, como, por ejemplo, el de conducir vehículos a motor o ciclomotores (art. 764.4 LECrim), o el de residir en o acudir a determinados lugares (art. 544 bis LECrim).

Se observa que estas medidas tienen idéntico contenido que algunas de las penas privativas de otros derechos del art. 39 CP, pero su naturaleza es distinta puesto que se trata de medidas cautelares. Asimismo, el abono de las privaciones cautelares de derechos para el cumplimiento de las penas finalmente impuestas se regula de igual modo que el abono de la prisión provisional, de acuerdo con lo establecido en el art. 58.4 CP. Por otro lado, los apartados 2 y 3 del art. 34 CP establecen que no se reputarán penas las correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados, y las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas. A diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares, estas correcciones o privaciones de derechos se aplican como consecuencia de la infracción de una norma y, en este sentido, se asemejan a las penas. No obstante, el hecho de que las mismas se impongan en el seno del ámbito sancionador no penal y con arreglo a normativa no penal, impide que puedan considerarse penas, al menos desde una perspectiva formal.

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. Una es la que se establece conforme al sistema de días multa que, según el art. 50.2 CP, es el que se impone con carácter general salvo que la ley disponga otra cosa. Otra es la multa proporcional, que se impone solo en los casos en los que el Código expresamente lo determine y en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, según establece el art. 52.1 CP.

Ya se advirtió que 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 (arts. 589 y ss. LECrim). Ambas tienen naturaleza pecuniaria y afectan al patrimonio del imputado pero no son penas sino medidas cautelares y, a este respecto, resulta de aplicación lo manifestado en relación con la detención, prisión provisional y las privaciones cautelares de derechos, salvo en lo que se refiere al abono de tales medidas para el cumplimiento de la pena finalmente impuesta.

El abono de la fianza o embargo para el cumplimiento de la pena

de multa finalmente impuesta, si se hubiesen satisfecho el resto de responsabilidades pecuniarias y sobrase dinero, no se contempla expresamente en los arts. 58 y 59 CP, que se refieren al abono de la detención, prisión provisional y privación cautelar de derechos. No obstante, si el embargo o la fianza superasen las responsabilidades pecuniarias distintas de la pena de multa, nada impide que la parte excedente pudiera ser abonada para el pago de la misma.

Por otro lado, de los apartados 2 y 3 del art. 34 CP se desprende 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 (se entiende las de naturaleza pecuniaria) que establezcan las leyes civiles o administrativas.

En relación con la naturaleza de este tipo de multas es de aplicación lo manifestado respecto de las privaciones de derechos que se imponen como sanciones o correcciones en ámbitos no penales.

2.2.2. *Por razón de su gravedad*

A) Significado del criterio clasificador

En atención a su naturaleza, que se identifica con la importancia del derecho o bien jurídico afectado, y a su duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves, según dispone el art. 33 CP. Se adopta así una clasificación tripartita que se corresponde con la establecida para las infracciones penales en el art. 13 CP, que distingue entre delitos graves (castigados con pena grave), delitos menos graves (castigados con penas menos graves) y delitos leves (castigados con penas 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; y cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve o menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

Esta clasificación de las infracciones penales es fruto de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo que prescinde de las faltas como clase de infracción penal y deroga el Libro III del Código penal donde hasta entonces se regulaban. Parte de las antiguas faltas se incorporan al Libro II del Código penal como delitos leves. Algunas de las restantes pasan a ser objeto de

regulación en el ámbito del derecho administrativo y civil. Todo ello, según el legislador, en aras del principio de intervención mínima y de la reducción de asuntos menores en la jurisdicción penal.

B) Regulación

b.1) Penas graves: Las regula el apartado 2 del 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 y ciclomotores 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 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 prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- k) La privación de la patria potestad.

b.2) Penas menos graves: Las regula el apartado 3 del 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 y ciclomotores 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 aproximarse a la víctima o a aquellos de sus

familiares u otras personas que determine el juez. o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

- i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- j) La multa de más de tres meses.
- k) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo (la multa proporcional o por cuotas aplicable a las personas jurídicas tiene siempre la consideración de grave —art. 33.7 a) CP—).
- l) Los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días a un año.

b.3) Penas leves: Las regula el apartado 4 del 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 aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- g) La multa de hasta tres meses.
- h) La localización permanente de un día a tres meses.
- i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.

Por su parte, el apartado 5 del art. 33 CP determina que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.

C) Trascendencia de la clasificación

En general, la clasificación entre penas graves, menos graves y leves que recoge el art. 33 CP tiene una trascendencia relativa tal y como se señaló *supra* en la lección 5.

En este sentido, dicha clasificación puede servir, hasta cierto

punto (dado que no es el único criterio al que se refiere este precepto), para establecer los plazos para la cancelación de los antecedentes penales una vez extinguida la responsabilidad penal (art. 136.1 CP). De igual modo y también de manera relativa, el criterio clasificador analizado se puede utilizar para determinar el límite temporal de las penas accesorias (serán analizadas en el apartado siguiente) cuando las mismas estén asociadas a determinadas conductas delictivas y no a la pena principal, según disponen los apartados 1 y 2 del art. 57 CP.

El ámbito donde esta clasificación tripartita de las penas, por razón de su gravedad, tiene quizá mayor importancia es en el de la determinación de la pena para quien comete delito de encubrimiento ayudando a los responsables del delito encubierto a eludir la acción de la Justicia, siempre que se obre con abuso de funciones públicas. En estos casos la pena varía según el delito encubierto sea grave o menos grave [art. 451.3.b CP].

Por otro lado, la gravedad, como criterio clasificador de las penas y de las infracciones penales, es relevante a efectos procesales pues determina la competencia de los tribunales (art. 14 LECrim). En este sentido, resulta de especial trascendencia la diferenciación de las penas leves respecto del resto. Y es que las mismas se aplican solo a los delitos leves (art. 13.3 CP). Estas infracciones penales se diferencian de los delitos graves y menos graves por la menor gravedad de su castigo y también por su sustanciación procesal. El procedimiento de los delitos leves es más sencillo que los previstos para el resto de infracciones penales en el sentido de que, a diferencia de lo que sucede respecto de estos, un mismo juez o tribunal conoce de la instrucción y del enjuiciamiento del ilícito (ver arts. 962 y ss. LECrim). Asimismo, la asistencia letrada no es preceptiva para el acusado (art. 962.2 LECrim) y la eventual condena no computa como antecedente penal (a efectos, por ejemplo, de apreciar la agravante por reincidencia —ver art. 22.8 CP—, o para impedir la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad —art. 80.2.1 CP—). Como ya se indicó *supra* la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, ha suprimido el Libro III del Código penal que recogía las faltas. Parte de las mismas pasan a regularse como delitos leves en el Libro II del CP, pero su sustanciación procesal es la misma que la hasta entonces prevista para las faltas. En este sentido, la Disposición Adicional Segunda de la LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que «*La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de*

Enjuiciamiento Criminal [que lleva por rúbrica «Del procedimiento para el juicio sobre faltas»], cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves».

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, tal y como la misma aparece regulada en el Código penal. La imposición de las penas accesorias se vincula obligatoria o potestativamente, según los casos, a ciertas penas principales (como la de prisión) o a determinados delitos (los que señala el art. 57 CP) y por aplicación de reglas generales del sistema penológico. Algunos entienden que esta clasificación no implica la especificidad de las penas accesorias puesto que la gran mayoría de las penas que se pueden aplicar como accesorias pueden imponerse también como penas principales, salvo la prohibición de residir en ciertos lugares o de aproximarse o comunicarse con ciertas personas [ver los apartados f), g) y h) del art. 39 CP], que solo pueden imponerse como accesorias al no estar previstas expresamente como penas en la regulación de ninguna infracción penal (salvo por lo que respecta a lo dispuesto en el último inciso del art. 578.1 CP).

B) Regulación

En términos generales y al margen de las diferentes hipótesis que se analizan más adelante, se puede decir que, salvo en los casos expresamente previstos (arts. 57.1 y .2 CP), 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, tal y como establece el art. 79 CP. En caso contrario no podrán imponerse aunque, de acuerdo con la ley, resulten de aplicación obligatoria. Las reglas de la imposición de las penas accesorias que contempla el Código penal en sus arts. 55, 56 y 57, permiten diferenciar entre tres posibilidades que seguidamente se analizan.

a) Penas accesorias vinculadas a la pena de prisión.

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

hipótesis:

1ª. Cuando la pena de prisión impuesta sea igual o superior a diez años (art. 55 CP), se impondrá la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la condena, salvo que esta estuviera prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El juez podrá además imponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido, vinculación que deberá determinarse expresamente en la sentencia.

2ª. Cuando la pena de prisión impuesta sea inferior a diez años (art. 56.1 CP), «...los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o alguna de las siguientes:

1. *Suspensión de empleo o cargo público.*

2. *Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.*

3. *Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, o la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en sentencia esta vinculación...».*

b) Penas accesorias vinculables a determinadas infracciones penales.

El art. 57 CP permite diferenciar entre dos hipótesis:

1ª. 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 la 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 de las prohibiciones contempladas en el art. 48 CP (prohibición de residir o acudir a determinados lugares, de aproximarse o de comunicarse con determinadas personas), por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. 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 diez años, si el delito fuera grave, y entre

uno y cinco años, si fuera menos grave.

Con anterioridad a esta previsión, relativa a la pena de prisión e introducida por la reforma de LO 5/2003 de 25 de noviembre, las prohibiciones del art. 48 CP podían perder su sentido si eran impuestas como penas accesorias cuando la pena principal era de prisión y su duración no podía superar la de esta. Las prohibiciones resultaban en tales casos perfectamente prescindibles (salvo que el sujeto se encontrase en libertad condicional, en régimen de semilibertad, por haber accedido al tercer grado penitenciario, o disfrutando de un permiso de salida) pues su cumplimiento se lograba necesariamente con el de la pena de prisión.

2ª. 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 los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado primero que tengan la consideración de delitos leves.

c) Pena accesoria necesariamente vinculada 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 delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 del mismo, cuando estos se cometan contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 CP (prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal) por un tiempo que no excederá de diez años, si el delito fuera grave, o de cinco, si fuera menos grave. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el último inciso del apartado 1 del art. 57 sobre la prolongación en el tiempo de esta pena accesoria una vez cumplida la de prisión.

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.

Ej. 27.1: El delito de asesinato de una persona menor de 16 años, regulado en el art. 140.1.1 CP, tiene como pena única la prisión permanente revisable.

Se habla de penas acumulativas cuando la infracción penal tiene previstas dos o más penas de naturaleza diversa que se aplican conjuntamente.

Ej. 27.2: El delito de elaboración de un documento falso, referido a un medicamento, que regula el art. 362 ter CP, tiene como penas la prisión de seis meses a dos años, la multa de seis a doce meses y la inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años.

Las penas alternativas son aquellas previstas como consecuencias de la infracción penal que son de naturaleza diversa y de aplicación mutuamente excluyente, quedando al arbitrio del juez la imposición de una u otra.

Ej. 27.3: El denominado delito de acoso «genérico» regulado en el art. 172 ter CP se puede castigar con la pena de prisión de tres meses a dos años o con la de multa de seis a veinticuatro meses; prisión y multa son las penas alternativas previstas para este delito de acoso.

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

Ej. 27.4: Como en el art. 322.1 CP que castiga el delito contra el patrimonio histórico cometido por funcionario con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años y con la pena de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. En este caso, la inhabilitación especial se deberá imponer como pena acumulativa a la de prisión o a la de multa, siendo estas dos últimas penas alternativas.

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

sustitutivas no aparecen previstas por la ley como penas de la infracción penal pero el juez o tribunal puede imponerlas en lugar de las mismas siempre que se den los requisitos legales establecidos al respecto.

El vigente Código penal, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, solo prevé dos supuestos de sustitución en sentido estricto, en los que la sustitución resulta además, como regla general, obligatoria.

Ej. 27.5: Si, como consecuencia de la aplicación de las reglas de determinación e individualización de la pena, se impone una pena de prisión inferior a tres meses la misma deberá sustituirse por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente (art. 71.2 CP). En este caso, la pena de prisión sería la pena originaria y la de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, la sustitutiva.

Ej. 27.6: Las penas de prisión superiores a un año impuestas a un ciudadano extranjero deben sustituirse, como regla general, por su expulsión del territorio español (art. 89 CP). En este caso, la pena de prisión sería la originaria y la expulsión la consecuencia que se impone en lugar de la pena de prisión. No cabe hablar de la expulsión como pena sustitutiva puesto que la misma no tiene esa naturaleza (al respecto, es preciso tener en cuenta lo que se explica *infra* en la lección 33).

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 obligación de permanecer en un lugar cerrado durante un tiempo determinado o indeterminado, que constituye la esencia de las penas privativas de libertad (ver *supra* lección 27), ha estado siempre presente en los sistemas penales a lo largo de la Historia. Pero la privación de libertad como pena autónoma, consistente en la mera restricción de la libertad ambulatoria del penado en el sentido apuntado, no aparece hasta el siglo XVIII. Y es que hasta entonces la libertad era privilegio de unos pocos y no un derecho esencial del individuo al que se le concediese excesiva importancia (de hecho,

muchas personas carecían de libertad por su condición social de esclavos o siervos). Por tanto, una pena que amenazase con privar, sin más, de esta prerrogativa, no podía ser eficaz desde el punto de vista preventivo general y eso la descartaba como castigo en los sistemas punitivos anteriores a la Ilustración, basados fundamentalmente en la intimidación.

En consecuencia, la retención del penado tenía, salvo en muy contadas excepciones, un cariz meramente instrumental, de manera que se imponía para satisfacer otros fines como asegurar la presencia del acusado en el proceso que se siguiera contra él, o aplicar otras penas que, por su propia naturaleza, requerían su presencia, como la pena de muerte, las penas corporales, las penas infamantes o las de trabajos forzados.

Estas últimas surgieron durante la Edad Moderna, fundamentalmente a finales del siglo XVI, cuando las circunstancias económicas determinaron la necesidad de mano de obra que se veía insatisfecha por el escaso crecimiento demográfico de la época. Esta carencia se cubrió con la población delincuente a la que se obligaba a realizar diversas tareas en condiciones inhumanas. Surgen así las denominadas casas o establecimientos de corrección (donde se realizaban labores productivas manuales como el raspado de palo para la fabricación de colorantes o la hilandería), la pena de galeras (servicio de remo en los barcos de la Corona) o el servicio de minas, entre otras.

Con la llegada del siglo XVIII y el triunfo del pensamiento liberal, la dignidad del hombre entendida como el respeto que todo ser humano merece por el hecho de serlo, pasó a ser un valor fundamental. En el nuevo orden axiológico, la libertad se concibió como un derecho esencial de la persona. Estas ideas ilustradas se tradujeron en una racionalización y humanización del orden punitivo, y en el progresivo abandono de la crueldad de los regímenes anteriores. A este respecto, fueron esenciales las aportaciones de autores como Jeremy BENTHAM y Cesare BECCARIA. En este contexto, la privación de libertad como mera retención o aislamiento del penado en un establecimiento cerrado se perfila como el castigo por antonomasia de los sistemas punitivos liberales del siglo XIX. Ello se explica por los siguientes motivos:

- La privación de libertad, como pena autónoma, ganó peso intimidatorio por la nueva concepción del derecho al que afectaba. Esta pena satisfacía así las exigencias preventivo generales y también las preventivo especiales, al menos en su

vertiente negativa. Y es que el penado, al quedar aislado, no podía cometer nuevos delitos en sociedad mientras se prolongase la condena. Por otro lado, cumplida la misma, se esperaba que el condenado quisiera evitar la experiencia aflictiva del castigo sufrido renunciando a cometer futuros delitos.

- La privación de libertad puede tener distinta duración, por lo que resulta graduable en atención a la gravedad del delito. La racionalidad que debía presidir la intervención punitiva necesitaba de esta proporcionalidad entre el delito y su castigo que la pena privativa de libertad permite.
- La privación de libertad daba también respuesta al ideal humanitario que debía inspirar el nuevo orden punitivo. Su aplicación era compatible con la reeducación del penado mientras durase el encierro a través de la implantación de programas de rehabilitación en el medio carcelario. Ello satisfacía las exigencias preventivo especiales positivas, más allá de la duración del castigo, si se lograba, en efecto, la reeducación del penado.

La privación de libertad gana así autonomía, su uso se generaliza y empieza a aspirar a metas que van más allá de la mera separación del individuo del cuerpo social. De este modo se replantean las bases de su ejecución, sobre todo cuando la misma supone el encierro del penado en una institución estatal como la prisión. Empiezan a perfilarse los sistemas penitenciarios que regulan las condiciones de vida de los reclusos así como el funcionamiento interno de la prisión, y ello para que el encierro no solo consiga la custodia y aislamiento del penado sino también su educación, a fin de que pueda integrarse en la sociedad una vez recupere su libertad. Semejante proceso se estudia en la lección siguiente relativa a la ejecución de las penas privativas de libertad (ver *infra* lección 29).

2. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El fenómeno descrito *supra*, por el que la pena privativa de libertad se generalizó y alcanzó autonomía coincide, en parte, con el proceso de codificación penal española. Así, desde 1822, la mayoría de las penas previstas por los Códigos penales españoles son privativas de libertad. La práctica totalidad de las mismas se pueden identificar, salvando las distancias, con la actual pena de prisión, pues obligaban al penado a permanecer en lo que hoy se considera un centro penitenciario.

Sin embargo, en virtud de su duración y de las condiciones de cumplimiento, se diferenciaban distintas clases de penas privativas de libertad que suponían el encierro institucionalizado del individuo (el

Código penal de 1973 distinguía entre reclusión mayor, reclusión menor, presidio y prisión mayores, presidio y prisión menores, arresto mayor y arresto menor).

El Código penal de 1995 simplificó, en el momento de su aprobación, esta regulación, pues contemplaba una sola clase de pena de prisión que puede considerarse grave o menos grave (nunca leve) en función de su duración (ver *supra* lección 27). Tras la reforma introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, se introduce la pena de prisión permanente revisable que tiene la consideración de pena grave y que aparece, al menos formalmente, como una clase de pena privativa de libertad distinta a la de prisión (art. 35 CP). Además, 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 (art. 35 CP).

Todas ellas deben orientarse, según la Constitución; a la reeducación y resocialización del penado, pero este mandato constitucional no excluye otras finalidades (ver *supra* lección 27). Como ya se advirtió, si bien la presencia de esta clase de penas se trató de reducir en el momento de la aprobación del Código penal en 1995, las últimas tendencias político-criminales reflejadas en las recientes reformas legislativas han apostado por su proliferación de manera que vuelven a aparecer como la respuesta penal de muchos tipos delictivos. También se advierte un progresivo recrudecimiento de estas penas a través de los mencionados cambios legislativos. En este sentido, se aprecia un paulatino aumento de su duración máxima, hasta el punto de que la misma puede resultar a día de hoy indeterminada en algunos casos (prisión permanente revisable y supuestos de pluralidad delictiva), y un creciente endurecimiento de sus condiciones de ejecución. Ello presenta no pocos inconvenientes, sobre todo en relación con las penas de prisión permanente revisable y de prisión, como habrá ocasión de comprobar en los apartados siguientes.

2.1. La prisión permanente revisable

2.1.1. Consideraciones previas

Como venimos apuntando, la prisión permanente revisable constituye una de las novedades introducidas por la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo. Cabe hablar, en este sentido, de un cambio histórico, pues, desde el Código penal de 1870, ninguno de los posteriores, incluidos los vigentes durante las dictaduras de Primo de Rivera y del General Franco, preveía una pena de estas características.

Con todo y al margen de la legislación penal militar, el Código penal de 1928, que se aprobó durante la dictadura de Primo de Rivera, contemplaba, entre las penas que se podían aplicar conforme al mismo, la pena de muerte (art. 87 CP 1928). Por su parte, el Código penal de 1944, aprobado durante la dictadura franquista, también contemplaba la pena de muerte entre las que se podían imponer con arreglo al mismo (art. 27 CP 1944).

El aumento del rigor punitivo que se viene advirtiendo en los sucesivos cambios legislativos de los que ha sido objeto el vigente Código penal, sobre todo desde principios del siglo XXI, se refleja con especial intensidad en la referida reforma de 2015 que, con la introducción de una pena de prisión de carácter permanente, aunque revisable, vuelve a esquemas punitivos propios del siglo XIX. El legislador justifica esta decisión sobre la base de, al menos, tres razones.

Por un lado, afirma que la prisión permanente revisable constituye una pena presente en los ordenamientos de otros países de nuestro entorno europeo. Asimismo, considera que este tipo de respuesta punitiva es necesaria como consecuencia de delitos de extrema gravedad, «en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido». Por último, insiste en el hecho de que esta pena está sujeta a un régimen de revisión que, eventualmente, permite su remisión, lo que hace que la misma no resulte contraria al mandato constitucional del art. 25.2 CE, que exige que las penas privativas de libertad se orienten a la reeducación y reinserción del penado, ni al de los arts. 15 CE y 3 CEDH, que prohíben las penas inhumanas y degradantes. Todas estas razones se ponen de manifiesto en el preámbulo de la citada LO 1/2015, de 30 de marzo.

Respecto de las mismas se pueden plantear, entre otras, las siguientes objeciones.

Es cierto que hay países europeos de nuestro entorno como por ejemplo Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia o Reino Unido, cuyos ordenamientos jurídicos prevén la pena de prisión permanente (también hay que destacar que los ordenamientos de otros países europeos, como Portugal, rechazan expresamente las condenas perpetuas). Con todo, la mera referencia al Derecho comparado no es suficiente para justificar la introducción de una medida tan extrema. Al respecto, es preciso valorar su necesidad en atención a la realidad criminológica del Estado donde se quiere implantar, así como a las características del sistema punitivo en el que se quiere introducir en su conjunto.

En este sentido, hay que advertir que los países europeos en los que está en vigor la prisión permanente (cuyas constituciones no prevén un mandato como el del art. 25.2 CE), la pena de prisión más grave, inmediatamente inferior a la permanente, no suele superar los 15 o 20 años de duración (DÍEZ RIPOLLÉS). En España dicha pena puede llegar a los 25, 30 o 40 años, que en algunos casos se pueden cumplir de forma efectiva dentro del centro penitenciario. Y ello siempre que estemos ante delitos enjuiciados o enjuiciables en un mismo procedimiento pues, en caso contrario, la permanencia de la persona en prisión puede superar, y con creces, como de hecho ha ocurrido en no pocas ocasiones, los 40 años de duración. Según un informe de 2010 de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, en España había 345 personas presas —sin contar las condenadas por delitos de terrorismo— con penas no acumulables superiores a 30 años; la suma de penas impuestas a una de estas personas alcanzaba cerca de 106 años sin que exista posibilidad legal, más allá del indulto, de revisar esta situación. Es decir, que el sistema anterior a la reforma de 2015 contaba ya con penas de prisión de muy larga duración y de efectos idénticos e incluso peores, en ocasiones, a los de la prisión permanente revisable. Por otro lado, los plazos de revisión obligatoria de la prisión permanente en Europa son, como regla general, muy inferiores a los del sistema español (de 10 años en Bélgica, 12 en Dinamarca, de 15 en Alemania, de 20 en Francia o de 26 en Italia). En España el plazo mínimo para revisar la prisión permanente es de 25 años, en el mejor de los casos, y de 35, en el peor. Es decir, que con la reforma de 2015 se introduce uno de los sistemas de prisión permanente más represivos del mundo occidental (DÍEZ RIPOLLÉS).

Asimismo, es preciso resaltar que España tiene una tasa de criminalidad muy por debajo de la media de los países de la Unión Europea y, a su vez, inferior a la de todos los países europeos antes nombrados cuyos ordenamientos penales prevén la prisión permanente (ARROYO ZAPATERO). Todos estos datos nos deben llevar a reflexionar sobre la necesidad y consiguiente legitimidad de esta pena de prisión permanente.

También se puede dudar de la bondad de la prisión permanente como respuesta supuestamente proporcional a hechos delictivos de «extrema gravedad». Ello por, al menos, dos motivos: Por un lado, la selección de los delitos de extrema gravedad no deja de resultar en parte arbitraria y, por ende, cuestionable. Esta pena se prevé, entre otros supuestos, como la principal del delito de asesinato de una persona menor de 16 años o del asesinato

cometido por una persona perteneciente a un grupo u organización criminal (ver art. 140.1 CP). Es decir, que la extrema gravedad que se atribuye al asesinato del menor de 16 no se asigna, en principio, al del menor de 17, sin que se puedan advertir razones objetivas que justifiquen esta decisión. Es asimismo difícil entender por qué todo asesinato que cometa una persona perteneciente a un grupo criminal tiene que ser necesariamente de extrema gravedad, máxime si tenemos en cuenta que la ley, en un ejercicio de deficiente técnica legislativa, no exige que el hecho esté vinculado a la actividad del condenado como miembro del grupo criminal en cuestión.

Por otro lado, tratar de colmar el afán retributivo hasta sus últimas consecuencias a través del Derecho penal resulta imposible. Traer a colación el ideal retributivo como elemento justificador de una pena tan severa como la prisión permanente constituye un planteamiento engañoso. Y es que la gravedad de respuesta penal es, por su propia naturaleza, limitada y no así la gravedad de los hechos que la misma pretende castigar (DÍEZ RIPOLLÉS). En este sentido, el asesinato de más de dos personas por parte del mismo sujeto se castiga con prisión permanente revisable (art. 140.2 CP). Es decir que, siempre que los hechos se enjuicien o puedan haberse enjuiciado en un mismo proceso, el asesinato de tres personas se castiga con la misma pena que el asesinato de treinta, y lo único que puede variar, aunque no necesariamente (a este respecto son de aplicación las reglas que rigen en materia de ejecución de esta pena cuando se trata de delitos de terrorismo o de criminalidad organizada), son las condiciones de ejecución de la pena impuesta, cuya gravedad también es limitada [Por ejemplo, si un sujeto asesina a un menor de 16 años y es considerado penalmente responsable por ello, la pena a imponer es la de prisión permanente revisable. Si otro individuo, no perteneciente grupo criminal o terrorista, asesina a 16 personas que no son especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, y es considerado penalmente responsable por ello, también se le impondría la pena de prisión permanente revisable. En ambos casos el periodo de cumplimiento mínimo es el mismo para acceder al tercer grado y a la libertad condicional: 15 años y 25 años, respectivamente. No varía ni la pena ni las condiciones de su ejecución pese a que en un caso se causa la muerte de una persona y en otro la de 16. Ello porque en el segundo caso, el sujeto no ha cometido dos o más delitos siendo al menos uno de ellos castigado con la pena de prisión permanente revisable, dado que ninguno de los delitos

cometidos en sí mismo considerado tiene prevista dicha pena (ver *infra* lección 33). Es la consideración conjunta de los 16 asesinatos la que tiene prevista la pena de prisión permanente revisable. Se advierte como el propio legislador no es coherente con esa idea de proporcionalidad que el mismo predica en su preámbulo.]. Se observa, por tanto, que ni siquiera a través de la previsión de una pena tan grave como la prisión permanente revisable se satisface el afán retribucionista, como da a entender el legislador.

En lo que respecta al supuesto respaldo ciudadano de la prisión permanente revisable nos remitimos a lo dicho, en este sentido, en la lección anterior. Cabría añadir que la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, se aprobó con el voto en contra de la práctica totalidad de las fuerzas políticas con representación parlamentaria a excepción de la del Partido Popular y de un diputado del grupo mixto que también votó a favor. También se puede dudar de la compatibilidad de la prisión permanente con el mandato constitucional del artículo 25.2 CE y la prohibición que recogen los artículos 15 CE y 3 CEDH, por mucho que la misma esté sujeta a un régimen de revisión. Al respecto nos remitimos a lo ya explicado en la lección 27 y a lo que se expone en la lección 33 sobre los plazos tan prolongados que se han de cumplir para que la prisión permanente se pueda revisar: los mismos reducen hasta casi eliminar la posibilidad de reinserción del penado y abocan a su irreversible deterioro físico y psíquico, lo que bien puede considerarse constitutivo de trato inhumano y degradante al tiempo que atentatorio contra la dignidad humana consagrada en el art. 10 CE.

Cabe además destacar que el régimen vigente de prisión permanente revisable resulta contrario a la exigencia de seguridad jurídica (art. 9 CE) y a las garantías derivadas del principio de legalidad (art. 25.1 CE y art. 7.1 CEDH), concretamente a la garantía penal. Como habrá ocasión de comprobar, el condenado a prisión permanente revisable no puede saber, en el momento en que se dicte su sentencia, algo tan esencial como la duración máxima de la pena que tiene que cumplir, pues la misma es indeterminada. El sujeto solo podrá saber cuándo se podrá revisar su condena, pero no el procedimiento concreto que debe seguir para que esa revisión se traduzca en la suspensión y ulterior remisión de la pena impuesta. Ello depende de circunstancias que escapan a su control y que, al mismo tiempo, resultan prácticamente inalcanzables, como es tener un pronóstico positivo de reinserción social trascurridas más de dos décadas de

internamiento.

A este respecto, es de destacar que el Pleno del Tribunal Constitucional, en virtud de Providencia de 21 de julio de 2015, admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra varios apartados de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en virtud de los cuales se incorporó al vigente Código penal la pena de prisión permanente revisable.

2.1.2. Contenido, extensión y cómputo

Pese a que formalmente aparece como una pena distinta de la pena de prisión, la prisión permanente revisable tiene el mismo contenido que esta: consiste en la obligación del penado de permanecer retenido en un centro penitenciario durante un tiempo y, por lo general, de manera continuada (ver *supra* lección 27), salvo en determinados supuestos que determina el régimen de ejecución de las penas de prisión (ver *infra* lección 29). También se debe recordar que esta privación de la libertad ambulatoria afecta además a otros derechos fundamentales aunque con los límites que, a tal efecto, establece la Constitución. 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, que serán explicadas en apartados posteriores de la presente lección.

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

La regulación vigente incorpora un régimen de revisión de esta pena, en virtud del cual la misma se puede suspender, en cuyo caso el penado accedería a la libertad condicional. Esta revisión exige, entre otros requisitos y como regla general, que el penado haya cumplido un mínimo de 25 años de condena [art. 78 bis 2 a) CP]. Este periodo de cumplimiento mínimo previo a la revisión puede extenderse, en algunos supuestos, a los 30 o a los 35 años [art. 78 bis 2 b) CP]. Suspendida la pena, se establece un plazo de suspensión. Trascurrido ese plazo de suspensión y habiéndose cumplido todas las condiciones a las que la misma se hubiese sometido, se podrá proceder a la remisión de la pena de prisión permanente revisable. En caso de que, cumplida la parte mínima de condena que corresponda, no se otorgue la suspensión y, en consecuencia, no se conceda al penado la libertad condicional, se prevé un sistema de revisión periódica de la pena (art. 92.4 CP). Como por otro lado resulta obvio, ni la

primera, ni las sucesivas revisiones de las que pueda ser objeto la prisión permanente implican necesariamente su suspensión y ulterior remisión, dado que ello exige que el sujeto cumpla con una serie de requisitos que van mucho más allá del mero trascurso del tiempo cumpliendo condena. Es posible y, de hecho, muy probable, que la prisión permanente revisable sea, en efecto, una cadena perpetua que termine cuando finalice la vida del penado. Todas estas cuestiones se analizan en la lección 33.

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 (ver art. 140.1 y 140.2 CP): **1ª**. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad; **2ª**. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; **3ª**. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. Asimismo, 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 (art. 485 CP).
- Homicidio del Jefe de un Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España (art. 605.1 CP).
- Genocidio, siempre que se mate, se agreda sexualmente o se produzca alguna lesión de las que recoge el art. 149 CP a alguna de las personas pertenecientes al grupo que se pretende destruir (art. 607.1 CP).
- Delitos de lesa humanidad si causaran la muerte de alguna persona (art. 607.2.1 bis CP).

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 que fue analizado *supra*. Con respecto a su extensión, el Código penal establece, con carácter general, un límite mínimo y un límite máximo de duración.

— Como regla general, el límite mínimo es de tres meses según el art. 36.2 CP. El legislador quiere evitar que la prisión tenga una duración menor, de tal modo que si por la aplicación de las reglas de determinación de la pena procede imponer una pena de prisión inferior a tres meses, esta deberá sustituirse, en todo caso, por la de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente (ver art. 71.2 CP). No obstante, el inciso final del propio art. 36.2 CP contempla la posibilidad de que se imponga una pena de prisión inferior a tres meses cuando excepcionalmente así lo dispongan otros preceptos del Código.

En este sentido, se pueden señalar las siguientes excepciones:

1ª. Pudiera ocurrir que un sujeto fuera condenado a pena de prisión inferior a tres meses y la misma fuese sustituida por pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente (art. 71.2 CP). Si el sujeto dejase de cumplir la pena sustitutiva, ¿quedaría obligado a cumplir lo que le quedase de la pena de prisión inicialmente impuesta, aunque la misma fuese inferior a tres meses? Esa es la regla que preveía el apartado segundo del art. 88 CP, suprimido por la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo. El régimen vigente no establece de manera expresa las consecuencias del incumplimiento de la pena sustitutiva en el supuesto descrito, al haberse derogado el precepto que regulaba el régimen general de sustitución de las penas privativas de libertad. La sustitución de las penas privativas de libertad ha pasado a ser [más allá del supuesto que ahora se analiza y de los casos previstos para extranjeros condenados a penas de prisión (art. 89 CP)] una condición a la que se puede someter la suspensión de la ejecución de esta clase de penas (ver art. 84 CP). En este contexto, el incumplimiento de la pena sustitutiva no se traduce necesariamente en la revocación de la suspensión y consiguiente imposición de la pena suspendida. La actual regulación no resuelve, al menos no expresamente, la duda aquí planteada.

2ª. Como veremos en la lección 31, el impago de la pena de multa puede conducir a la responsabilidad personal subsidiaria que puede cumplirse, en algunos casos, mediante la prisión por un tiempo que varía en función de la magnitud de la multa no satisfecha. En tales supuestos,

si la prisión resultante fuese inferior a tres meses podría, no obstante, ser impuesta y cumplida (art. 53.1 CP), salvo que procediese la suspensión de su ejecución conforme a lo establecido en los arts. 80 y ss. CP.

— Como regla general, el límite máximo es de veinte años según el art. 36.2 CP, el cual, del mismo modo que respecto al límite mínimo, prevé que otros preceptos del Código excepcionalmente establezcan penas de prisión de duración superior. El límite máximo se puede rebasar de las siguientes maneras:

1ª. Hay delitos cuya regulación prevé específicamente penas de hasta veinticinco años de prisión (por ejemplo, el homicidio de los ascendientes o descendientes del Rey o de la Reina del art. 485.2 CP, o el delito de asesinato del art. 139.1 CP).

2ª. La aplicación de las reglas de concurso de delitos puede resultar en el cumplimiento de penas de prisión de veinticinco, treinta y hasta cuarenta años de duración (ver art. 76 CP, apartados a), b), c) y d), respectivamente).

Ej. 28.1: La pena de 40 años de cumplimiento efectivo de prisión se puede imponer, entre otros, al sujeto condenado por dos o más delitos de terrorismo de los arts. 573 y ss. CP, cuando alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. Tal sería el caso de quien con la finalidad de subvertir el orden constitucional cometiese, por ejemplo, cuatro delitos de secuestro, sin dar razón del paradero de la persona secuestrada y fuese condenado a la pena de prisión de 25 años por cada uno de esos cuatro delitos (573 bis 2 CP, redactado según la LO 2/2015, de 30 de marzo). La suma aritmética de todas las condenas impuestas sería de 100 años. Sin embargo, el tiempo máximo de cumplimiento efectivo sería de 40 años en atención a la referida regla concursal. Esta regla se aplica cuando las penas correspondientes a los distintos delitos se hubiesen impuesto en un mismo proceso y también cuando se hubiesen impuesto en procesos distintos, siempre que lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar (art. 76.2 CP).

Ahora bien, tras las reformas de LO 7/2003, de 30 de junio, y de LO 5/2010, de 22 de junio, existe la posibilidad

de que el condenado en el ejemplo planteado cumpla la condena de 40 años sin que se reduzca el tiempo de internamiento en prisión a través de la libertad condicional, y sin que alterne dicho internamiento con periodos de libertad mediante la clasificación en el tercer grado penitenciario. Para acceder a estos beneficios se exige, como regla general, cumplir la mitad de la condena (clasificación en tercer grado) o tres cuartas partes de la condena (libertad condicional), dado que el ejemplo versa sobre delitos de terrorismo y la pena a imponer es superior a cinco años (ver segundo inciso del art. 36.2 CP). Pero según el art. 78.1 CP, cuando la condena a cumplir (40 años) es inferior a la mitad de la suma total de condenas impuestas (si la suma total asciende a 100 años, la mitad está en 50 años, que supera los 40), el cálculo del tiempo de condena que se debe cumplir para acceder al tercer grado o a la libertad condicional se puede hacer no sobre el límite máximo de cumplimiento efectivo (40 años), sino respecto de la suma total de las condenas impuestas (100 años que resultan de cuatro condenas de 25 años por cada uno de los secuestros cometidos). Es decir, que a efectos de la concesión de la libertad condicional y de la clasificación en el tercer grado en el ejemplo propuesto, la mitad de la condena sería 50 años y, las tres cuartas partes, 75. En ambos casos se superan los 40 años de condena efectiva que se cumpliría en su integridad sin posibilidad de acceder al tercer grado ni a la libertad condicional.

Con todo, no se debe olvidar que, en casos como el descrito, el cumplimiento íntegro de la pena de prisión en el medio penitenciario se presenta como posibilidad y no como una circunstancia a la que la ley vigente obligue en todo caso. Ello porque al tratarse de uno de los supuestos de concurso de delitos previsto en el art. 76 CP, el art. 78.2 CP permite al Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) la aplicación del régimen general de cumplimiento con ciertas restricciones, por tratarse de delitos de terrorismo. Así, cumplidas ciertas condiciones, se podrá proceder a la clasificación en tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de condena (cuando se hubiesen cumplido 32 años de condena), y se podrá acordar la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de condena (cuando se hubiesen

cumplido 35 años de condena).

También es preciso advertir que la posibilidad de cumplimiento íntegro en el ámbito penitenciario no se ciñe a casos como el descrito. En realidad, esta circunstancia se puede dar en cualquier pena de prisión impuesta, dado que ni la clasificación en el tercer grado, ni la libertad condicional se conceden de manera automática.

3ª. 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 (art. 76.2 CP), la pena de prisión no queda sujeta a términos absolutos en cuanto a su duración.

Ej. 28.2: Ernesto cumple condena de 30 años de prisión por un delito cometido el 3 de febrero de 2005 y enjuiciado el 30 de octubre de 2006. El 30 de septiembre de 2007 comete otro delito por el que es condenado, el 3 de agosto de 2008, a una pena de 25 años de prisión. Más adelante, el 14 de julio de 2009 comete otro delito por el que es condenado, el 25 de noviembre de 2010, a una pena de 30 años de prisión. La suma aritmética de las penas que debe cumplir Ernesto asciende a 85 años de prisión, sin que se pueda establecer un límite de cumplimiento máximo inferior a esa cantidad. Ello porque las penas correspondientes a los diferentes delitos cometidos no se han impuesto en un mismo proceso, ni podrían haberse impuesto en un mismo proceso de acuerdo con la regla del art. 76.2 CP: el segundo delito se comete con posterioridad a la condena del primero y el tercer delito se comete con posterioridad a la condena del segundo.

Es importante recordar que el ejemplo expuesto no representa una situación aislada o infrecuente. De acuerdo con un informe de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias al que se hizo referencia en líneas anteriores, en 2010 había en España 354 personas cumpliendo condena en centros penitenciarios —sin contar los presos por delitos de terrorismo— condenadas a una pluralidad de penas no susceptibles de acumulación cuya suma aritmética superaba los 30 años, llegando en algunos casos a los 70, 80 e incluso 106 años de duración.

4ª. La concurrencia de más de dos circunstancias agravantes sin que concurra circunstancia atenuante alguna (ver regla 4ª del

art. 66.1 CP), puede dar lugar a la aplicación de la pena superior en grado a la prevista por la ley, en su mitad inferior. Cuando tal pena supere el límite de 20 años, en caso de tratarse de una pena de prisión, su duración máxima será de 30 años (ver art. 70.3.1 CP).

2.2.2. Cómputo

La opinión mayoritaria, a efectos de calcular el tiempo de duración de la pena de prisión, entiende que los años tienen 365 días, los meses 30 días y los días 24 horas, si bien el Código penal no regula esta cuestión de manera expresa. Con respecto al inicio del cómputo, el art. 38 CP distingue entre dos posibilidades:

1ª. Cuando el reo esté preso, la duración de la pena empezará a computarse desde el día en que la sentencia devenga firme, entendiéndose por tal, según el art. 141 LECrim, aquella contra la que no cabe recurso ordinario o extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación.

El reo puede encontrarse preso por varios motivos:

a) Porque se haya acordado su prisión provisional en la misma causa en la que resulta impuesta una pena de prisión. En tal caso, el tiempo cumplido en prisión provisional será abonado para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta (ver art. 58.1 CP y *supra* lección 27).

b) Porque se haya acordado su prisión provisional en causa distinta de la de la pena de prisión finalmente impuesta. En este supuesto también se puede proceder al abono para el cumplimiento de la pena impuesta, siempre que los hechos que motivaron la misma sean anteriores a la medida cautelar (ver art. 58.3 CP).

c) Porque estuviese cumpliendo una condena de prisión anterior. En tal caso, si la condena anterior fuese más grave, tendría que terminar de cumplirse para que comenzase el inicio de la condena posterior. En caso contrario, la condena anterior menos grave debería dejarse en suspenso hasta que se cumpliera la posterior más grave. Las distintas penas de prisión se cumplirían en todo caso de forma sucesiva (ver art. 75 CP).

2ª. Cuando el reo no estuviere preso, la duración de la pena

empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para el cumplimiento de la pena de prisión. Se entiende que cualquier centro penitenciario debe considerarse «adecuado» a estos efectos, incluso aunque no sea el que le corresponda al penado, pues de lo contrario se permitiría el retraso del inicio del cómputo de la pena de prisión por errores que no le son imputables a él, sino a la Administración penitenciaria.

2.2.3. *El problema de la pena de prisión*

A) La crisis de la pena de prisión

De entre las penas privativas de libertad, la de prisión se concibió como la panacea por parte de los sistemas punitivos liberales que se desarrollaron tras la Ilustración. Como ya se advirtió, este tipo de pena satisfacía las exigencias preventivo generales así como las preventivo especiales, tanto las negativas como las positivas, estas últimas gracias a la supuesta compatibilidad de la misma con la resocialización o reeducación del delincuente. Por otro lado, el cariz graduable de la prisión la hacía también acorde con planteamientos retributivos y racionalistas que abogaban por la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la de sus consecuencias. Desde entonces, este optimismo ha derivado en una profunda y generalizada decepción. La prisión se ha revelado más ineficaz de lo esperado para satisfacer muchos de los cometidos que le fueron asignados. Varias son las disfunciones que se pueden advertir en este sentido:

1ª. 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.

Según la información que aparece en la web oficial de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos>), en abril de 2015 la población reclusa total en España era de 65.416 personas (una de las ratios más elevadas de Europa). Dicha población ha aumentado en más de un 100% desde 1990 (ARROYO ZAPATERO). Ello supone que, para un sector de la sociedad, entre el que no podemos incluir a las personas encarceladas preventivamente (que, en abril de 2015, eran 8.182), el mecanismo intimidatorio de la prisión no funciona.

En cualquier caso, se puede entender que la prisión sigue teniendo un peso preventivo general considerable sobre

todo si se toman en consideración los anteriores datos en términos relativos. Y es que el porcentaje que representan 65.416 personas respecto del total de la población española, es muy reducido (aproximadamente del 0,17%), lo que nos conduce a pensar que la prisión cumple con éxito su función intimidatoria para la mayoría social que se abstiene de cometer los delitos castigados con esta pena. Estos porcentajes sin duda serian diferentes si tuviésemos en cuenta las personas a las que se les aplican los sustitutivos penales así como la cifra negra de criminalidad. De todos modos, ello no cuestionaría la conclusión apuntada pues el número de infractores siempre será muy inferior al de los que respetan la ley penal por el efecto intimidatorio que sobre los mismos despliega la pena de prisión. En cualquier caso, estos cálculos no pueden considerarse ni mucho menos exactos y han de ser interpretados con cautela, pues no se puede negar que parte de la población que no delinque lo hace por haber interiorizado la norma y los valores sobre los que la misma se asienta, y no por sentirse intimidada por la amenaza de pena.

2ª. Desde el punto de vista preventivo especial negativo la cuestión resulta más compleja de valorar. Es evidente que durante el periodo de cumplimiento la eficacia de la prisión es innegable, dado que el penado no puede cometer delitos en sociedad mientras está privado de libertad. Ahora bien, en muchos casos, esos efectos preventivo 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.

3ª. La experiencia ha demostrado que la prisión no consigue reeducar o resocializar al penado en la mayoría de los casos. Más bien al contrario, el paso por las instituciones penitenciarias supone para muchos un profundo deterioro personal. Resulta además paradójico que se intente educar al sujeto para una vida en sociedad en un medio completamente aislado de la misma, como es el carcelario. Los usos, las costumbres, el lenguaje y los códigos éticos del sistema penitenciario son muy distintos de los empleados por el ciudadano libre pero, como no puede ser de otra manera, el penado los acaba interiorizando, se acaba integrando en esta denominada subcultura carcelaria (algunos se refieren a este fenómeno como *prisonización* —RÍOS MARTÍN—)

y, al quedar en libertad, le resulta mucho más difícil volver a formar parte del medio social que abandonó y sobre el que para nada incide el sistema penal. Asimismo, la estigmatización que supone para el sujeto la pena de prisión dificulta enormemente este proceso de reinserción al convertirlo en un individuo diferente del resto.

La prisión es, en definitiva, perniciosa para el ser humano pues resulta, como señaló VON HENTIG, un medio antinatural. El penado se ve obligado a permanecer encerrado pero al tiempo advierte que no debe luchar por su subsistencia puesto que la misma está cubierta por el Estado. El individuo puede perder así la motivación elemental que le acompaña cuando se encuentra en libertad y a veces esta pérdida es definitiva, sobre todo cuando la prisión se prolonga más allá de determinados límites temporales.

Por otro lado, los centros penitenciarios no cuentan en la actualidad con las condiciones óptimas para llevar a cabo programas de reinserción. Las prisiones están masificadas, lo cual hace que se de prioridad a la seguridad por encima de cualquier otra consideración. Además, hay una marcada escasez de profesionales especializados en tareas de tratamiento.

4ª. La aspiración reeducadora de la prisión debe estar sometida a límites en el Estado social y democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución. Y es que la resocialización, hasta cierto punto, pasa porque el penado interiorice el sistema de valores que subyace al orden legal que ha quebrantado y esto no puede convertirse en una exigencia por parte del sistema. El sistema puede exigir del sujeto el respeto por la ley, lo cual ha de traducirse, por su parte, en un comportamiento externo que no la contradiga, pero no en la comunión con los valores sobre los que se asienta la misma. Ello resulta consustancial al sistema de libertades que consagra nuestro texto constitucional. La resocialización es un objetivo deseable pero no puede convertirse en una imposición absoluta que, por otro lado, haría imposible el mismo proceso resocializador que pasa por la genuina cooperación del penado.

A pesar de todas las circunstancias apuntadas, que determinan la profunda crisis actual de la pena de prisión, la opinión mayoritaria entiende que la sociedad actual no puede prescindir de esta pena

porque existen delitos cuya gravedad exige la aplicación de la misma, que además sigue resultando suficientemente eficaz en el sentido preventivo general y preventivo especial negativo antes apuntado. En consecuencia, la prisión se concibe hoy día como un mal necesario e inevitable de la sociedad actual.

Dicho todo esto, ¿qué sentido tiene entonces que el art. 25.2 CE establezca que las penas privativas de libertad deben orientarse a la reeducación y reinserción del penado? Ello no significa que la prisión deba en todo caso lograr tales objetivos, entre otras cosas porque ya se ha visto que en muchos casos, *de facto*, no puede. A este respecto, es de recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional analizada en la lección 27. Lo que el mandato constitucional exige de la prisión es que la misma se regule y se aplique de modo que, al menos, no imposibilite las referidas metas y de forma que los efectos perniciosos que provoca en el sujeto se reduzcan al máximo. Para lograr estos objetivos, muchos consideran necesario, más allá de regular convenientemente sus condiciones de ejecución, evitar las penas de prisión excesivamente cortas y las excesivamente largas por los motivos que se analizan en el siguiente apartado.

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 este se prolonga por encima de determinados límites, que algunos ubican en torno a los quince años o, a los sumo, a los veinte años (RÍOS MARTÍN). En este sentido, se entiende, como ya se apuntó, que la prisión permanente revisable no es compatible con el mandato del art. 25.2 CE, teniendo en cuenta el régimen de revisión de la misma previsto en el ordenamiento vigente. La actual regulación exige una permanencia mínima en prisión que resulta, en todos los casos, excesivamente prolongada y que dificulta, cuando no impide, la reinserción y reeducación del penado. Y lo mismo se puede afirmar respecto de las penas de prisión de 25, 30 o 40 años de cumplimiento efectivo, sobre todo si durante su ejecución el penado no accede al tercer grado ni a la libertad condicional. Idéntica reflexión se puede hacer también respecto de los casos de pluralidad delictiva en los que las penas de prisión impuestas no son susceptibles de acumulación.

Sin embargo, este rigor punitivo viene perfilándose como la clara apuesta del legislador, sobre todo desde el año 2000. Es evidente, y más tras la aprobación de LO 1/2015, de 30 de marzo, que se ha renunciado a la reinserción y a la reeducación como fines de la pena de prisión en determinados casos. Se opta manifiestamente por una orientación retributiva del castigo y por la protección de otros valores como la seguridad colectiva (independientemente de que la misma no

resulte necesitada de tan extrema protección, si tenemos en cuenta los datos que arrojan las estadísticas). Y ello por mucho que el legislador no reconozca sus verdaderas intenciones y afirme en el preámbulo de la citada LO 1/2015, por ejemplo, que la prisión permanente revisable «*de ningún modo renuncia a la reinserción del penado*». El articulado de esta reforma evidencia que esto es rotundamente falso.

Por otro lado, se hace también necesario prescindir de las penas de prisión excesivamente cortas y por las mismas se entiende aquellas inferiores a seis meses, pues son muchos los inconvenientes que plantean y muy pocas las ventajas que presentan. Así, resultan demasiado breves para llevar a cabo con éxito un programa de reeducación o reinserción que permita al penado interiorizar hábitos de convivencia y trabajo. Además, son lo suficientemente largas como para que se produzca la estigmatización y el ya aludido proceso de *prisonización*, los cuales hacen muy difícil la reinserción una vez recuperada la libertad por parte del penado, que, por otro lado, ha roto con el entorno personal y laboral al que regresa. A estos inconvenientes algunos añaden el hecho de que la prisión corta resulta ineficaz desde el punto de vista preventivo general, pues es percibida como poco grave por parte del potencial infractor.

No obstante, ello parece discutible pues la prisión, aunque corta, puede resultar suficientemente disuasoria para el individuo medianamente formado y socialmente integrado que es, al tiempo, potencial infractor de muchas de las figuras delictivas que recoge el Código penal como consecuencia de su progresiva expansión (por ejemplo, los delitos contra la seguridad vial consistentes en el mero exceso de velocidad, susceptibles de ser castigados con pena de prisión). No es aconsejable, por tanto, valorar el potencial preventivo general de una pena sin hacer diferencias entre sus posibles destinatarios, que pueden ser más o menos sensibles al efecto intimidatorio de la misma.

También, y en este caso con acierto, se afirma que las penas de prisión de corta duración pueden quebrantar el principio de proporcionalidad. Se entiende que la prisión inferior a seis meses se prevé en muchos casos para comportamientos que no revisten la suficiente gravedad y para los cuales habría que aplicar otro tipo de penas. Ya se vio que la prisión constituye un recurso inevitable que el sistema debe reservar para castigar los comportamientos que revistan especial gravedad, lo cual guarda coherencia con los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad que limitan el *ius puniendi* estatal. Para estos casos es preciso encontrar alternativas a la prisión.

Todos estos planteamientos parecieron calar en el legislador de 1995, puesto que el entonces nuevo Código penal suprimió las penas de prisión inferiores a seis meses, previendo en su lugar alternativas como la pena de arresto de fin de semana, que constituía una pena privativa de libertad de cumplimiento discontinuo y en régimen de aislamiento.

Su incorporación fue muy celebrada por la mayor parte de la doctrina pues esta pena mantenía los efectos intimidatorios de la prisión, al tiempo que evitaba su efecto desocializador ya que su discontinuidad permitía al penado mantener el contacto con su entorno personal y laboral. En esta misma línea de evitar las penas de prisión cortas, aparecieron novedades como los trabajos en beneficio de la comunidad y el sistema de días multa. Por otro lado, se modernizaron las penas privativas de derechos y se introdujo la suspensión y sustitución para evitar la privación de libertad de hasta dos años con carácter general.

No obstante, la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, dio un giro a esta política. El cambio se tradujo en la admisión de penas de prisión con un mínimo de 3 meses de duración (es decir, inferiores a 6 meses) y la desaparición del arresto de fin de semana, que fue reemplazado por los trabajos en beneficio de la comunidad y la pena de localización permanente. Muchos lamentan la eliminación del arresto de fin de semana del sistema de penas del vigente Código penal. El legislador de 2003 justificó esta decisión en la insatisfactoria aplicación práctica de la misma. Algunos entienden que este motivo era insuficiente para prescindir de una pena que presentaba pocos inconvenientes, más allá de la falta de medios para su aplicación y de la ausencia de una normativa que regulase sus condiciones de ejecución.

La reforma de LO 5/2010, de 22 de junio recuperó en parte esta pena, a través de la nueva regulación prevista para la de localización permanente en determinados supuestos, que desaparecen tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo.

2.3. La localización permanente

La reforma de LO 15/2003, de 25 de noviembre, modificó el art. 37 CP suprimiendo la pena de arresto de fin de semana e introduciendo, en su lugar, la de localización permanente, como pena privativa de libertad de carácter leve y, en consecuencia, prevista solo para las hoy derogadas faltas (pese a su coincidencia parcial con los delitos leves). La negativa experiencia práctica del arresto de fin de semana motivó la aparición de esta pena que, siendo privativa de libertad, no

presentaba los inconvenientes de la pena de prisión y resultaba adecuada como respuesta a infracciones de escasa gravedad, tomando en consideración además los avances tecnológicos que, en principio, facilitarían su efectiva aplicación. En el régimen de 2003 la localización permanente nunca se previó como pena única, sino alternativa o acumulativa a otras penas.

La reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo importantes modificaciones en la regulación de esta pena, que pasó a estar prevista no solo como pena leve alternativa o acumulativa, sino también como pena única y menos grave, en algunos casos. En la Exposición de Motivos de dicha Ley se hacía constar el mayor protagonismo que se otorgaba a la localización permanente, así como la ampliación de su contenido y extensión. Todo ello como respuesta a las nuevas demandas y necesidades sociales y teniendo en cuenta la carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español. No obstante, la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, en consonancia con el rigor punitivo que la caracteriza, da un paso atrás, volviendo a un régimen similar al de 2003. Así, en el Código penal vigente, esta pena solo está prevista como pena leve ligada a muy pocos delitos leves [se prevé solo para los delitos de amenaza leve, coacción leve e injuria o vejación injusta de carácter leve, y siempre que los hechos tengan lugar en determinados contextos institucionales, domésticos y/o de pareja, y entre determinados sujetos (ver arts. 171.7, 172.3 y 173.4 CP)] 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 de modo similar a como lo hace la pena de prisión pero, a diferencia de ésta, permite que el condenado ejerza todos los derechos compatibles con la obligación de permanencia antes mencionada. En este sentido, el condenado no tiene por qué estar aislado dentro del lugar de cumplimiento de la pena, puede recibir visitas, comunicarse con el exterior, organizar actividades colectivas e incluso desempeñar una profesión. Tampoco tiene que dar razón constante de su paradero como una interpretación literal de los términos «localización permanente» parece sugerir. Dicha labor de control corresponde, como habrá ocasión de comprobar, a la autoridad judicial competente y podría afectar a la intimidad del penado en función de las medidas de vigilancia que se dispongan.

El lugar donde el penado ha de ser retenido puede variar y, en este

sentido, podemos diferenciar tres hipótesis:

1ª. El propio domicilio del penado. Esta es la primera opción a la que se refiere el vigente art. 37.1 CP. Por domicilio se entenderá cualquier lugar en el que pueda permanecer el penado de modo estable. No tiene necesariamente que coincidir con su domicilio civil o fiscal. En caso de tener varios, se entenderá que se trata de aquel en el que el penado resida habitualmente.

2ª. En otro lugar determinado fijado por el juez en sentencia o posteriormente en auto motivado. Esta segunda posibilidad, contemplada por el art. 37.1 CP, se prevé para los casos en los que el penado no pueda cumplir condena en su propio domicilio por carecer de este, o bien porque en el mismo resida la víctima y la relación entre esta y el penado exija el cumplimiento de la pena en un lugar distinto.

Ej. 28.3: Si el sujeto comete una injuria o vejación injusta de carácter leve contra cualquiera de los sujetos a los que se refiere el art. 173.2 CP (cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, menores o incapaces sujetos a la potestad, tutela, curatela, guarda, acogimiento, etc.), la pena de localización permanente que pudiera resultar impuesta se habrá de cumplir siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima (art. 173.4 CP).

3ª. En el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, los sábados, domingos y festivos, según dispone el segundo párrafo del art. 37.1 CP. Semejante posibilidad, que permite el retorno del desaparecido arresto de fin de semana, fue introducida por la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, y se prevé para los casos en los que la localización permanente esté establecida como pena principal, atendiendo a la reiteración de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable. El juez, cuando se den los requisitos mencionados, está facultado pero no obligado a imponer este régimen de cumplimiento. No obstante, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, ningún precepto de la Parte especial contempla esta posibilidad, por lo que la localización permanente no puede cumplirse en un centro penitenciario, independientemente de lo que al respecto establece, con

carácter general, el art. 37.1 CP.

Antes de la reforma de 2015 el único precepto que incluía una previsión expresa, en el sentido apuntado, era el derogado art. 623.1 CP y lo hacía para la reiteración de las desaparecidas faltas de hurto, siempre que el montante acumulado no superase los cuatrocientos euros.

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

1. Que resulte de aplicación el párrafo segundo del art. 37.1 CP y la localización permanente se cumpla en un centro penitenciario. Algo que, como ya se indicó, no es posible conforme al vigente Código penal, pese a la previsión del citado art. 37.1 CP.
2. Que el juez acuerde el cumplimiento durante los sábados y domingos o de forma no continuada. Para ello es necesario que el reo lo solicite, las circunstancias lo aconsejen y se dé audiencia al ministerio fiscal.

Por otro lado y aunque resulta obvio, el art. 37.3 CP dispone que si el condenado incumpliera la pena de localización permanente, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el art. 468 CP, que regula el delito de quebrantamiento de condena. Precisamente para garantizar el cumplimiento efectivo, el art. 37.4 CP permite que juez o tribunal utilice los medios electrónicos que hagan posible comprobar la localización del reo.

2.3.2. Extensión y cómputo

El art. 37.1 CP no dispone de manera expresa un límite mínimo de duración que el régimen de 2003 establecía en un día. No obstante, el art. 33 CP no contempla la posibilidad de que la localización permanente tenga una duración inferior. Ello también se desprende del principio de indivisibilidad de la unidad temporal en la que se establecen todas las penas salvo la multa proporcional, siendo dicha unidad el día o el día multa.

Por su parte, el límite máximo es ahora de seis meses, cuando la regulación de 2003 lo ubicaba en doce días.

Es de destacar cierta confusión que genera la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, a este respecto. Y es que tras este cambio legislativo, la localización permanente aparece clasificada en el art. 33 CP exclusivamente como pena leve pero siempre que tenga una determinada duración. En este sentido, el art.

33.4 CP establece que «... *Son penas leves:...* **h) La localización permanente de un día a tres meses**». No se entiende esta limitación, teniendo en cuenta que, con carácter general, la pena de localización permanente la puede superar y considerando, además, que esta pena solo puede tener la consideración de pena leve conforme al propio art. 33 CP.

El referido límite máximo de seis meses que establece el art. 37.1 CP se puede rebasar de acuerdo con lo establecido en el art. 53.1 CP. Así, cuando el penado incumpla la pena originaria de multa impuesta por la comisión de un delito leve, 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 superase los seis meses de duración podría, por tanto, cumplirse.

Para el cómputo de la localización permanente rige, igual que para la pena de prisión, 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

Con respecto a su adecuación a los fines que las penas privativas de libertad están orientadas a cumplir; 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, más allá de lo que la mera retención temporal del penado pueda suponer con respecto a esta última. La capacidad preventiva de esta pena resulta especialmente baja cuando la misma tiene una duración corta y se ha de cumplir en el domicilio del penado.

Por otro lado, esta pena no contradice el espíritu del art. 25.2 CE analizado *supra* dado que no provoca los efectos perniciosos de la prisión imposibilitando la reinserción y reeducación del penado.

Los problemas que, en este sentido, podría plantear su cumplimiento en un centro penitenciario no son relevantes en la actualidad, teniendo en cuenta que esta posibilidad, prevista con carácter general en el art. 37.1 CP, no se establece en ningún precepto de la Parte especial, por lo que no podría aplicarse.

No obstante, lo cierto es que tampoco la localización permanente se orienta directamente a la consecución de la reeducación o reinserción del penado, puesto que la ley no prevé obligaciones adicionales a la mera permanencia en un lugar determinado.

2.4. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa constituye, de acuerdo con el art. 35 CP, una pena privativa de libertad. No obstante, su análisis se llevará a cabo junto al de la pena de multa por la estrecha vinculación que tiene con la misma. Ver *infra* lección 31.

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. Esta materia empezó a cobrar especial importancia durante el siglo XVIII, cuando la pena privativa de libertad, sobre todo la de prisión, se consolida como pena autónoma y su uso se generaliza. En este momento el ideal humanitario le asigna funciones que van, en algunos casos, más allá de la mera retención y custodia del penado, como son las de su educación y preparación para la vuelta a la vida en libertad (ver *supra* lección 28). De esta manera surge el sistema penitenciario o Derecho penitenciario como el conjunto de normas que regulan el funcionamiento interno de las prisiones, así como las actividades y condiciones de vida de los reclusos. Tal sistema o conjunto normativo está, por tanto, vinculado a las funciones que las penas privativas de libertad están llamadas a cumplir. La evolución de los sistemas penitenciarios a lo largo de la Historia viene, en consecuencia, marcada por la concepción de tales funciones, así como por el modo en que se trate de cumplirlas.

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. Tal era la situación a finales del siglo XVI, cuando se generalizó la pena de trabajos forzados que se ejecutaba en instituciones como los establecimientos o casas de corrección (ver *supra* lección 28).

La finalidad fundamental del castigo en estos establecimientos, más allá de la prevención general y especial en su vertiente negativa, era sacar rendimiento económico de los retenidos, por mucho que también se planteara que ello procuraba su redención por el delito cometido a través del trabajo y del sacrificio. Las condiciones de vida de los penados eran infrahumanas y estaban acompañadas de un severo régimen de disciplina, que permitía la imposición de castigos corporales. Con todo, las casas de corrección constituyen, con algunas excepciones, el primer régimen de privación de libertad propiamente dicho en una institución que se podría denominar estatal, por mucho que el concepto de Estado como único titular del *ius puniendi*, no se encontrase del todo consolidado.

El tránsito a la Edad Contemporánea trajo consigo un replanteamiento profundo de la pena de prisión que afectó, como no podía ser de otra manera, a su régimen de ejecución. En este sentido, resultaron claves las aportaciones de John HOWARD y de Jeremy BENTHAM a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Estos autores abogaron por un cambio radical de las cárceles en Europa en consonancia con la racionalidad y humanización que debían inspirar la intervención punitiva. De este modo, reivindicaron la mejora de las condiciones de vida de los reclusos e insistieron en la necesidad de su educación mediante el trabajo, la disciplina y la instrucción, como forma de prepararlos para la vida en libertad. Sus ideas calaron hondo y no solo en el continente europeo, sino también en EEUU, donde surgen sistemas penitenciarios que constituyen los antecesores más directos de los actuales. Su estudio se aborda en el siguiente apartado.

2.2. Los sistemas penitenciarios

2.2.1. Sistema pensilvánico o filadélfico

También conocido como celular, este sistema surgió en el estado norteamericano de Pennsylvania a finales del siglo XVIII, pero alcanzó su culminación en 1829 en la penitenciaría de Cherry Hill que, de todas las instituciones que lo aplicaron, fue la más imitada. Se inspiraba en un planteamiento marcadamente moralizante que perseguía que el recluso expiara sus culpas y 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. Durante su encierro, solo se les permitía realizar el trabajo que pudieran desempeñar en sus celdas y la lectura de la Biblia.

Aunque el sistema evitaba el contagio de costumbres entre reclusos y facilitaba su higiene y vigilancia, presentaba muy graves inconvenientes que motivaron su crisis y ulterior desaparición. Entre las desventajas se destacan los devastadores efectos que provocaba en la salud física y mental de los penados, consecuencia del absoluto aislamiento al que se veían sometidos. Por otro lado, semejante experiencia hacía muy difícil su reintegración a la vida en sociedad. A este respecto, algunos afirman que el sistema filadélfico aniquilaba al individuo haciendo del mismo un ser absolutamente irrecuperable para el cuerpo social. Otro de los inconvenientes era su elevado coste, dada la escasa o nula productividad que se obtenía de los penados.

2.2.2. Sistema auburniano o de Auburn

Empezó a aplicarse en la prisión de Auburn en el estado de Nueva York en 1823, una vez que en dicho establecimiento se abandonó el sistema filadélfico. Compartía con este idéntica finalidad moralizante, si bien la misma se trataba de alcanzar mediante el trabajo y el sacrificio. La diferencia se concretaba en que el aislamiento del recluso era solo nocturno, pues durante el día se imponían el trabajo en común y actividades educativas básicas. Regía, eso sí, la regla del silencio absoluto, la prohibición de todo contacto con el exterior, ni siquiera con familiares, y una disciplina muy estricta que implicaba la aplicación de castigos corporales. No obstante, los reclusos eran separados por clases de trato más o menos severo, pudiendo ser reasignados tras su clasificación inicial en función de su evolución, lo que constituye una nota propia de los sistemas penitenciarios progresivos que surgieron más tarde.

El sistema auburniano resultaba más rentable que su antecesor y mitigaba, en parte, los efectos que este causaba sobre la salud psíquica y física de los reclusos, al tiempo que evitaba el contagio de costumbres entre los mismos. Con todo, generó una disciplina excesiva y, a su vez, necesaria para mantener una circunstancia tan antinatural como era el silencio de los reclusos mientras trabajaban en común, lo que implicaba una frecuente aplicación de los castigos corporales. La dureza desmesurada del régimen, unida a la imposición de tan forzado silencio, volvieron a hacer del recluso un ser irrecuperable para la vida en sociedad. Todos estos inconvenientes provocaron la paulatina desaparición de este sistema.

2.2.3. Sistemas progresivos y sistema de individualización científica

El sistema progresivo supone un salto cualitativo en la evolución penitenciaria y es asumido, en esencia, por la actual legislación penitenciaria española, con las particularidades que se estudian en los apartados siguientes.

Concibe el tiempo de encierro como un proceso de preparación del penado para su vuelta a la vida libre en sociedad. Incorpora así una finalidad verdaderamente rehabilitadora que supera el planteamiento moralizante de los sistemas que pretendían la transformación interna o de conciencia del recluso, a través de su arrepentimiento y la expiación del daño provocado con su delito.

La primera experiencia del sistema progresivo tuvo lugar en el presidio de San Agustín de Valencia hacia 1836, y fue obra del coronel MONTESINOS. Desde entonces han surgido muchas variantes pero pueden identificarse elementos comunes a todas ellas como los siguientes:

1. 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, siempre que respete una serie de condiciones.
2. El paso de un periodo a otro se decide en función del tiempo transcurrido, de la evolución del penado y de su comportamiento. La buena conducta o los méritos demostrados permiten pasar a un periodo más ventajoso y más cercano a la meta, que es la libertad. En caso contrario, el penado no disfrutará de esa progresión y deberá permanecer en el mismo periodo o incluso retroceder a otro más desventajoso y, al tiempo, más alejado del objetivo final. De este modo, se castiga o se premia al recluso como forma de motivar su evolución positiva hacia la vida en libertad.
3. En los diferentes periodos, en la medida en que su carácter más o menos restrictivo de los derechos del penado lo permita, se realizan actividades orientadas a la reinserción social. El trabajo en condiciones dignas se combina con tratamientos terapéuticos y formación.

Los primeros sistemas progresivos se caracterizaron por su escasa flexibilidad a la hora de determinar la progresión del penado por los distintos periodos tras su ingreso en prisión. En este sentido, todo recluso era obligado a transitar por todos los periodos, desde el inicial hasta el final, sin poder saltarse ninguno, y respetando los límites temporales establecidos para cada uno de ellos. Por otro lado, las actividades y los tratamientos se establecían por igual para los presos que se encontrasen en el mismo periodo.

La rigidez descrita 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:

1. Permite, dentro de ciertos límites, que el recluso pueda ser inicialmente clasificado en cualquiera de los periodos de cumplimiento.
2. Hace posible que el penado no tenga que pasar por todos los periodos hasta llegar al último. Su progresión se puede acortar, bien eliminado el tránsito por alguno de los periodos, o abreviando la duración prevista inicialmente para cada uno de los mismos.
3. Prevé un tratamiento y un régimen individualizado de cumplimiento para cada recluso en atención a sus circunstancias personales y a sus necesidades, y con independencia del periodo en el que se encuentre.

El éxito de los sistemas progresivos se reflejó en los menores índices de reincidencia que lograron en comparación con sus antecesores. Ello se debe, en gran medida, a que por primera vez se hace posible la reinserción del penado, o al menos se procura que el mismo no termine su condena en unas condiciones que hagan inviable su integración social. A ello contribuyó la desaparición de los castigos corporales y de las inhumanas condiciones de silencio y aislamiento, además de la implantación de actividades laborales, formativas y terapéuticas. Con todo, estos sistemas, los más extendidos hoy día, no eliminan el riesgo de contagio penitenciario y, desde luego, no han logrado que el encarcelamiento deje de causar estragos en los penados, algo que ya se apuntó en la lección anterior al analizar los problemas de la pena de prisión.

De los progresivos, ha sido el sistema de individualización científica el que terminó por imponerse tanto en Europa como en EEUU, durante el último cuarto del siglo XX. La actual legislación penitenciaria española se adscribe al mismo con las particularidades que se analizan en los siguientes apartados.

3. EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

Dentro del ordenamiento jurídico 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, pues, una parte del ordenamiento jurídico

inmediatamente vinculada al Derecho penal, dado que este define, entre otras cuestiones, cuáles son las penas y medidas de seguridad privativas de libertad y qué conductas conllevan su aplicación. El Derecho penitenciario constituye, por tanto, una parte del *ius puniendi* estatal y, como tal está llamado a cumplir determinadas funciones y a respetar determinados límites y garantías de acuerdo con la Constitución. No es necesario detenerse ahora a analizar ni las primeras, ni las segundas, dado que ello se llevó a cabo con anterioridad.

En las lecciones 27 y 28 se estudiaron los fines de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como los límites que las mismas deben observar respecto de la restricción de los derechos del penado. En la lección 2 se explicaron las garantías jurisdiccionales y de ejecución que, como manifestaciones del principio de legalidad, afectan a la ejecución de las penas privativas de libertad.

Baste recordar, en este momento, que el mandato constitucional del art. 25.2 CE, que se refiere a la reeducación y reinserción como las metas a las que debe orientarse la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, hay que interpretarlo en sus justos términos, teniendo muy presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, así como todo lo que se apuntó al analizar la crisis de la pena de prisión. Ya quedó claro, por tanto, que los referidos fines son compatibles con la retención, la custodia de los penados y, en consecuencia, con la seguridad colectiva. El mencionado precepto constitucional determina, a su vez, qué derechos del penado se deben respetar durante la ejecución de las penas privativas de libertad.

Por otro lado, y con respecto a los límites y garantías que debe respetar la ejecución de las penas privativas de libertad, hay que recordar la garantía de ejecución, que prohíbe ejecutar pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y los reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que las que aparezcan en su texto. Así mismo, la garantía jurisdiccional exige que la ejecución de las penas y las medidas de seguridad se realice bajo el control de los jueces y tribunales competentes (ver arts. 3.2 CP y 2 LOGP).

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

En cumplimiento de la garantía de ejecución antes mencionada, los aspectos esenciales de la ejecución de la pena de prisión se recogen en la LOGP. La afectación de derechos fundamentales por parte de una ley que regula las condiciones de vida y régimen de actividades de las personas privadas de libertad, así como las potestades de quienes se encargan de su control, resulta evidente y ello explica que la misma tenga rango de ley orgánica y carácter estatal (ver arts. 149.1.6 y 81 CE). No obstante, ya el propio Código penal prevé, en su art. 3.2, el desarrollo reglamentario de la Ley que regule la ejecución de las penas. Dicho desarrollo, en lo que respecta a la pena de prisión, se ha llevado a cabo por el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, cuya Disposición Transitoria Primera declara aplicables los arts. 65 a 73 del Reglamento de Servicios de Prisiones, de 2 de febrero de 1956.

Hay algunas cuestiones que la LOGP no regula con la suficiente concreción y, a tal efecto, se remite al Reglamento. Por ejemplo, gran parte del régimen disciplinario de la prisión, que abarca la definición de infracciones de carácter interno así como las sanciones vinculadas a las mismas (por ejemplo, el encierro temporal en una celda de aislamiento), se regula en el Reglamento Penitenciario. Algunos han visto en esta circunstancia una quiebra indebida de la reserva de ley orgánica puesto que la materia en cuestión, que implica la imposición de sanciones a personas privadas de libertad, tiene una incidencia directa en los derechos fundamentales de los afectados. No obstante, el Tribunal Constitucional, en su STC 2/1987, de 21 de enero, consideró que el individuo que se encuentra en prisión tiene una relación de sujeción especial con la Administración Penitenciaria. La definición de infracciones y sanciones en el marco de ese vínculo relacional puede preverla un reglamento ya que la reserva de ley para estos casos pierde parte de su fundamentación material.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de otras previsiones del Reglamento Penitenciario, como la aplicación de regímenes especiales al penado (al margen de los grados de clasificación que se estudiarán seguidamente) como el de la limitación del régimen de vida (art. 75 RD 190/1996), que permite severas restricciones de sus derechos fundamentales. Tampoco lo ha hecho respecto de la inclusión de los presos en los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES), que supone un estricto control y

seguimiento del penado con la consiguiente afectación de sus libertades. Es de destacar que la regulación de estos FIES ni siquiera se contemplaba en el Reglamento Penitenciario sino que se ubicaba en la Instrucción 21/1996, de 6 de marzo, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en STS 2555/2009, de 17 de marzo, declaró nulo de pleno derecho el apartado de la Instrucción 21/1996 en el que se regulaban los FIES, por vulneración de los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa. A fin de dar cumplimiento a esta sentencia, se aprobó el RD 419/2011, de 25 de marzo, en virtud de la cual los FIES pasaron a regularse en el Reglamento Penitenciario.

La LOGP y el RD 190/1996 se inspiran en los sistemas progresivos y también en su variante denominada sistema de individualización científica. Ello se desprende del art. 72.1 LOGP que establece que *«las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados»*. En consonancia con lo afirmado, la referida normativa diferencia distintos grados o etapas de cumplimiento de la pena de prisión a las que les asigna un régimen de vida y actividades más o menos restrictivas de los derechos del penado. Por otro lado, rige con ciertas limitaciones el principio de flexibilidad, que afecta a la clasificación inicial del penado en los distintos grados, a su progresión o regresión a través de los mismos y al concreto régimen que se le asigne.

Este conjunto normativo, integrado principalmente por la LOGP y el RD 190/1996, no ha sido modificado tras la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, pese a que la misma introduce la pena de prisión permanente revisable, como pena formalmente distinta a la pena de prisión, y altera sustancialmente la regulación de la libertad condicional, que constituye un aspecto fundamental de la ejecución de las penas privativas de libertad que se han de cumplir en un centro penitenciario. Al respecto, y más allá de lo inconveniente de esta situación, que genera no poca confusión, se pueden hacer las siguientes puntualizaciones:

- El contenido de la prisión permanente revisable es el mismo que el de la pena de prisión, por lo que los aspectos generales de la normativa penitenciaria resultan de aplicación para esta pena. Por ello, la referencia a la pena de «prisión», en el ámbito de esta lección, se entiende que se realiza para ambos tipos de penas (prisión permanente revisable y prisión) salvo por lo que respecta a aspectos específicos. Así, por ejemplo, las condiciones para obtener permisos de salida y acceder al tercer grado penitenciario en lo que respecta a la prisión permanente

- revisable se regulan solo en el vigente Código penal.
- La reforma penal de 2015 redefine la naturaleza de la libertad condicional que pasa a ser, por decisión expresa (y a nuestro juicio desacertada) del legislador, una forma de suspensión de la pena de prisión permanente revisable y de la pena de prisión, y no el último grado de cumplimiento de la condena, como sigue estableciendo la LOGP de forma literal en su art. 72.1. Esto explica que la libertad condicional se estudie en la lección 33 relativa a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad y no en la presente lección.

B) Régimen penitenciario 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. Ello forma parte de los deberes del interno (arts. 4 LOGP y 5 RD 190/1996), entre los que se encuentra el de desempeñar un trabajo en función de sus capacidades físicas y mentales (art. 29 LOGP). En paralelo a este régimen, cada penado será, a su vez, destinatario de un tratamiento que se define como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de su reeducación y reinserción social (art. 59 LOGP). Existe pues una clara vinculación entre el régimen de cumplimiento de la pena de prisión y el tratamiento, ya que ambos deben orientarse a la consecución de los mismos fines de reinserción y rehabilitación que menciona el art. 25.2 CE. No obstante, no se puede decir que exista una plena identificación entre uno y otro. Régimen y tratamiento comparten algunos elementos, como el trabajo que el penado está obligado a realizar. Esta actividad laboral es, al tiempo, una obligación para el interno y una parte esencial de su tratamiento (arts. 26 y 29.1 LOGP y 132 a 133 RD 190/1996). Dicha obligatoriedad, que constituye una nota clave de todo lo que se debe entender como cumplimiento de la pena en sentido estricto, no puede predicarse del resto del contenido del tratamiento.

El art. 61 LOGP dispone que «*se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento*» y se le estimulará, en la medida de lo posible, para despertar su interés y colaboración en el mismo. En consecuencia, una parte esencial del tratamiento, la que consiste en la intervención terapéutica sobre la personalidad del penado, no se puede imponer de forma coactiva. Tal imposición, además de hacer inútil la terapia, supondría quebrantar los límites de la aspiración rehabilitadora de la pena de prisión en el marco del Estado social

y democrático de Derecho, pues constituye una intromisión coactiva orientada a cambiar las convicciones o la forma de ser del penado, lo cual va mucho más allá de obligarle a respetar la ley exigiéndole que se abstenga de realizar comportamientos externos que la contradigan (ver *supra* lección 28).

Algunos cuestionan también la legitimidad de la obligación de trabajar, puesto que la misma supone una limitación de los derechos del penado que no han sido afectados por la condena. Al margen de lo que se pueda opinar al respecto (ver *supra* lección 27), no cabe duda de que el trabajo constituye una obligación expresa del condenado a prisión y, en este sentido, forma parte del régimen de cumplimiento de su pena en sentido estricto. No puede lo mismo decirse del tratamiento en su conjunto por las razones apuntadas.

3.1.2. Establecimientos penitenciarios

Antes de analizar las clases de establecimientos que reconoce la LOGP, es preciso tener en cuenta la causa que motiva el ingreso de una persona en un centro penitenciario pues, dependiendo de la misma, el establecimiento penitenciario de destino será distinto.

En este sentido, se pueden diferenciar cuatro posibilidades:

1. Sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente que condene al sujeto a la pena de prisión.
2. Sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente para que se imponga al sujeto una medida de seguridad privativa de libertad (ver *infra* lección 34).
3. Auto dictado por el juez o tribunal competente que acuerda la prisión preventiva del sujeto.
4. Orden de detención que puede dictar la policía, el ministerio fiscal o la autoridad judicial (art. 15 RD 190/1996), siempre que se den los requisitos establecidos en los arts. 490 y ss. LECrim.

En atención a lo expuesto, el establecimiento penitenciario en el que el sujeto será privado de libertad puede ser alguno de los tres siguientes:

1º. Establecimientos penitenciarios para presos preventivos (arts. 7 y 8 LOGP). En ellos ingresan los presos preventivos y las personas privadas de libertad en virtud de orden de detención. La privación de libertad, en estos casos, no puede considerarse pena (ver *supra* lección 27) pues afecta a sujetos que aún no han sido juzgados y que gozan, por tanto, de la presunción de inocencia. No se procede a su clasificación en grado, ni se les asigna un tratamiento, pues no puede establecerse todavía la necesidad de su resocialización, dado que aún no se ha probado que hayan delinquido. No obstante, se les aplica el régimen ordinario y, excepcionalmente, el régimen cerrado (arts. 10.2

LOGP, 96 y 97 RD 190/1996), conceptos estos que serán explicados en apartados posteriores.

Es preciso advertir que la orden de detención se puede acordar también respecto de un sujeto condenado por un tribunal de otro Estado, el cual ha solicitado a las autoridades españolas su extradición o su entrega a través de la «euro-orden», para que cumpla la pena en su territorio. En este caso particular (pues la «euro-orden» también se puede dictar para permitir el enjuiciamiento del sujeto), el sujeto detenido sí ha sido juzgado y condenado; pero la detención acordada por las autoridades españolas no constituye una pena sino una medida para asegurar que el sujeto cumpla la condena impuesta por el tribunal extranjero en el Estado correspondiente.

Por otro lado, 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 (art. 8.1 LOGP).

2º. Establecimientos de cumplimiento (arts. 7, 9 y 10 LOGP). En ellos ingresan las personas condenadas en sentencia firme a una pena de prisión superior a seis meses. Dentro de estos establecimientos 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. Los internos se clasifican a su vez en distintos grados a los que les corresponde uno de los referidos regímenes de cumplimiento. Todas estas cuestiones serán analizadas en profundidad en el siguiente apartado.

3º. Establecimientos especiales (arts. 7 y 11 LOGP). 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. No obstante, algunos de los mismos, como los centros de inserción social, pueden ser el destino de cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas en sentencia que se hayan de cumplir en régimen abierto (ver art. 163 RD 190/1996). Otros establecimientos especiales, como los psiquiátricos, se destinan fundamentalmente a personas que deban cumplir una medida de seguridad privativa de libertad impuesta por sentencia firme.

Se trata de sujetos inimputables o semiimputables, aquejados de problemas psíquicos de diversa naturaleza y, por tanto, no

culpables o no plenamente culpables del comportamiento típico y antijurídico cometido. La medida de seguridad se les impone no como castigo, sino con una finalidad terapéutica que encuentra su fundamento en la peligrosidad del individuo a quien se aplica (ver *infra* lección 34).

Una vez que se ha explicado la diferencia entre los distintos establecimientos penitenciarios, la atención se centra ahora en los aspectos esenciales del régimen de ejecución o cumplimiento de la pena de prisión, lo cual constituye el contenido esencial de la presente lección. No obstante y como se verá, algunas de las normas analizadas afectan también a la ejecución de otro tipo de medidas como la prisión preventiva.

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

A) Grados de clasificación y regímenes de cumplimiento

Una vez que el condenado a prisión por sentencia firme 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. Cada uno de esos grados tiene asignado un régimen de vida y actividades distinto.

Esta clasificación en grado no hay que confundirla con la separación interior de los reclusos (art. 99 RD 190/1996) en función de su edad, sexo, enfermedad, antecedentes delictivos, situación procesal —ver *supra* apartado anterior—, pertenencia a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o su condición de mujer con hijos. Esta separación interior responde a cuestiones organizativas y de seguridad dentro de la prisión y no lleva consigo la atribución del régimen penitenciario de la clasificación en grado.

Se diferencian tres grados de cumplimiento más una cuarta etapa denominada libertad condicional durante la que el penado puede cumplir su condena en libertad. De acuerdo con la LOGP, esta etapa constituye el último grado de cumplimiento (art. 72.1). Sin embargo y como ya se indicó antes, el vigente Código penal, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que la libertad condicional es una forma de suspensión de la ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de prisión, que tiene lugar durante dicha ejecución. Esta modificación viene acompañada de una nueva regulación de la libertad condicional que, en efecto, refleja la nueva naturaleza que el legislador de 2015 le asigna y que no se corresponde

con la que indica la LOGP. Por todo ello y pese a que estas modificaciones nos parezcan desacertadas, se estudiará la libertad condicional en la lección 33 junto con las demás formas de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad.

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

1. Primer grado (arts. 10.1 LOGP y 102.5 RD 190/1996) en el que se clasifica a los penados considerados de peligrosidad extrema o inadaptados al régimen ordinario (se tienen en cuenta, entre otros factores, la personalidad agresiva o violenta, a juzgar por la naturaleza de los delitos cometidos o la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas). En este primer grado rige el régimen cerrado (que se implanta en los establecimientos penitenciarios de cumplimiento cerrados), caracterizado por un intenso control y vigilancia de los penados que tienen muy restringidas las actividades en común con otros internos (arts. 10 LOGP y 89 a 95 RD 190/1996).
2. Segundo grado (art. 102.3 RD 190/1996) en el que se clasifica a los penados en quienes concurren circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero que aún no tengan capacidad para vivir en semilibertad. 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. En este segundo grado rige el régimen ordinario (que se implanta en los establecimientos penitenciarios de cumplimiento ordinarios y también, como regla general, en los de preventivos), en el que la seguridad, el orden y la disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada. El trabajo y la formación tienen consideración de actividad básica, si bien además de las actividades obligatorias, habrá otras optativas y de libre elección (arts. 76 a 79 RD 190/1996).
3. Tercer grado (art. 102.4 RD 190/1996) en el que se clasifica a los 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 (que se implanta en los establecimientos penitenciarios de cumplimiento abiertos y en algunos especiales), y se define como el necesario para lograr una convivencia normal en toda colectividad civil, fomentando la responsabilidad del penado, y siendo norma general la ausencia de controles rígidos que contradigan la confianza en el mismo, factor que inspira el funcionamiento de esta etapa de cumplimiento. El penado realizará actividades fuera del centro penitenciario, pudiendo disfrutar de salidas de fin de semana (arts. 80 a 88 RD

190/1996).

B) El principio de flexibilidad

Como ya se advirtió, en el sistema penitenciario español rige el principio de flexibilidad, particularidad esencial del sistema de individualización científica como variante de los sistemas progresivos. Esta flexibilidad se advierte en las siguientes posibilidades que ofrece la normativa vigente:

1ª. Flexibilidad en cuanto a la clasificación inicial en grado. El art. 72.3 LOGP permite que el penado, en atención a sus características personales, familiares, historial delictivo y necesidades de tratamiento, detectadas tras su observación, 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. No obstante, la clasificación en el tercer grado exige haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito teniendo en cuenta lo establecido en los apartados 5 y 6 del art. 72 LOGP.

Este precepto permite dar por cumplida la responsabilidad civil en aquellos casos en los que la falta de capacidad económica del penado impida una satisfacción plena en términos económicos. Para ello se tiene en cuenta los esfuerzos efectivamente realizados por el mismo en atención a sus posibilidades concretas.

Asimismo, el Código penal establece una limitación para la clasificación inicial en tercer grado a través de los denominados «periodos de seguridad» que se establecen respecto de la pena de prisión en sentido estricto. En este sentido, el art. 36.2 CP contiene 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. El precepto, tras la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, no obliga al juez sentenciador a imponer esta limitación respecto de la clasificación inicial del penado en estos casos, como sí hacía la redacción debida a la LO 7/2003, de 30 de junio, sino que le faculta a ello.

Por su parte, el JVP (cuyas funciones serán explicadas más adelante), previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias

personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el ministerio fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Se entiende que esta previsión relativa al JVP se establece para los casos en los que el juez o tribunal sentenciador haya optado por retrasar la clasificación del penado en el tercer grado hasta que se haya cumplido la mitad de la condena, y no seguir el régimen general de cumplimiento que prevé el art. 72.3 LOGP.

— 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 de los arts. 571 y ss. CP (Capítulo VII Título XXII, Libro II CP), delitos del art. 183 y delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores cuando la víctima sea menor de 13 años [Esta referencia a la víctima menor de 13 años no tiene sentido, pues el rigor punitivo se establece como consecuencia de atentar contra una persona que se encuentre por debajo de la edad de consentimiento sexual que la LO 1/2015, de 30 de marzo, establece en 16 años. Así, el art. 183 CP, al que también se refiere el precepto que determina los periodos de seguridad, regula, tras el referido cambio legislativo, los abusos y agresiones sexuales de los menores de 16 años.], la clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma. La reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, estableció esta limitación que el juez o tribunal sentenciador tiene la obligación de observar sin que el JVP pueda aplicar el régimen general, como ocurre en los supuestos analizados en el párrafo anterior.

En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, se pone de manifiesto que la referida limitación se estima conveniente por la extrema gravedad de los delitos a los que afecta. Al margen de la arbitrariedad que supone considerar de extrema gravedad a determinados grupos de delitos como todos los incluidos en la nomenclatura delitos de terrorismo, delincuencia organizada y ciertas infracciones contra la libertad e indemnidad sexual de menores de determinada edad, excluyendo otros muchos que podrían considerarse de igual gravedad, lo cierto que es que la regulación vigente reduce la flexibilidad del actual sistema penitenciario acercándolo a los sistemas

progresivos originarios, en los que, como criterio para determinar el régimen penitenciario, prevalece la gravedad de la pena impuesta sobre las posibilidades de reinserción del penado.

En relación con el cálculo de la mitad de la condena impuesta, es preciso tener en cuenta las reglas concursales del art. 78 CP, analizadas en la lección anterior (ver *supra* lección 28). Ya se comprobó que la aplicación de las mismas puede implicar, en ocasiones, la imposibilidad de acceder al tercer grado.

Por otro lado, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, el Código penal regula, en su art. 36.1 CP, el acceso al tercer grado de los condenados a prisión permanente revisable. Al respecto, se dispone que dicho acceso deberá ser autorizado por el tribunal, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el ministerio fiscal e Instituciones Penitenciarias, y el mismo no podrá efectuarse:

a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito de terrorismo de los arts. 571 y ss. CP (Capítulo VII Título XXII, Libro II CP).

b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos [Si el sujeto ha sido condenado por dos o más delitos y al menos uno de ellos está castigado con la pena de prisión permanente revisable, el tiempo de cumplimiento de condena necesario para obtener la clasificación del tercer grado, puede alcanzar los 18, 20 o 22 años, en atención a la gravedad de las penas previstas para las distintas infracciones cometidas {ver letras a), b) y c) del art. 78 bis 1 CP}. Si se tratase de delitos referidos a organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP, se exige, en función de la gravedad de las penas previstas para las distintas infracciones cometidas, haber cumplido 24 o 32 años de condena (art. 78 bis 3 CP).].

Asimismo, los condenados en los casos previstos en la letra **a)** no podrán disfrutar de permisos de salida hasta que no hayan cumplido un mínimo de doce años de prisión. Los condenados en los casos previstos en la letra **b)** deberán cumplir, al efecto, un mínimo de ocho años de prisión.

Estas previsiones plantean, al menos, los siguientes

inconvenientes: **1)** Continúan la línea de las reformas penales de 2003 y de 2010 y, en este sentido, desvirtúan la esencia del sistema progresivo y de individualización científica que debe inspirar la ejecución penitenciaria; las previsiones demuestran que, a fin de determinar el acceso al tercer grado, pesa mucho más la gravedad de los hechos cometidos que la evolución del sujeto o su potencial de reinserción; **2)** Desde el punto de vista material, dificultan, cuando no imposibilitan, el acceso al tercer grado, puesto que, a tal efecto, exigen del sujeto que lleva 15 o 20 años de privación efectiva de libertad (doce u ocho de los cuales sin disfrutar siquiera de permisos de salida), un pronóstico favorable de reinserción social; es de todo punto improbable, por no decir imposible, que alguien cumpla ese requisito en semejantes circunstancias.

Por último, es preciso advertir que la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, añadió un tercer apartado al art. 36 CP en el que se establece que *«...En todo caso, el Tribunal o el Juez de Vigilancia Penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos Incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad»*.

Esta previsión no constituye una novedad en sentido estricto, puesto que el RD 190/1996 ya la contemplaba en su art. 104.4. No obstante, era necesario que el propio Código penal también la incorporase a su articulado. Ello porque la misma podía entrar en contradicción con los apartados 1 y 2 art. 36 CP, que regulan los periodos de seguridad de la pena de prisión y de estancia mínima de cumplimiento efectivo de la prisión permanente revisable, y son de aplicación preferente respecto de las previsiones de una norma de rango inferior como un Real Decreto.

2ª. Flexibilidad para determinar la progresión o regresión a través de los diferentes grados. Una vez realizada la clasificación inicial se establece un plazo máximo general de revisión de seis meses (arts. 65.4 LOGP y 105.1 RD 190/1996). En los casos en los que a un preso preventivo se le asigne inicialmente el régimen cerrado el plazo anterior se reduce a tres meses de duración máxima (arts. 98.2 RD 190/1996). En el momento de la revisión se tiene que valorar la

evolución del preso y, en consecuencia, acordar su progresión, mantenimiento o regresión en grado, sin que la normativa vigente establezca, de manera expresa, que la nueva clasificación se haga en el grado inmediatamente superior o inferior, para el caso de que se acuerde la progresión o regresión del penado (arts. 65 LOGP y 106 RD 190/1996). No obstante, es necesario tener en cuenta las limitaciones para acceder al tercer grado que se derivan de los periodos de seguridad, para los condenados a pena prisión, y de la necesidad de cumplir periodos mínimos de prisión efectiva, para los condenados a pena de prisión permanente revisable (art. 36 CP).

3ª. Flexibilidad para determinar el régimen penitenciario y el tratamiento del penado. El art. 100.2 RD 190/1996 establece, con el fin de hacer el sistema más flexible, que respecto de cada penado se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse características de cada uno de los grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que, de otra forma, no pudiera ser ejecutado.

Conforme a este principio de flexibilidad, el programa de cumplimiento y tratamiento asignado a un penado concreto podría combinar características propias de diferentes grados de clasificación. Por ejemplo, un penado clasificado en segundo grado podría realizar salidas de fin de semana propias del régimen que se aplica a los clasificados en el tercer grado, siempre que ello conste en su programa de tratamiento (art. 87 RD 190/1996) y lo permita la legalidad vigente (al respecto, recordar las restricciones que rigen para los condenados a prisión permanente revisable de cara disfrutar de permisos de salida —art. 36.1 CP—).

3.1.4. Beneficios penitenciarios

Se regulan en los arts. 202 a 206 RD 190/1996, y 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. El propio RD 190/1996 señala que 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, encaminados a conseguir su reeducación y su reinserción social.

Hoy día, tras la desaparición de la redención de penas por trabajo que preveía el Código penal de 1973 [que podrán aplicarse, no obstante, a los condenados por dicho texto (ver Disposición Transitoria Segunda CP)], la normativa vigente reconoce solo dos clases de beneficios

penitenciarios:

1º. El adelantamiento de la concesión de la libertad condicional para los que cumplan los requisitos establecidos en el Código Penal (art. 205 RD 190/1996). A este respecto, es preciso tener en cuenta los regímenes especiales de concesión de la libertad condicional para los sentenciados que reúnan las condiciones de los apartados 2 y 3 del art. 90 CP (ver *infra* lección 33). Ello significa que la libertad condicional no es en sí un beneficio penitenciario, sino que lo es su obtención fuera del marco temporal que establece el régimen general.

En este sentido, los regímenes especiales se refieren fundamentalmente a los sentenciados que hayan desempeñado de forma continuada actividades laborales y el hecho de que ello posibilite la obtención de este beneficio penitenciario es interpretado por algunos como una manera de recuperar la desaparecida redención de penas por trabajo.

2º. El indulto particular en la cuantía en que aconsejen las circunstancias para los penados en los que concurran de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario todas y cada una de las siguientes circunstancias: buena conducta, desempeño de actividad laboral útil para la vida en libertad, y participación en actividades de reeducación y reinserción social (art. 206 RD 190/1996).

La concesión del indulto supone, a diferencia del adelantamiento de la concesión de la libertad condicional, una reducción de la condena impuesta en sentencia firme. El indultado pierde, por tanto, su condición de condenado, pues el indulto extingue la responsabilidad penal (ver *infra* lección 36). A este respecto, es preciso considerar que quien obtiene la libertad condicional no pierde su condición de condenado, por mucho que se encuentre en libertad (aunque obligado a cumplir determinadas condiciones).

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. En tal caso deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos, sin que los antecedentes penales puedan ser, en ningún caso, motivo de discriminación social o jurídica (art. 73.2 LOGP). Esta previsión, según algunos, entra en contradicción con el hecho de que el vigente Código penal prevea en su art. 22.8 la agravante por reincidencia, y que dichos antecedentes puedan impedir la suspensión de la pena privativa

de libertad (art. 80 y ss. CP).

Por otro lado, tanto la LOGP como el RD 190/1996 se refieren, de forma muy sucinta, a la asistencia que el sujeto recibe al abandonar el centro penitenciario. Cuando se produce esta situación, bien con carácter definitivo (cuando se dan las circunstancias descritas en el párrafo anterior), bien porque se acuerda la libertad condicional, el Ministerio de Justicia, a través de la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, le prestará al penado y a sus familiares la asistencia social necesaria (art. 74 LOGP). Asimismo, si el liberado careciese de medios económicos, la Administración Penitenciaria le facilitará los necesarios para llegar a su residencia y subvenir [costear, sufragar, auxiliar, socorrer] a sus primeros gastos (art. 30.2 RD 190/1996).

3.2. Ejecución de la pena de localización permanente

Cuando la pena de localización permanente se ha de cumplir en un lugar distinto de un centro penitenciario (que es la única posibilidad que permite la legalidad vigente), habrá que estar, a efectos de determinar su ejecución, a lo establecido en el art. 37 CP (ver *supra* lección 28). Tras la derogación del RD 515/2005, de 6 de mayo, esta cuestión carece de desarrollo reglamentario.

Las condiciones de ejecución de esta pena cuando la misma se hubiera de cumplir en un centro penitenciario se regulan en los arts. 12 y ss. RD 840/2011, de 17 de junio.

En estos casos, el establecimiento penitenciario en el que se vaya a ejecutar la pena será el que defina el plan de ejecución, que deberá comunicar al órgano jurisdiccional competente para la ejecución. También entregará una copia de dicho plan al penado. Si el penado acredita fehacientemente que se opone a la ejecución, se informará al órgano competente para la ejecución, a los efectos que se considere oportunos. La normativa prevé solo el cumplimiento de la pena durante los fines de semana y establece, consecuentemente, la hora de salida e ingreso del penado. Se establece, asimismo, que el penado estará al régimen general del establecimiento en cuanto resulte de aplicación a la naturaleza de la pena de localización permanente y su forma de ejecución. En este sentido, las normas generales analizadas indican que la pena se cumpliría en los establecimientos penitenciarios para preventivos y, en principio, en el régimen ordinario, siempre que fuesen inferiores a seis meses (arts. 7, 8 y 10.2 LOGP, y 96 y 97 RD 190/1996). Otra posibilidad es que la pena se cumpliera en los establecimientos penitenciarios de inserción social que el art. 163 RD 190/1996

sigue previendo como destino de cumplimiento del desaparecido arresto de fin de semana.

Con todo, la operatividad del RD 840/2011, de 17 de mayo, resulta nula en el contexto del vigente Código penal, dado que, como ya se advirtió en la lección 28, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, no cabe cumplir la pena de localización penalmente en un centro penitenciario.

3.3. El Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP)

En cumplimiento de la garantía jurisdiccional que, como ya se apuntó, afecta a la ejecución de penas, 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. La particular situación en la que se encuentra el penado, como individuo privado de libertad, exige la presencia de esta jurisdicción especial cuyas funciones se regulan en el Título V de la LOGP (arts. 76 a 78).

Las competencias que la LOGP atribuye al JVP con carácter general son las de hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a la normativa vigente, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (ver art. 76.1 LOGP).

En el ámbito de las competencias específicas asignadas al JVP se destacan, entre otras, la resolución de propuestas y revocaciones de libertad condicional, la aprobación de beneficios penitenciarios, la resolución de recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones en grado y el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, lo que incluye la aprobación de la sanción de aislamiento en celda superior a catorce días (ver art. 76.2 LOGP).

Por su parte, la LOPJ, en sus arts. 94 y ss., prevé, además de los juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que podrán extender su jurisdicción a una o más provincias dentro de la misma Comunidad Autónoma, los juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria, con funciones jurisdiccionales en relación con los delitos de los que deba conocer la Audiencia Nacional.

Asimismo, la Audiencia Provincial será competente para resolver los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por el JVP (art. 82.1.5 LOPJ), mientras que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional lo será respecto de la resolución de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria (art. 65.6 LOPJ).

LECCIÓN 30. LAS PENAS PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Ya en la lección 27 se analizaron el concepto y la naturaleza de las penas privativas de otros derechos y se explicaron las diferencias entre las mismas y otras medidas de idéntico o similar contenido. Por otro lado, también se puso de manifiesto que estas penas pueden tener la consideración de penas graves, menos graves o leves, en función de su duración y su naturaleza.

A modo de recordatorio, se puede apuntar que este tipo de penas inciden sobre derechos del penado distintos del de la vida, la libertad ambulatoria (en la medida en que la misma se ve afectada por las penas privativas de libertad), o el patrimonio, que constituye el objeto de la pena de multa.

La atención se centra ahora en explicar el contenido, los efectos, la extensión y el fundamento de estas penas. A este respecto, cabe señalar que 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. Ello porque, en tal caso, 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 de la infracción. La pena cumple básicamente una función preventivo especial negativa, sin que en general se pueda apreciar en la misma ningún componente resocializador, salvo por lo que respecta a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

En las ocasiones en que no se exige tal vinculación es difícil identificar la función y, por ende, la legitimidad de las penas privativas de otros derechos. Ello se advierte con claridad a través del análisis que se realiza a continuación de cada una de las mismas, teniendo en cuenta su regulación en el vigente Código penal.

II. CLASIFICACIÓN

Las penas privativas de otros derechos que aparecen recogidas en el art. 39 CP y en algunos preceptos de la Parte especial se pueden clasificar teniendo en cuenta el derecho o derechos sobre los que inciden y el modo en que se produce esta afectación (ver *supra* lección 27). Este criterio de clasificación permite diferenciar las penas que se

analizan en los siguientes apartados.

1. LA INHABILITACIÓN ABSOLUTA

1.1. Naturaleza y contenido

La inhabilitación absoluta se prevé como principal en la regulación de algunos tipos delictivos, en cuyo caso suele aparecer como acumulativa a otras penas (ver, por ejemplo, art. 446.1 CP), y también como accesoria de acuerdo con lo que dispone el art. 55 CP ya analizado (ver *supra* lección 27). Tiene siempre, con independencia de su duración, la consideración de pena grave [art. 33.2.c) CP].

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, lo que no incluye los títulos académicos. El cargo público se obtiene por nombramiento y, con el mismo, se produce una asignación de responsabilidad pública dentro de la estructura del Estado (ministros, secretarios de estado, alcaldes, concejales, etc.). Por su parte, la persona que ostenta un empleo público trabaja para la Administración pública y su ingreso en la misma puede tener lugar a través de oposición, concurso, designación, contrato, etc.

Por último, la privación del derecho de sufragio pasivo afecta al derecho del penado a ser elegido para cargos públicos electivos.

1.2. Efectos y función

De acuerdo con el art. 41 CP, 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, en este sentido, definitiva. Por otro lado, esta pena 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.

En la medida en que la inhabilitación absoluta, sobre todo cuando está prevista como pena principal, puede privar al penado del cargo o empleo público que le permitió o le facilitó la comisión del delito, su función y legitimidad resultan claras, como ya se apuntó. Sin embargo, cuando tal relación no existe, las referidas cuestiones resultan, cuando menos, dudosas. La ausencia de este vínculo puede tener lugar por las siguientes circunstancias:

1. Esta pena afecta al resto de empleos, cargos u honores públicos que tenga el penado, además de aquél que le permitió o le

- facilitó la comisión del delito, y puede que con los mismos este no guarde ninguna relación.
2. Esta pena priva en todo caso del derecho al sufragio pasivo, el cual puede no tener ninguna conexión con el delito cometido.
 3. La relación entre esta pena y el delito cometido puede ser de todo punto inexistente cuando aquella se aplica como accesoria de la de prisión de más de diez años de duración, en atención a lo establecido en el art. 55 CP.

Ej. 30.1: José es Inspector de Hacienda y no detenta ningún otro cargo, honor o empleo público. Por motivos sentimentales, José causa con dolo la muerte de una persona con la que no tiene ninguna relación profesional y sin que exista vínculo alguno entre los hechos y su empleo público. José es condenado, como autor responsable de un delito consumado de homicidio, a la pena principal de once años de prisión (art. 138.1 CP) y a la accesoria de inhabilitación absoluta también por once años [el hecho de que sea condenado a estas penas en concreto responde a que se le considera responsable como autor de una infracción consumada y no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (ver arts. 61 y ss. CP, que serán analizados *infra* en la lección 32)]. La inhabilitación absoluta tiene para José los siguientes efectos:

1º. Le priva para siempre de su empleo de Inspector de Hacienda y le impide obtener de nuevo el mismo o cualquier otro cargo, honor o empleo público durante los once años que dura la condena y, a lo largo de ese marco temporal, le prohíbe ser elegido para ostentar cualquier cargo público.

2º. Una vez cumplida la condena, para que José pudiera volver a desempeñar el empleo de Inspector de Hacienda o cualquier otro cargo o empleo público, tendría que volver a superar las pruebas que el ordenamiento vigente establece para ingresar en la correspondiente sección de la función pública, como si nunca hubiese formado parte de la misma.

Es evidente que mientras José se encuentre privado de libertad en un centro penitenciario por la pena de prisión a la que también es condenado no puede acceder a la función pública ni ser elegido para cargos públicos. Este efecto de la inhabilitación absoluta constituye una consecuencia natural de su estancia en prisión. Pero, ¿qué se puede decir cuando José es clasificado en el tercer grado penitenciario o cuando obtiene la libertad condicional? En tal caso, no puede desempeñar el empleo que

tenía pues ha sido privado del mismo definitivamente (en el sentido antes apuntado), ni accederá de nuevo al mismo, ni a ningún otro cargo o empleo público, ni ser elegido a tal efecto hasta que no cumpla la condena. Sus opciones laborales se reducen considerablemente justo en el periodo en el que supuestamente más se debería estar velando por su reinserción social.

La privación de todos estos derechos se impone además de la pena de prisión, que es la que guarda relación con los hechos cometidos (el homicidio) y refleja, supuestamente, la gravedad de los mismos.

¿Por qué entonces se procede automática y obligatoriamente a esta supresión definitiva de derechos de los que José era legítimo titular? Parece que sigue vigente la idea en virtud de la cual quien ostente un cargo o desempeñe un empleo público se obliga a mantener cierta honorabilidad y que la misma desaparece cuando se cometen hechos de cierta gravedad. Y ello aunque entre los hechos y el empleo o cargo no exista relación alguna. En el ejemplo propuesto no basta la prisión que ya refleja el desvalor del homicidio, sino que es preciso aumentar la carga punitiva por razón del empleo que desempeña el autor, al que se le ha de privar definitivamente del mismo (en el sentido antes apuntado), restringiendo así sus opciones laborales cuando recupere la libertad.

El penado recibe un tratamiento distinto y más grave que el resto de los ciudadanos que no ostenten cargos o empleos públicos, aunque los mismos no hayan sido utilizados, en modo alguno, para cometer el delito. El quebranto del principio de igualdad resulta más evidente si comparamos la situación de José con la de un médico o un abogado que hubiese cometido los mismos hechos en idénticas circunstancias. Como se verá más adelante, ni al médico, ni al abogado se les podría imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su oficio, puesto que dicha pena requiere siempre la vinculación del oficio en cuestión con el delito cometido. El médico y el abogado podrían retomar su labor profesional ya en el tercer grado penitenciario, con solo solventar los obstáculos que, en ese sentido, podrían derivarse de la normativa extra penal que regule la actividad profesional en cuestión.

Parece que la ley penal vigente alberga la arcaica concepción del servidor público como ciudadano ejemplar que, al cometer un hecho, que no es propio de dicha ejemplaridad, deja de ser digno de continuar siéndolo. Se advierte, en este sentido, la

presencia del carácter ignominioso o infamante que las penas privativas de otros derechos tuvieron en la etapa anterior a la Ilustración. Los efectos descritos apartan al penado de la función pública que legítimamente le pertenecía y que constituía su medio de vida, y dificultan enormemente su retorno a la misma. Ello solo puede encontrar su fundamento en una noción pretérita de la honorabilidad que se entiende mal desde muchos de los principios limitadores al *ius puniendi*, en un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución. Sobre todo sí tenemos en cuenta que el sujeto cumple, además, con la pena de prisión, que ya castiga el delito en función de la gravedad del mismo y de la culpabilidad de su autor.

1.3. Extensión

El art. 40.1 CP establece que la pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del Código (ver art. 40.5 CP). Las excepciones previstas en este sentido son las siguientes:

1ª. Algunos tipos delictivos prevén como pena principal la inhabilitación absoluta con una extensión temporal que excede el límite máximo del art. 40.1 CP.

Ej. 30.2: Tal es el caso del delito de rebelión del art. 473.1 CP, que se castiga con una pena de inhabilitación absoluta de quince a veinticinco años acumulativa a otra de prisión de idéntica duración. Por su parte, el art. 579 bis 1 CP establece la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior, entre seis y veinte años, al de la pena de privativa de libertad impuesta por la comisión de determinados delitos de terrorismo. En virtud de esta regulación, el sujeto responsable, por ejemplo, de un secuestro cometido con fines terroristas del art. 573 bis 1.2 CP, podría ser condenado a la pena de prisión de veinte años que lleva aparejada como accesoria la de inhabilitación absoluta también de veinte años (art. 55 CP) que, en este caso, podría extenderse como mínimo a veintiséis, superando así el límite general del art. 40.1 CP.

2ª. Las reglas generales de determinación de la pena permiten imponer, en ocasiones, 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 esa posibilidad cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurre ninguna atenuante.

Ej. 30.3: Cuando un juez incurre en un delito de prevaricación al dictar a sabiendas una resolución injusta contra el acusado en causa criminal, puede ser condenado, entre otras, a una pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años (art. 446.1 CP). Si concurriesen tres circunstancias agravantes y ninguna atenuante podría imponerse la pena superior en grado, que iría de veinte años y un día a treinta años (art. 70.3.2 CP), en su mitad inferior. En este caso, la pena a imponer excede del límite máximo de duración que el art. 40.1 CP establece para la pena de inhabilitación absoluta (todo lo relativo a la determinación e individualización de la pena se explica *infra* en la lección 32).

3ª. Como ya se apuntó, la pena de prisión igual o superior a diez años lleva consigo como accesoria la de inhabilitación absoluta, que tendrá la misma duración (art. 55 CP). Ello significa que todas las condenas de prisión superiores a veinte años (ver *supra* lección 28) llevan aparejada, como accesoria, la pena de inhabilitación absoluta de la misma duración que, por lo tanto, puede superar el límite general de veinte años establecido en el art. 40.1 CP.

2. INHABILITACIONES ESPECIALES

2.1. Aspectos comunes

De entre los aspectos comunes de las inhabilitaciones especiales, podemos señalar que la mayoría de las mismas tienen una duración de tres meses a veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del Código (ver apartados 1 y 5 del art. 40 CP). Al igual que sucede con la pena de inhabilitación absoluta, cuando la inhabilitación especial se prevé como principal con una duración máxima de veinte años, este límite se puede rebasar hasta alcanzar los treinta años, si hubiese que aplicar la pena superior en grado como consecuencia de las reglas de determinación de la pena (ver arts. 66.1.4 y 70.3.2 CP).

Por otro lado, cuando la inhabilitación especial se prevé como pena accesoria de la de prisión, su extensión es de tres meses a diez años (ver art. 56.1 CP). Ello 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 diez años o superior a diez años teniendo en cuenta, respectivamente, lo establecido en los arts. 56.1.3 y 55 CP.

En función de la concreta prerrogativa afectada por la penas de inhabilitación especial, se pueden distinguir distintas clases dentro de

las mismas que serán analizadas a continuación.

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 — bien como única, acumulativa o alternativa— y puede ser accesoria de la pena de prisión inferior a diez años, en los términos que establece el art. 56.1 CP. Afecta al concreto empleo o cargo público del penado sobre el que recayere, aunque fuera electivo, y a los honores que le sean anejos (art. 42 CP). Para interpretar estos términos, resulta de aplicación lo apuntado respecto de la pena de inhabilitación absoluta.

2.2.2. Efectos y función

De acuerdo con el art. 42 CP y como ya se puso de manifiesto, la inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo público sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Ello significa que el empleo o cargo público, junto con todas las funciones y honores que le sean propias, se pierde para siempre, de manera que el penado solo lo podrá recuperar si, cumplido el tiempo de condena, accede de nuevo al mismo como si nunca lo hubiese ostentado. En este sentido, el efecto es idéntico que el de la pena de inhabilitación absoluta respecto de los cargos, empleos u honores afectados por la misma. No obstante, 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 (ver último inciso del art. 42 CP). La opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria (ver, entre otras, la STS 6958/1993, de 18 de octubre) interpreta esta previsión como una exigencia de vinculación directa entre este tipo de inhabilitación y el delito cometido, por mucho que dicha conexión solo se requiera explícitamente por el art. 56.1.3 CP para los casos en los que esta pena se puede imponer como accesoria de la de prisión. La necesidad de este vínculo aclara la cuestión relativa a la legitimidad y función de la inhabilitación especial en el sentido apuntado.

La pena ahora analizada 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. Así que el penado, mientras dure la condena, no podrá recuperar el honor, empleo o cargo público suprimido por la inhabilitación, ni otros análogos que deberán especificarse igualmente en la sentencia. Los empleos o cargos

públicos análogos son los que suponen el desempeño de funciones similares a las propias del empleo o cargo del que haya sido privado el penado.

Ej. 30.4: La inhabilitación especial para el cargo de alcalde produce la incapacidad para obtener dicho cargo y el de teniente alcalde, concejal o cualquier otro de naturaleza electiva que implique la participación en el gobierno municipal (ver STS 2941/2006, de 16 de mayo). Del igual modo, la inhabilitación del cargo público de funcionario de prisiones provoca la incapacidad para obtener el mismo y cualquier otro cargo o empleo público que tenga asignadas funciones de vigilancia, custodia o conducción de presos o detenidos dentro de la Administración estatal, autonómica o local (ver STS 1073/1997, de 17 de febrero).

No obstante, el art. 30.1.e) de la Ley de Funcionarios del Estado impide a quien esté cumpliendo la pena de inhabilitación especial el acceso a cualquier empleo de la Administración sea o no análogo al afectado por dicha pena, lo cual extiende considerablemente los efectos que el Código penal atribuye a la misma.

2.3. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo

Esta pena priva al penado del derecho a ser elegido para cargos públicos electivos (art. 44 CP), cualesquiera que estos sean, mientras dure la condena y sin necesidad de que los mismos deban ser especificados en el fallo condenatorio. No afecta, por tanto, a los cargos que el penado ostentase, ni su a derecho de sufragio activo o de elegir a las personas que se postulen para el desempeño de cargos públicos electivos.

Se prevé como pena principal, acumulativa a otras penas, de algunos delitos contra la Administración pública, como el de prevaricación de funcionario público del art. 404 CP, de cohecho de los arts. 419 y ss. CP, de tráfico de influencias de los arts. 428 y 430 CP, de malversación de los arts. 43.2 y ss. CP, de los fraudes y exacciones ilegales de los arts. 436 y ss. CP, y de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función de los arts. 439 y 442 CP.

Ello tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo pues, antes de la misma, solo estaba prevista como pena principal para el delito de desorden público del art. 559 CP, cuya redacción actual no la contempla.

Asimismo, esta pena puede imponerse como accesoria de la pena de prisión inferior a diez años, en atención a la gravedad del delito y sin necesidad de que tenga relación con el mismo (ver art. 56.1 CP).

No obstante, el art. 6.2 de la LO 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General niega, en todo caso, el derecho de sufragio pasivo, durante el periodo que dure la condena, a todos los condenados en sentencia firme a una pena privativa de libertad. Ya se dijo que, en estos supuestos, la privación del derecho al sufragio pasivo puede considerarse como una consecuencia natural de la estancia en prisión mientras esta pena se cumple dentro del centro penitenciario.

Por último, y en la medida en que la inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo constituye un contenido de la inhabilitación absoluta, también se impone como accesoria de la prisión igual o superior a diez años y, en este caso, de forma obligatoria. Ello porque la prisión de esa duración conlleva necesariamente la imposición de la inhabilitación absoluta como pena accesoria (art. 55 CP).

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, y también puede imponerse como accesoria de la pena de prisión inferior a diez años en los términos establecidos en el art. 56.1.3 CP. Afecta, por un lado, a cualquier profesión, oficio, industria o comercio (art. 45 CP), es decir, a cualquier actividad profesional con independencia de que la misma requiera para su ejercicio de algún título, permiso o licencia.

Ej. 30.5: La labor profesional puede ser, por ejemplo, el ejercicio de la abogacía, que requiere en la actualidad la posesión de los títulos universitarios de graduado en Derecho y de máster en acceso a la profesión de abogado, la superación de un examen de Estado y la pertenencia al colegio profesional de abogados de la provincia en la que se quiera llevar a cabo dicho ejercicio (ver Ley 34/2006, de 30 de octubre, y Real Decreto 775/2011, de 3 de junio). Pero existen actividades laborales que se pueden desarrollar sin necesidad de poseer ninguna titulación y que pueden resultar afectadas por este tipo de inhabilitación: por ejemplo, la de mensajero de una empresa del sector bursátil que utiliza información relevante para la cotización de cualquier clase

de valores, a la que ha tenido acceso con ocasión del desempeño de su trabajo, en los términos del art. 285.1.CP.

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 (art. 45 CP). Ello significa que el penado puede volver a desempeñar la actividad profesional una vez cumpla su condena, sin necesidad de que realice ningún trámite ulterior en este sentido, salvo que la regulación de la actividad profesional en cuestión prevea otra cosa. El hecho de que esta pena no produzca la privación definitiva del derecho al que afecta sino a su ejercicio la aproxima a la pena de suspensión que será analizada más adelante.

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 y comprobar si la misma prevé, como efecto de la condena penal, la anulación de la licencia, permiso o colegiación. En tal caso, quizá el penado tenga que renovar, una vez haya cumplido su condena, tal permiso, licencia o colegiación, para reanudar su actividad profesional.

Ej. 30.6: El art. 19.1.d) del RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, establece que la condición de colegiado se pierde por condena firme que lleve consigo la principal o accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión. En tal caso, el penado, para volver a ejercer la abogacía, tendrá que colegiarse de nuevo una vez cumpla la condena, y una vez se hayan cancelado los antecedentes penales que se deriven de la misma (art. 13.2.a) RD 658/2001).

Por otro lado, 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 solo a parte de ellas.

Ej. 30.7: Si el penado es abogado en ejercicio y le imponen la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de esta profesión, no podrá llevar a cabo ninguna de las labores propias de la misma que se describen en los arts. 30 y ss. del RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

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 a la que se refiere el art. 45 CP implica que debe existir siempre una relación entre la actividad laboral y el delito cometido, conexión que también se requiere cuando este tipo de inhabilitación se impone como pena accesoria a la de prisión inferior a diez años, en los términos del art. 56.1.3 CP. 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. Ello arroja luz sobre la función y legitimidad de esta pena en los términos ya comentados.

Algunos consideran que el efecto de esta pena como accesoria de la de prisión y, por consiguiente, con su misma duración, puede resultar muy limitado, sobre todo cuando el penado cumple condena en un centro penitenciario, circunstancia que, por lo general, le imposibilita el ejercicio de su actividad profesional. La virtualidad de esta inhabilitación se reduce, por tanto, al tercer grado penitenciario y a la fase de libertad condicional, periodos en los que, paradójicamente, sería necesario que el penado retomase su trabajo para lograr su plena resocialización. En cualquier caso, este planteamiento cobra especial sentido siempre que la regulación de la actividad profesional no exija licencia o pertenencia a un determinado colegio profesional (ver *supra* Ej. 30.6).

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 diez años en los términos establecidos, respectivamente, en los arts. 55 y 56.1.3 CP, tras la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio. Afecta a la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Será preciso atenerse a lo establecido en el Código civil, así como en la legislación civil de las Comunidades Autónomas en lo que respecta a la patria potestad, para determinar el contenido de estas instituciones (ver último párrafo del art. 46 CP).

La patria potestad la ejercen los padres respecto de sus hijos no emancipados. En virtud de la misma, deben velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, además de representarlos y administrar

sus bienes (art. 154 CC). A efectos penales, se incluye la patria potestad prorrogada, es decir, aquella que sigue desplegando sus efectos una vez los hijos alcanzan la mayoría de edad (art. 171 CC). La tutela y la curatela se ejercen para la guarda y protección de la persona y bienes de los menores o incapacitados (arts. 215 y ss. CC). Por su parte, la guarda o acogimiento constituyen formas de protección de los menores en situación de desamparo (arts. 172 y ss. CC).

2.5.2. Efectos y función

La pena analizada 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 (ver primer párrafo del art. 46 CP).

Por tanto, 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. Sin embargo, por lo que se refiere a la tutela, la curatela y el acogimiento, la pena produce su desaparición definitiva.

El penado pierde la que ostentase respecto del menor o incapaz y no la podrá recuperar hasta que cumpla la condena. Dicha recuperación no será en ningún caso automática, sino que pasa porque el penado sea de nuevo nombrado para el cargo estableciéndose una nueva constitución de la institución correspondiente.

Por otro lado, 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 (ver último inciso del primer párrafo del art. 46 CP). Debe existir una vinculación entre la inhabilitación y el delito cometido, bien porque la víctima del mismo es el propio menor o incapaz o, sin serlo, debe, por su propio interés, quedar fuera de la esfera de influencia del penado que perpetró la infracción. Esta circunstancia aclara la cuestión relativa a la función y legitimidad de esta pena en el sentido ya explicado.

Los diversos tipos de la Parte especial que recogen esta clase de inhabilitación como pena principal hacen referencia expresa a esa vinculación entre la misma y el delito cometido, en alguno de los dos sentidos apuntados. Asimismo, para que este tipo de

inhabilitación se imponga como pena accesoria, la ley exige explícitamente la relación directa entre los derechos a los que afecta y el delito cometido, vínculo este que deberá determinarse expresamente en la sentencia.

2.6. Inhabilitación especial del derecho a la tenencia de animales

Se introduce por la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, en el apartado b) del art. 39 CP. No obstante, no se trata de una novedad en sentido estricto, puesto que podía considerarse comprendida en el contenido genérico de la pena de inhabilitación «de cualquier otro derecho» [ver último inciso del art. 39.b) CP], prevista con anterioridad a este cambio legislativo. Con todo, la modificación legislativa resulta más acorde con las exigencias que se derivan del principio de legalidad.

Se prevé como pena principal única y acumulativa a otras penas del delito de maltrato injustificado de animales que conlleve la causación de su muerte, lesiones graves, o su explotación sexual del art. 337 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de julio. 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 del art. 337 bis CP, introducido *ex novo* por la LO 1/2015, de 30 de julio. La vinculación entre el derecho objeto de inhabilitación y el delito cometido es clara, por lo que no se plantean dudas respecto de la función y legitimidad de este tipo de pena.

No hay más preceptos en el vigente Código penal, además de los mencionados, que se refieran a esta pena. Ni el contenido, ni los efectos de la misma son, por tanto, objeto de regulación penal. Al respecto, cabe afirmar que 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 en estos casos, de acuerdo con lo establecido en el art. 430 CC. El penado podrá, por tanto, conservar la propiedad sobre el animal, en el caso de que la tuviera (art. 348 CC), así como su derecho a adquirir animales. En todo caso, la pena tiene un alcance limitado a la posesión circunscrita al ámbito doméstico o privado del penado, dado que se prevé siempre como acumulativa a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales (arts. 337.1 y 337 bis CP). Cumplida la condena el penado podría ejercer de nuevo el derecho de tenencia de animales, sin necesidad de ulteriores trámites. Ello salvo que dicha tenencia esté sujeta a la obtención de una licencia o permiso (si se tratase, por ejemplo, de un animal de cierta especie) y la condena penal implique la pérdida de los mismos. En tal caso, habrá que estar a la normativa extra penal que regule esta

cuestión.

2.7. Inhabilitación especial para otras actividades determinadas en el Código

El art. 39.b) CP, al regular el conjunto de penas de inhabilitación especial, menciona expresamente las 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.

Ej. 30.8: El art. 262.1 CP prevé para el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas la pena de prisión, multa e inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Por su parte, el art. 334 CP castiga, entre otras actividades, la pesca de especies amenazadas con las penas de prisión o multa y, en todo caso, de inhabilitación especial para ejercicio del derecho de cazar o pescar de dos a cuatro años.

En ambos casos, la relación entre la pena y el comportamiento delictivo es clara toda vez que afecta a actividades cuyo incorrecto ejercicio ha dado lugar al mismo.

El contenido y los efectos de estas penas de inhabilitación no se definen ni en las reglas generales, contenidas en los arts. 42 y ss. CP para las distintas clases de inhabilitaciones especiales, ni en la regulación de los tipos penales que las prevén como penas principales de la correspondiente figura delictiva.

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

Ej. 30.9: De este modo, la inhabilitación especial que ahora se analiza afectaría, teniendo en cuenta el primero de los ejemplos propuestos, al derecho a licitar en subastas judiciales impidiendo el ejercicio del mismo mientras dure la condena. Se trataría, por tanto, de una privación temporal del derecho a llevar a cabo la actividad en cuestión y no una privación definitiva del mismo. La actividad se podría retomar por parte del penado una vez cumplida la condena, y sin necesidad de realizar ulteriores trámites.

No obstante, si la actividad requiere licencia, como es el caso de la pesca, habrá que estar a la normativa extrapenal que la regule. Dicha normativa quizá prevea la pérdida de la licencia

como efecto de la condena penal, por lo que en tal caso, el penado, cumplida esta, deberá renovar aquella para poder reanudar la actividad.

2.8. Inhabilitación especial para cualquier otro derecho

Tanto el art. 39.b) como el art. 45 CP se refieren expresamente, junto al resto de inhabilitaciones especiales, a la 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 ya analizadas. 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 en los términos que establece el art. 56.1.3 CP.

Las previsiones que el Código penal contiene respecto de esta categoría residual de penas de inhabilitación especial se consideran contrarias al mandato de taxatividad derivado del principio de legalidad penal, teniendo en cuenta que no concretan en modo alguno su contenido. Y es que estas penas pueden afectar a cualquier derecho siempre que el mismo se indique expresamente en sentencia y guarde relación con el delito cometido (ver último inciso del art. 45 CP). El derecho en cuestión no puede ser ninguno de los afectados por las demás inhabilitaciones especiales analizadas, lo cual dificulta aún más la tarea de determinar, en abstracto, su identidad.

Se entiende que los efectos de estas penas son análogos a los de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, por lo que resulta de aplicación todo lo apuntado al analizar los mismos.

3. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

3.1. Naturaleza

Constituye una novedad introducida por la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, que la incorporó al catálogo de penas privativas de derechos del art. 39 CP y fijó su contenido y efectos en el art. 46 CP, junto con la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, analizada en el apartado anterior. La razón de dedicarle un apartado independiente dentro de la presente lección responde al hecho de que su contenido, efectos y duración presentan notables diferencias respecto del resto de penas de inhabilitación especial.

En la Exposición de Motivos de la aludida reforma de 2010 se apunta que esta pena sirve para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores. Se trata, en todo caso, de una pena grave (art. 33.2.k) CP) prevista como pena principal,

acumulativa y facultativa de todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual del Título VIII del Libro II CP 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 (art. 192.3 CP). También aparece como pena accesoria de la prisión, cualquiera que sea su extensión, cuando los derechos inherentes a la patria potestad hubiesen tenido relación directa con el delito cometido, extremo que deberá determinarse expresamente en la sentencia (ver arts. 55 y 56.1.3 CP).

3.2. Contenido, efectos y función

El art. 46 CP establece que esta pena afecta a la patria potestad y comporta la pérdida definitiva de la titularidad de la misma, y no un mero impedimento temporal para ejercer los derechos que le son inherentes, lo cual constituye, como se apuntó en el apartado anterior, el efecto de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Al igual que sucede con ese tipo de inhabilitación, 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. Estos descendientes pasan a quedar sometidos a la patria potestad del otro progenitor, salvo que el mismo no existiera o hubiese sido igualmente privado de este derecho, en cuyo caso se constituirían algunas de las instituciones que al efecto prevé el Código civil.

El párrafo segundo de la Disposición adicional segunda del Código penal, modificada por la LO 5/2010, de 22 de junio, establece que el juez o tribunal comunicará de inmediato la imposición de la privación de la patria potestad o de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento que hubiese acordado, a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al ministerio fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias.

Del mismo modo que la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, la privación de este derecho no afecta a los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado, los cuales subsisten (art. 46 CP). Esto significa que el penado debe seguir cumpliendo los deberes que tenga respecto del hijo o hijos afectados por la pena, que no dejan de ser los derechos que estos ostentan respecto de su progenitor.

La subsistencia de estos deberes puede dificultar la ejecución de

esta pena, al tiempo que puede frustrar su finalidad. Se supone que al penado se le priva de la patria potestad para que su hijo o hijos queden fuera de su esfera de influencia, y el cumplimiento de los deberes que pueda tener para con ellos podría implicar el restablecimiento de contacto con los mismos (recuérdese que uno de los deberes inherentes a la patria potestad, de acuerdo con el art. 154 CC, consiste en que los padres tengan a sus hijos en su compañía). Por ello, se recomienda cautela a la hora de seleccionar los deberes del penado que subsisten, de manera que el cumplimiento de los mismos siempre revierta en beneficio de los hijos afectados por la pena y nunca implique una reanudación del contacto entre éstos y aquel.

La función y legitimidad de esta pena resultan claras toda vez que su conexión con el delito cometido es siempre necesaria, como se apuntó más arriba. En este sentido, muchos apuntan a que el fundamento de la pena radica precisamente en un ejercicio inadecuado de la patria potestad, por parte del penado, que se manifiesta en la comisión de un delito que tiene como víctima al menor sobre el que ostenta este derecho, o que incide negativamente en sus intereses.

3.3. Extensión

La privación de la patria potestad es definitiva y, en principio, 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 transcurrido un tiempo, como sí lo hace al regular de las penas de inhabilitación especial, por mucho que esa recuperación pueda no ser automática ni producirse por el mero cumplimiento del tiempo de condena (ver *supra* lo explicado respecto de los efectos de la inhabilitación especial para cargo público).

No obstante, el art. 170 CC establece que, cuando el padre o la madre han sido privados de la patria potestad en virtud de sentencia dictada en causa criminal, el juez o tribunal podrán, en beneficio del interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó dicha privación. Con todo, la recuperación se condiciona a un cambio de circunstancias que no está necesariamente determinado por el paso del tiempo. Por ello, la duración de la privación de la patria potestad es, como se apuntó, indeterminada.

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. Por su parte, el art. 56.1.1 CP permite imponerla como accesoria de la pena de prisión de hasta diez años. Puede afectar a cualquier empleo o cargo público que ostente el penado tal y como establece el art. 43 CP, que no menciona sin embargo a los honores públicos, los cuales quedan, por tanto, fuera del ámbito de esta pena.

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 propios del cargo o empleo público al que afecte, pero no de la titularidad del mismo que se conserva en todo caso. Tampoco impide esta pena que el penado ejerza o acceda a otros cargos o empleos públicos análogos durante el tiempo de condena. Al cabo de la misma, el penado podrá recuperar su empleo o cargo sin necesidad de ulteriores trámites.

Es preciso que se especifique el concreto cargo o empleo público al que afecta la suspensión. Ello se desprende del propio tenor del art. 43 CP al referirse al cargo o empleo en singular. Cuando la suspensión del empleo o cargo público se impone como pena accesoria (art. 56.1.1 CP), no es preciso que entre el mismo y el delito exista conexión. Dicho vínculo sí está presente cuando la suspensión se prevé como pena principal en la regulación de ciertos tipos delictivos.

A este respecto, es de recordar lo que ya se ha apuntado sobre la legitimidad y función de las penas privativas de otros derechos que no guardan relación con el delito cometido.

4.2. Extensión

Como regla general la suspensión tiene una duración de tres meses a seis años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del Código penal (apartados 1 y 5 del art. 40 CP). 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 (ver arts. 66.1.4 y 70.3.3 CP). Por otro lado, cuando la suspensión se prevé como pena accesoria de la de prisión, su extensión es de tres meses a diez años (ver art. 56.1 CP).

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 el fallo condenatorio se pueda limitar solo a alguno de ellos (ver primer párrafo del art. 47 CP). La pena no afecta, por tanto, al derecho a conducir otros medios de locomoción como barcos, aeronaves, etc.

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. Por lo tanto, si la pena tiene una duración inferior, el penado podrá volver a conducir una vez cumplida la condena. Si no tuviera permiso de conducir cuando se le impusiera la pena, esta le impedirá obtener el mismo mientras dure la condena.

Existe siempre una conexión entre el derecho afectado por la pena y el delito cometido, dado que el mismo se ha llevado a cabo mediante la conducción del vehículo o del ciclomotor. La función y la legitimidad de esta pena resultan, por tanto, claras.

El fundamento de la pena radica en el peligro que ha supuesto la conducción del vehículo a motor o ciclomotor, tanto si dicho peligro se ha concretado como si no en un resultado lesivo. Y es que la privación del derecho a conducir se prevé como pena principal tanto para delitos de peligro (como el de exceso de velocidad del art. 379.1 CP, que no requiere el acaecimiento de ningún resultado lesivo), como para delitos de lesión (homicidio imprudente que se comete utilizando vehículo a motor o ciclomotor del segundo inciso del art. 142.1 CP), cometidos siempre mediante la conducción.

5.2. Extensión

Como regla general, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores tendrá una duración de tres meses a diez años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del CP (apartados 2 y 5 del art. 40 CP). Su duración puede alcanzar los quince años, si hubiese que aplicar la pena superior en grado como consecuencia de las reglas de determinación de la pena (ver arts. 66.1.4 y 70.3.4 CP).

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 (ver segundo párrafo del art. 47 CP). 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 (comerciales, de transporte, depósito, etc.).

Se entiende que el término «armas», a estos efectos, se refiere a las que precisan autorización administrativa, también denominadas armas reglamentadas (ver arts. 3 y 4 RD 137/1993, de 29 de enero).

La pena inhabilita al penado para el ejercicio del derecho al porte o tenencia de armas 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 dicha tenencia o porte, salvo que la pena dure más de dos años. Por lo tanto, si la pena tiene una duración inferior a dos años, el penado podrá volver ejercer el derecho al porte o la tenencia de armas una vez cumplida la condena. Si no tuviera licencia de armas cuando se le impusiera la pena, esta le impedirá obtener la misma mientras dure la condena.

Existe siempre una conexión entre el derecho afectado por la pena y el delito cometido, pues el mismo o se ha llevado a cabo utilizando como medio el arma o esta aumentó su potencialidad lesiva.

La cuestión relativa a la función y legitimidad de esta pena resulta, por tanto, clara.

6.2. Extensión

Como regla general, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas tendrá una duración de tres meses a diez años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del CP (art. 40.2 y 5 CP). Su duración puede alcanzar los veinte años si hubiese que aplicar la pena superior en grado como consecuencia de las reglas de determinación de la pena (ver arts. 66.1.4 y 70.3.5 CP).

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 la de esta, lo cual puede suponer que aquella tenga una duración superior al límite máximo establecido como regla general. Por ejemplo, en los casos en los que el penado ha sido condenado a una pena de prisión de diez años como autor de un

delito de tráfico de armas del art. 566.1.1 CP.

7. LAS DENOMINADAS PENAS DE ALEJAMIENTO

7.1. Naturaleza

El art. 39 CP recoge en sus apartados f), g) y h), dentro del catálogo de penas privativas de derechos, una serie de restricciones que afectan a la libertad ambulatoria del penado (en un sentido distinto del que lo hacen las penas privativas de libertad) y a su derecho a comunicarse con otras personas. El vigente Código penal, en general, prevé estas privaciones como penas accesorias [Solo el art. 558 CP, que regula el delito de desorden público, prevé como pena principal acumulativa a la prisión o multa y de aplicación potestativa, la privación del derecho a acudir a determinados lugares.] vinculadas a determinados delitos en los términos ya analizados del art. 57 CP (ver *supra* lección 27), pudiéndose imponer todas o algunas de ellas para un mismo delito.

Es preciso resaltar que en el presente apartado se estudian estas privaciones de derechos en su condición de penas, pero las mismas también aparecen previstas como medidas cautelares (ver *supra* lección 27), como condiciones a las que se puede someter la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (ver *infra* lección 33) y como medidas de seguridad (ver *infra* lección 34).

7.2. Contenido, efectos y función

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

1ª. 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 a aquel en el que resida la víctima o su familia, si fueren distintos (art. 48.1 CP). Afecta a ciertos aspectos de la libertad ambulatoria como son los derechos fundamentales de residencia y circulación (art. 19 CE). Es necesario que la sentencia determine el concreto lugar en el que el penado no puede residir o al que no puede acudir en función de la finalidad que persiga la pena, dado que el mismo puede ser de muy diversa naturaleza y dimensión.

Tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, en los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental del

penado, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la pena (último inciso del art. 48.1 CP).

Ej. 30.10: Respecto de esta novedad de la reforma de 2015, podemos pensar en el supuesto de un semiimputable, cuya discapacidad tiene su origen en un trastorno mental, que comete un delito de malos tratos del art. 153.2 CP contra un familiar con el que convive, por el que se le impone la prohibición de residir en el domicilio familiar. Para que se pueda ejecutar esta pena sin colocar al semiinimputable en una situación de desamparo, resulta necesario que se prevean los medios de acompañamiento y apoyo del mismo mientras reside en lugar distinto del domicilio familiar.

2ª. La prohibición de aproximarse a la víctima o a 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. Dentro del ámbito de la libertad ambulatoria, afecta al derecho fundamental de circulación antes mencionado, 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, respecto de los mismos, el régimen de visitas, comunicación y estancia, que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil, hasta el total cumplimiento de esta pena (art. 48.2 CP).

3ª. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático, contacto escrito, verbal o visual (art. 48.3 CP). Afecta, por tanto, al derecho fundamental de libertad de comunicación interpersonal que constituye un aspecto de la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), pero no al derecho de circulación puesto que esta prohibición no impide la mera aproximación física entre el penado y la víctima.

A los efectos de garantizar el efectivo 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 (ver art. 48.4 CP).

Como ya se advirtió, la imposición de estas penas es casi siempre facultativa y depende de la gravedad de los hechos y del peligro que el delincuente represente (art. 57 CP). La jurisprudencia entiende que dicha peligrosidad se ha de interpretar como la probabilidad de repetición de hechos de la misma naturaleza sobre la víctima o su familia. En este sentido, estas penas tienen una clara orientación preventivo especial negativa ya que tratan de alejar al penado de la víctima y de su entorno para evitar que vuelva a cometer delitos en el mismo o/y contra la misma. Esa es la razón por la que se conocen como «penas de alejamiento», si bien la lejanía o distancia que implican entre el penado y la víctima no tiene que ser necesariamente física o limitarse a tal dimensión. La conexión entre estas penas y el delito cometido es, por tanto, necesaria, lo que despeja dudas en cuanto a su función y legitimidad.

7.3. Extensión

Como regla general, la prohibición del derecho a residir o a acudir a determinados lugares, tendrá una duración de hasta diez años, mientras que las otras dos penas de alejamiento tendrán una duración de un mes a diez años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del Código penal (art. 40.3 y .5 CP). En este sentido, el límite máximo puede alcanzar los veinte años si hubiese que aplicar la pena superior en grado como consecuencia de las reglas de determinación de la pena (ver arts. 66.1.4 y 70.3, apartados 6, 7 y 8 CP).

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

La Parte general del Código penal, integrada por el Libro I del mismo, no albergaba referencia alguna respecto de esta pena que está prevista, como principal y acumulativa, para algunos delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 286.1 ter CP), contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (ver, por ejemplo, el último párrafo del art. 305.1 CP) y contra la Administración pública, como la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos o el tráfico de influencias (ver arts. 418 y 429 CP, entre otros). En todos los casos se advierte una relación entre el delito cometido y el derecho o derechos afectados por la pena, de manera que no hay dudas

respecto a la función y legitimidad de la misma.

Esta pena, que puede considerarse privativa de otros derechos y que presenta cierta afinidad con la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio, no se incluye, sin embargo, ni en la clasificación del art. 33 CP, ni el catálogo del art. 39 CP, ni en los arts. 40 y ss. CP. La normativa vigente no especifica, por tanto, ni su concreto contenido, ni sus efectos, ni los límites generales de su duración.

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. En todo caso, teniendo en cuenta los mencionados preceptos de la Parte especial, se trata de una privación temporal que permite al penado ejercitar de nuevo los derechos afectados por esta pena una vez haya cumplido la misma.

9. LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

9.1. Naturaleza

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad constituye una de las novedades que introdujo el vigente Código penal en el momento de su aprobación en 1995 y desde entonces se prevé como pena privativa de derechos [art. 39.i) CP]. Hay cierto debate doctrinal en cuanto a lo acertado de esta clasificación que la ley establece de forma expresa.

Algunos entienden que no se trata, en puridad, de una pena privativa de derechos pues la misma obliga al penado a realizar una determinada actividad y no a abstenerse de hacerlo, como el resto de penas de esta clase. No obstante, hay quienes entienden que se trata de una pena privativa de derechos en tanto en cuanto su imposición puede obligar al penado a llevar a cabo una actividad laboral de utilidad pública, negándole su derecho a recibir un salario por la misma.

Se trata de la única pena cuya imposición requiere del consentimiento del penado y ello porque su cumplimiento implica la realización de tareas de utilidad pública no retribuidas que pueden consistir, desde la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, en la participación en talleres o programas formativos o de reeducación.

La aplicación coactiva de esta pena vulneraría, en opinión de muchos autores, la prohibición constitucional de los trabajos forzados cuyo sentido y alcance ha sido ya analizado (ver *supra*

lección 27), al tiempo que plantearía problemas de legitimidad en un Estado social y democrático de Derecho, si su contenido se circunscribiera a la participación obligatoria del penado en un programa de reeducación (ver *supra* lección 29).

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, junto a la localización permanente, como pena sustitutiva de la pena de prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP), y como posible forma de cumplimiento de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (ver *infra* lección 31).

El potencial resocializador de esta pena resulta evidente y prueba de ello es que la reforma de LO 15/2003, de 25 de noviembre, que suprimió la pena de arresto de fin de semana, potenció su utilización estableciéndola como pena principal para ciertos delitos y consolidándola como pena sustitutiva de las penas privativas de libertad de corta duración para suplir, en parte, la referida abolición. La reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, ha contrarrestado esta tendencia al haber eliminado, con la derogación del art. 88 CP, el régimen general de sustitución de las penas de prisión.

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 (de delitos de similar naturaleza al cometido por el penado), así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación sexual y otros similares.

Hasta la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, su contenido consistía exclusivamente en la realización no retribuida de una actividad de utilidad pública por parte del penado. Como ya hemos señalado, a partir de este cambio legislativo, motivado por la escasez de opciones laborales disponibles para cumplir esta pena, la misma puede consistir en la participación en talleres formativos o de reeducación.

Se discute si la mera participación en programas formativos puede resultar suficiente como contenido de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Desde luego, el tenor literal del art. 49 CP tras la reforma de 2010 admite expresamente esta posibilidad. Sin embargo, aceptar esta exégesis supondría desnaturalizar esta pena, puesto que asistir y participar en

talleres formativos no puede considerarse una cooperación no retribuida en actividades de utilidad pública, que sigue siendo la esencia de la definición de esta pena y la que permite identificarla como pena privativa de derechos, dada la falta de retribución. Además, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no presentaría ninguna diferencia respecto de ciertas condiciones que se pueden imponer para acordar suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (ver art. 83.1.6 CP), lo cual acabaría por desdibujar todavía más la naturaleza de la misma.

9.3. Extensión

Como regla general, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del Código penal (ver apartados 4 y 5 del art. 40 CP).

9.4. Ejecución

Las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se establecen en el art. 49 CP, así como en el RD 840/2011, de 17 de junio. De entre las mismas cabe destacar las siguientes:

1. La actividad pública, que no atentará contra la dignidad del penado, deberá ser facilitada por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.
2. La actividad gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social y no se supeditará al logro de intereses económicos.
3. La jornada de actividad diaria no podrá exceder de las ocho horas.

El JVP llevará a cabo el control de la ejecución de esta pena y, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación en la que se presten los servicios. Por otro lado, los servicios sociales penitenciarios comunicarán al JVP las incidencias relevantes de la ejecución de la pena. Si el contenido de dichos informes evidencia el incumplimiento de la pena por parte del penado, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el art. 468 CP, que tipifica el delito de quebrantamiento de condena.

LECCIÓN 31. LA PENA DE MULTA

I. CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA PENA DE MULTA

Ya en la lección 27 se analizó el concepto y la naturaleza de la pena de multa y se explicaron las diferencias entre la misma y otras medidas de idéntico o similar contenido. Por otro lado, también se puso de manifiesto que la multa penal puede tener la consideración de pena menos grave o leve en función de su duración, salvo la multa proporcional que siempre se considera menos grave.

Baste recordar, en este momento, que 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. Es preciso advertir, como por otro lado ya se hizo, que tanto en la presente lección como en la lección 27 se analiza la multa como pena prevista para las personas físicas que resulten penalmente responsables de la comisión de una infracción penal. La reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas y estableció las penas aplicables a las mismas, entre las que se encuentra la multa (por cuotas o proporcional) que tiene, en todo caso, consideración de pena grave, al igual que el resto de penas previstas para estas entidades. Todas estas cuestiones serán objeto de estudio en una lección posterior (ver *infra* lección 38).

La pena de multa ha estado presente en todos los sistemas punitivos a lo largo de la historia, si bien su presencia ha sido más bien limitada. En este sentido y en función de cada periodo histórico, han tenido más protagonismo las penas corporales, la pena de muerte y las penas privativas de libertad. La multa penal comenzó su expansión a finales del siglo XIX y este proceso terminó por consolidarse durante la segunda mitad del siglo XX. La crisis de la pena de prisión (ver *supra* lección 28) tuvo como consecuencia que la pena de multa se perfilase como alternativa frente a las penas privativas de libertad (sobre todo la de prisión de corta duración) para los delitos menos graves y leves.

Pese a que la multa presenta significativas ventajas frente a la privación de libertad, no está exenta de inconvenientes que hacen que el sistema penal no pueda fundamentarse sobre la misma. Por este motivo, en la actualidad la pena de prisión, aun con todos los problemas que suscita, sigue siendo la consecuencia punitiva más frecuente y la principal respuesta prevista para los delitos más graves. Con el fin de analizar la función de la pena de multa, se procede al examen de sus ventajas y sus inconvenientes. Dentro de las primeras se destacan las siguientes:

1. 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 le estigmatiza. Tampoco incide sobre los derechos personalísimos del mismo, por lo que se perfila como una sanción más humana que la privación de libertad.

2. No provoca tantos costes para el Estado como el resto de las penas, sobre todo la de prisión. Muy al contrario, genera ingresos que se pueden utilizar para satisfacer las necesidades de la víctima o mejorar la Administración de Justicia o la Administración penitenciaria.
3. Constituye una pena graduable y por tanto adaptable a la gravedad del delito, lo cual satisface las exigencias de racionalidad y proporcionalidad que informan el sistema punitivo.
4. Según algunos, puede satisfacer las exigencias preventivo generales y preventivo especiales dado que afecta a un bien, el patrimonio, de crucial importancia en la sociedad consumista en la que vivimos. En este modelo social, alcanzar un notable nivel de vida constituye un objetivo que comparte la mayoría de la población. La satisfacción de esta meta pasa por la disponibilidad efectiva y constante de dinero que la pena de multa puede dificultar.

No obstante, como ya se advirtió, la pena de multa presenta también inconvenientes entre los que cabe resaltar los que a continuación de describen:

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. En este sentido, la multa tiene una mayor carga aflictiva para las personas con menos medios económicos que para los que ostentan un alto poder adquisitivo. El sistema actual trata de solventar en parte este inconveniente haciendo que la cuantía de la multa se establezca no solo en relación con la gravedad del delito cometido, sino también en función de la situación económica del reo.

No obstante, ello no hace que desaparezca la quiebra del principio de igualdad dado que, por respeto a la garantía penal derivada del principio de legalidad, la ley establece un límite mínimo y un límite máximo para las penas que regula. Ello significa que la multa no podrá sobrepasar un determinado umbral que puede ser poco gravoso para los individuos de alto poder adquisitivo. Asimismo, el límite mínimo de la multa puede, pese a su escasa cuantía, desequilibrar la situación económica de las personas con escasos o nulos recursos.

2º. La imposibilidad de pagar la multa en caso de insolvencia del reo trae como consecuencia que la misma deba cumplirse a través de otras penas como las privativas de libertad. Ello, además de evidenciar una carencia de la multa que hace que la misma no se pueda erigir como la base del sistema punitivo, constituye otra vulneración del principio de igualdad dado que, a la postre, los individuos con menos recursos económicos que no pueden pagarla serán castigados con penas más graves que los individuos solventes, habiendo cometido, unos y otros, los mismos hechos delictivos.

3º. La pena de multa puede hacer quebrar el principio de personalidad de las penas de dos maneras distintas. Primero, porque puede afectar a terceros distintos del penado como son los familiares del mismo cuya situación económica puede resentirse por la aplicación de esta sanción pecuniaria. Segundo, porque dada la naturaleza patrimonial de la multa, nada impide que en la práctica la misma sea sufragada por personas distintas del penado.

4º. La opinión mayoritaria considera que la multa no tiene tanto peso preventivo como la prisión. Ello porque afecta a un derecho como es el patrimonio que tiene menos importancia que la libertad y que además no representa lo mismo para todos los ciudadanos.

Los que tengan un alto poder adquisitivo no se sentirán tan intimidados por la multa como aquellos cuya situación económica sea precaria. Por su parte, la prisión además de ser, en términos absolutos, más grave que la multa, dado que afecta a un bien jurídico de mayor trascendencia como es la libertad, provoca un efecto preventivo similar en el conjunto de la población, que concibe dicho bien jurídico del mismo o similar modo. A todo ello hay que añadir el hecho de que la multa no tiene efecto resocializador ni reeducador pues solo implica el desembolso de una cantidad de dinero.

II. LA MULTA EN EL CÓDIGO PENAL

El Código penal regula la pena de multa en los arts. 50 a 53. Del contenido de estos preceptos se desprende que la ley penal vigente diferencia dos clases de multa: la que se establece con base en el

sistema de días multa y la multa proporcional. Ambas modalidades serán objeto de estudio en los apartados siguientes.

No obstante, cabe señalar que algunos tipos delictivos que tienen prevista como principal la pena de multa establecen para su determinación un sistema mixto que combina reglas propias del sistema de días multa y de la multa proporcional. Así por ejemplo, el delito de daños en la propiedad ajena se castiga con la pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si este excediera de cuatrocientos euros (ver art. 263.1 CP).

1. EL SISTEMA DE DÍAS MULTA

El sistema de días multa, al que la opinión más extendida le atribuye un origen escandinavo cuando su génesis es más difusa y se ubica, según algunos, en Brasil, constituyó una de las novedades del Código penal de 1995. De acuerdo con el art. 50.2 CP es el que se impone con carácter general salvo que la Ley disponga otra cosa. La multa establecida en virtud de este sistema, también conocida como «multa por cuotas», aparece prevista como pena principal, única, acumulativa o alternativa en la regulación de algunos tipos delictivos y como pena sustitutiva, junto con la de trabajos en beneficio de la comunidad y la de localización permanente, de la pena de prisión inferior a tres meses, conforme a lo establecido en el art. 71.2 CP.

1.1. Parámetros para determinar la pena de multa en el sistema de días multa

La determinación de la multa conforme a este sistema exige la fijación de dos 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 los que se explican a continuación:

a) La extensión temporal, que puede ser de días, meses o años, entendiendo que los meses tienen treinta días y los años trescientos sesenta (ver apartados 3 y 4 del art. 50 CP). El art. 50.4 CP establece que los jueces o tribunales determinarán motivadamente la extensión temporal de la multa dentro de los límites establecidos para cada delito, y según las reglas generales para la aplicación de las penas previstas en los arts. 61 y ss. CP. La gravedad de los hechos y la culpabilidad del infractor incidirán en este aspecto de la determinación de la multa.

Así, la extensión temporal de la multa se establece conforme a la gravedad del delito que viene reflejada en el marco penológico que tenga previsto como castigo. Dicho marco quedará a su vez afectado por el grado de ejecución del delito en cuestión, la forma de intervención del responsable y, en caso de que se trate de delitos dolosos graves y menos graves, la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, conforme a lo establecido en el art. 66.1 CP.

El art. 50.3 CP establece que la extensión temporal mínima de la multa será de diez días y la máxima de dos años. No obstante; estos límites se pueden sobrepasar tanto por exceso como por defecto, en virtud de la aplicación de otros preceptos del Código penal.

El límite máximo temporal de la pena de multa establecido con carácter general se puede rebasar cuando se den las siguientes circunstancias:

1ª. Cuando las reglas generales de la aplicación de las penas obliguen a aplicar la pena superior en grado y esta exceda de los límites máximos fijados por el Código penal para la pena de multa, su duración máxima será de treinta meses (ver art. 70.3.9 CP).

2ª. Existencia de un concurso real de delitos (art. 73 CP). En tal caso al responsable se le impondrán todas las penas correspondientes a las distintas infracciones de manera que la suma aritmética de las mismas puede rebasar los límites a los que se refiere el art. 50.3 CP.

Por su parte, el límite mínimo se puede rebajar cuando, por ejemplo, la multa se prevé como pena principal originaria con una extensión mínima de un mes (tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, no hay preceptos en la Parte especial que prevean la pena de multa como pena principal originaria con un límite inferior al mes de duración), y haya que rebajarla dos grados en virtud de las reglas generales de aplicación de las penas [por ejemplo, en casos de tentativa, de sujeto responsable que interviene como cómplice o en supuestos en los que concurre una circunstancia eximente incompleta del art. 21.1 CP (ver art. 68 CP que, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, resulta aplicable a todo tipo de infracciones penales: delitos dolosos o imprudentes graves, menos graves y leves)].

Ej. 31.1: El delito leve de lesiones del art. 147.2 CP está castigado con una pena de multa de uno a tres meses. Supongamos que Patricio es considerado penalmente

responsable como cómplice de una tentativa de este delito. Ello obligaría a rebajar la pena al menos en dos grados, lo que permite imponerle a Patricio una pena de multa inferior a 10 días (la pena inferior en un grado iría de 15 días a un mes menos un día, y la inferior en dos grados iría de 7 a 14 días —ver *infra* lección 32—). Algo que es, en teoría, posible tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, toda vez que, conforme a la misma, resultan punibles, con carácter general, el delito consumado y la tentativa de delito (art. 15), con independencia de si el mismo es grave, menos grave o leve. A su vez, después del referido cambio legislativo las reglas de determinación de la pena relativas a los grados de ejecución del delito y a las formas de participación (arts. 61 a 63 CP), son aplicables a los delitos graves, menos graves y leves. Antes de la reforma a las entonces faltas, parte de las cuales son hoy delitos leves, no se les podían aplicar las reglas de determinación de la pena relativas al grado de ejecución, ni a la forma de intervención en la infracción penal (ver el derogado art. 638 CP), por lo que no cabía una rebaja de la pena como la que se describe en este ejemplo. Tampoco a las antiguas faltas que hoy son delitos leves se les podía aplicar la regla prevista en el art. 68 CP que permite bajar hasta dos grados la pena prevista por la ley para la infracción cuando concurre una eximente incompleta del art. 21.1 CP. Volviendo al ejemplo, si Patricio fuese autor de un delito leve de lesiones del art. 147.2 CP, éste estuviese consumado y concurriera en la persona de Patricio una eximente incompleta del art. 21.1 CP, cabría bajar la pena en dos grados. Ello permitiría imponerle a Patricio una pena de multa de 7 días.

b) La cuantía de la cuota diaria se fija en euros por los jueces o tribunales que, a tal efecto, deberán tener en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo (ver art. 50.5 CP). La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de cuatrocientos euros. La jurisprudencia entiende que el importe de la cuota diaria debe estar motivado en el fallo condenatorio y que el mismo debe dejar libre un mínimo imprescindible para el sustento del reo (ver, entre otras, SSTS 3167/2006, de 5 de mayo y 740/2006, de 10 de febrero).

La averiguación patrimonial, en la práctica, no siempre resulta posible ni fácil. Se entiende que se deben tomar en consideración únicamente los datos esenciales que señala la ley vigente, sin que sea preciso llevar a cabo una inquisición exhaustiva por

parte de la Administración de Justicia, que resultaría además de imposible, dados los recursos existentes, desproporcionada.

Cuando no se disponen de datos directos, se suelen tomar como indicios de solvencia el hecho de que el reo tenga un domicilio conocido, disponga de teléfono móvil o haya contado con los servicios de un letrado (ver Circular de la FGE [Fiscalía General del Estado] 2/2004, de 22 de diciembre). Tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran partidarios a aplicar el importe mínimo de dos euros en casos de indigencia o miseria y no cuando no se tiene noción exacta de la situación económica del penado (ver, entre otras, la SSTS 740/2006, de 10 de febrero y 6031/2001, de 11 de julio).

Una vez se haya fijado tanto la extensión temporal como la cuantía de la cuota diaria, se podrá determinar el importe total de la multa.

Teniendo en cuenta los límites temporales analizados y los que marcan el mínimo y el máximo del importe diario, la pena de multa puede ser como mínimo de veinte euros (en caso de que la multa dure diez días y su cuota diaria sea de dos euros), o de un millón ochenta mil euros (en caso de que la multa dure siete años y seis meses y su cuota diaria sea de cuatrocientos euros). Algunos consideran que estos límites pueden resultar demasiado bajos en función de la capacidad económica del penado. La cuantía del mínimo lo es en términos absolutos y la del máximo lo puede ser para casos de criminalidad organizada en el ámbito socio económico.

No obstante, lo habitual será que en estos supuestos resulte también responsable la persona jurídica si el delito se ha cometido en nombre, por cuenta o en provecho de la misma. La multa prevista en tales casos puede alcanzar una cuantía muy superior (ver *infra* lección 38).

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. Algunos entienden que semejante forma de ejecución desnaturaliza el sistema de días multa, dado que el mismo fue concebido originariamente no solo para ajustar la cuantía de la multa a la capacidad económica del penado, sino también para obligar a este a su pago periódico en las cuotas establecidas, a fin de que su capacidad adquisitiva se redujese durante un tiempo.

Con todo, lo cierto es que el vigente Código penal hace del pago fraccionado la excepción y no la regla tras la reforma de LO 15/2003, de 25 de diciembre. En este sentido, 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, bien para que se pague la multa en una vez o en los plazos que se determinen (ver art. 50.6 CP).

Algunos entienden que la causa justificada se da cuando el aplazamiento permita al penado pagar la multa y evitar así la responsabilidad personal subsidiaria que se deriva del impago.

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. Asimismo, en los casos en que se aplique la excepción del art. 50.6 CP y se haya acordado por tanto 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 (ver art. 51 CP).

La ley no especifica si esta variación tiene que ser a mejor o a peor, por lo que, en principio, caben ambas posibilidades. Ello significa que los plazos y las cuantías se podrían consecuentemente modificar en un sentido negativo o positivo para el penado. La mejora de estas condiciones como consecuencia de un empeoramiento de la situación económica del penado no suscita objeciones ni en sede doctrinal, ni jurisprudencial. Sin embargo, el posible empeoramiento de tales condiciones motivado por la correspondiente mejora de la coyuntura patrimonial del reo, resulta controvertido. Hay autores que entienden que dicho empeoramiento, sobre todo cuando implica un incremento de las cuotas, resulta inconstitucional pues supone una agravación de la pena impuesta por sentencia firme y quebranta de esa forma el principio de inderogabilidad de la cosa juzgada que se deriva del art. 24 CE. En sentido similar se pronuncia la FGE en su Circular 2/2004, de 22 de diciembre, al considerar que el hipotético empeoramiento de las condiciones de pago de la multa debe limitarse a dejar sin efecto el aplazamiento del pago, y no a aumentar la cuantía de las cuotas.

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 (art. 52 CP). De este modo,

aparece como pena principal única, acumulativa o alternativa de algunos delitos (ver, por ejemplo, el delito de tráfico de drogas del art. 368 CP o el de uso de información privilegiada del art. 285.1 CP).

Como se podrá comprobar, 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. Para algunos, la magnitud que pueden alcanzar en ocasiones los referidos elementos no puede obtener una adecuada respuesta punitiva a través del sistema de días multa que, con sus límites mínimos y máximos, resulta insuficiente. La multa proporcional encuentra así su fundamento al perfilarse como el castigo conveniente para estos casos.

2.1. Determinación de la multa proporcional

Los tipos delictivos que prevén la multa proporcional como pena principal originaria establecen la misma conforme a un marco penológico que tiene un límite mínimo y un límite máximo. El límite mínimo coincide con alguno de los tres valores antes mencionados: el del daño causado por el delito, el de su objeto o el del beneficio reportado por el mismo. Este valor debe fijarse en una cantidad de dinero expresada en euros.

Hay ocasiones en que no consta acreditado semejante valor que el Código penal usa como base cuantitativa de la multa proporcional, lo cual impide cuantificar la misma. En tales casos se debe prescindir de aplicar esta pena como advierte reiterada jurisprudencia (ver, entre otras, las SSTS 1290/2002 de 8 de julio, 694/2002, de 15 de abril, 372/2001, de 30 de abril y 542/2000, de 12 de abril) [El vigente Código penal no establece una cuantía mínima para a multa proporcional como sí hacía el Código penal de 1973. Por ello, en estos casos (que se refieren a condenas por delito de tráfico de drogas en los que no se ha podido determinar el valor de la sustancia) se aplica solo la pena de prisión y no la acumulativa de multa.]. La sustitución de la misma por la multa por cuotas no es posible en estas circunstancias pues ello supone un quebranto de la garantía penal, ya que dicha sustitución no aparece prevista por la ley, a diferencia de lo previsto para la multa proporcional impuesta a las personas jurídicas tras la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio (art. 52.4 CP).

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

Ej. 31.2: El art. 368 CP dispone textualmente: «*Los que*

ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos». Por lo tanto el límite mínimo de la pena de multa establecida para este delito coincide con el valor de mercado de la droga y el límite máximo se calcula multiplicando por tres dicho valor, si las sustancias causan grave daño a la salud, y por dos, si no provocan tal efecto.

El marco penológico resultante se determina, por tanto, en función de la gravedad del delito cometido. Sobre este marco a efectos de fijación final de la multa no solo operan circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, sino principalmente la situación económica del culpable, tal y como se desprende del art. 52.2 CP. 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, pues la incidencia de este factor tiene lugar dentro de unos límites que se fijan fundamentalmente conforme a la gravedad del delito, reflejada en el valor del daño causado por el mismo o en el de su objeto o beneficio.

2.2. Ejecución o forma de pago

El pago del montante de la multa proporcional se hará, como regla general, de una sola vez, cuando la sentencia condenatoria alcance firmeza. No obstante, si después de dictada la sentencia la situación económica del penado empeorase, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, 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 (ver art. 52.3 CP).

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 que el art. 35 CP clasifica como pena privativa de libertad. Esta previsión legal, sin embargo, no debe

conducir a pensar que nos encontramos ante una categoría de pena privativa de libertad distinta de la prisión o de la localización permanente.

Como se podrá comprobar, esta responsabilidad, fruto del impago de la multa, se puede cumplir a través de la pena de prisión o de la de localización permanente. El sistema vigente también permite que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad, si bien ello resulta potestativo por parte del juez y además requiere siempre el consentimiento del penado.

En definitiva: la responsabilidad personal subsidiaria no constituye una pena diferente del resto sino que su contenido puede ser el de las penas privativas de libertad ya analizadas o, en su caso, el de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, privativa de otros derechos.

Por otro lado, esta responsabilidad subsidiaria encuentra su fundamento o su razón de ser en el hecho de que la multa, al tener una naturaleza pecuniaria, es susceptible de incumplimiento por el penado que carezca de medios económicos. Esta realidad pone de manifiesto una carencia de la multa que debe ser resuelta 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.

Los argumentos descritos fueron esgrimidos por el Tribunal Constitucional durante la vigencia del Código penal de 1973 en respuesta al recurso de inconstitucionalidad presentado contra la antigua pena de arresto sustitutorio (ver STC 19/1988, de 16 de febrero), si bien en dicho fallo se recomendaba al legislador optar por formas menos gravosas para responder al impago de la multa. Esta recomendación la ha seguido en parte el legislador actual al permitir que la ejecución de la privación de libertad resultante de dicha responsabilidad se pueda suspender o que dicha responsabilidad se pueda cumplir con trabajos en beneficio de la comunidad.

No obstante, 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, no deja de suscitar serias objeciones, entre las que se pueden destacar las siguientes:

1ª. 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. El hecho de que la ley vigente permita que la responsabilidad personal subsidiaria pueda cumplirse mediante los trabajos en beneficio de la comunidad no resuelve este problema, toda vez que la aplicación de los mismos es potestativa por parte del juez o tribunal sentenciador y además siempre requiere el consentimiento del penado. Tampoco está claro que la gravedad de los trabajos en beneficio de la comunidad sea similar a la de la pena de multa: La realización de tareas de utilidad pública sin remuneración puede no ser equiparable, sino más gravosa que la mera entrega de dinero.

2ª. 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. Por otro lado, la proporcionalidad resulta asimismo vulnerada en la medida en que la pena privativa de libertad puede no resultar necesaria para evitar el incumplimiento de la multa, dado que el legislador podría haber optado por la aplicación de otras penas de menor gravedad, como algunas de las privativas de otros derechos, distintas de los trabajos en beneficio de la comunidad.

En Derecho comparado se recurre a medidas similares a la libertad vigilada que nuestro sistema legal solo prevé como medida de seguridad aplicable en ciertos supuestos que serán analizados más adelante (ver *infra* lección 34).

3ª. Si la finalidad que se perseguía con la pena multa era, entre otras, evitar el recurso a la pena privativa de libertad de corta duración, la responsabilidad personal subsidiaria, tal y como está prevista por la regulación vigente, 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 el mismo tiene lugar cuando el condenado no satisface, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta. Por tanto, el penado no puede elegir entre pagar la

multa impuesta o quedar sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria cumpliendo una pena privativa de libertad o de trabajos en beneficio de la comunidad. Lo que el precepto establece es que si el condenado no paga la multa voluntariamente, se procede al intento de ejecutar la misma de forma forzosa por la vía del apremio y solo cuando esta segunda vía resulta ineficaz, quedará el condenado sujeto a la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria.

El Código penal no determina la forma en la que se debe realizar este procedimiento de apremio. La opinión dominante aboga por aplicar los procedimientos civiles que se arbitran para el cobro de deudas y los penales que se acuerdan para la adopción de medidas asegurativas de carácter pecuniario, como las fianzas o los embargos (arts. 589 y ss. LECrim).

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 por tanto dos posibilidades que se corresponden con las dos clases de multa que prevé el sistema vigente y que se analizan en los siguientes apartados.

2.2.1. La conversión de la multa por cuotas (art. 53.1 CP)

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. Si el incumplimiento de la multa fue parcial se calculará el número de cuotas impagadas para realizar la correspondiente conversión. La opinión dominante entiende que si el número de las cuotas es impar se descontará la última cuota.

La extensión de la prisión resultante puede rebasar el límite mínimo de duración de esta pena que ya fue analizado (ver *supra* lección 28 y art. 36.2 CP). En este sentido, la pena resultante de prisión puede ser inferior a tres meses. Por otro lado, la duración de la prisión resultante de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no puede, en ningún caso, superar el límite temporal máximo de veinte años que el art. 36.2 CP establece para la prisión. Ello porque, como ya se apuntó, la multa por cuotas no puede durar más de siete años y seis meses por lo que la prisión resultante del impago de la

misma alcanzaría los tres años y nueve meses de extensión. Con respecto a la ejecución de la prisión en estos casos, la misma se cumpliría de forma ininterrumpida en un establecimiento penitenciario que podría ser el de preventivos si la pena impuesta es igual o inferior a seis meses, o el de cumplimiento si tuviese una duración mayor (ver *supra* lección 29). No obstante, si la prisión fuese inferior a dos años su ejecución se podría suspender de concurrir los requisitos establecidos a tal efecto (ver arts. 80 y ss. CP e *infra* lección 33). En caso de que la pena resultante fuese la de localización permanente su límite mínimo sería de 3 días, teniendo en cuenta que la multa en estos casos no puede ser inferior a 7 días. Ello considerando, por un lado, el Ej. 31.1 y, por otro, que tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, ningún precepto de la Parte especial prevé la multa como pena principal originaria inferior al mes de duración. Con respecto al límite máximo, este en principio sería de un mes y 15 días, teniendo en cuenta que la multa por delito leve no puede superar los tres meses de duración como se desprende del apartado g) del art. 33.4 CP. La ejecución de la pena de localización permanente resultante se realizaría conforme a las reglas generales ya analizadas (ver *supra* lección 29), y siempre en un lugar distinto de un centro penitenciario. Ello sin perjuicio de que la ejecución de la pena de localización permanente así impuesta se pueda suspender conforme a lo establecido en los arts. 80 y ss. CP (ver *infra* lección 33).

B) La conversión de la multa por cuotas en trabajos en beneficio de la comunidad

El segundo párrafo del art. 53.1 CP establece que 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 y con independencia de que la multa impagada haya sido impuesta por la comisión de un delito grave, menos grave o leve, la responsabilidad personal subsidiaria se puede cumplir mediante la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Tal posibilidad la puede acordar el juez o tribunal de forma potestativa y exige el consentimiento del penado. No obstante, en la práctica, si este lo solicita, el órgano judicial lo suele conceder salvo en casos excepcionales (ver, entre otras, las SSAP de Lleida 20/06/2007 y de Pontevedra de 26/10/2009).

2.2.2. La conversión de la multa proporcional

El art. 53.2 CP dispone que en los supuestos de multa proporcional los

jueces y tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. Esta previsión ha sido duramente criticada por la doctrina por su indeterminación. La jurisprudencia ha tratado de establecer reglas de conversión similares a las que rigen para la multa por cuotas y suplir así las carencias de este precepto.

Ej. 31.3: La STS 9076/2000, de 11 de diciembre, tomando como referencia los límites que rigen para determinar el importe de la cuota diaria de la multa por cuotas, entiende que debe imponerse un día de privación de libertad cuando se trate del impago de una cantidad comprendida, en todo caso, entre un mínimo de cuatro euros, equivalente a dos cuotas no satisfechas que tuvieran el importe mínimo que la ley establece para este tipo de multa, y un máximo de ochocientos, equivalente a dos cuotas no satisfechas que tuvieran el importe máximo.

En cualquier caso, cuando la multa impagada es proporcional, la responsabilidad personal subsidiaria únicamente se podrá cumplir con la pena de prisión, teniendo en cuenta que este tipo de multa solo se prevé para delitos graves y menos graves y no para delitos leves. No obstante y del mismo modo que rige para la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa por cuotas, el juez o tribunal podrá acordar, previa conformidad del penado, que la responsabilidad subsidiaria por el impago de la multa proporcional se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad (ver último inciso del art. 53.2 CP).

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 que se derive del mismo:

1ª. El art. 53.3 CP establece que la responsabilidad personal subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años. Esto no significa que queden exentos del pago de la multa que se les hubiera impuesto, pues siempre habrá que intentar que la misma se satisfaga bien voluntariamente o por vía de apremio.

La jurisprudencia actual aplica este precepto cuando el penado debe cumplir, además de la multa, un periodo de privación de libertad superior a cinco años, con

independencia de que el mismo sea el resultado de una o varias penas privativas de libertad impuestas por uno o varios delitos en la misma sentencia (ver STS 2410/1998, de 14 de abril y Circular FGE 2/2004, de 22 de diciembre).

2ª. 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 del de los encargados de su ejecución. Así pues, constatada la comisión del hecho delictivo por parte del sujeto, era el juez quien decidía la calidad y la cantidad de la pena que se le debía imponer, sin tener necesariamente que ajustar esta decisión a ninguna pauta establecida con carácter previo por la ley, más allá de considerar, en ocasiones, la gravedad objetiva del comportamiento o su frecuencia comisiva. El juez podía incluso imponer penas distintas de las legalmente previstas para el delito en cuestión, en caso de que lo estuvieren. Asimismo, a lo largo de este periodo, las personas encargadas de controlar la ejecución de las penas también podían, en ocasiones, tomar decisiones sobre la clase y entidad de las mismas, una vez que hubiesen sido impuestas por el juez.

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. Con el fin de ofrecer al individuo ciertas garantías frente al poder punitivo del Estado, la ley pasó a definir con carácter previo y de manera igualitaria para el

conjunto de los ciudadanos no solo los comportamientos delictivos, sino las penas con las que los mismos habían de castigarse. Tales consecuencias se establecían fundamentalmente con arreglo a criterios retributivos y preventivo generales. Esta orientación del castigo es consecuencia de la referida corriente garantista reactiva a los abusos de la etapa anterior: Se trababa no solo de que el individuo conociera de antemano cuáles podían ser las consecuencias de sus actos, sino que las mismas se establecieran de manera racional, atendiendo a la gravedad de tales comportamientos.

Este marcado legalismo de la ilustración encontró su más extrema expresión en el Código penal francés de 1791, que preveía una pena fija para cada delito, la cual no era susceptible de variación. Este sistema no dejaba espacio alguno al arbitrio del juez que debía limitarse a imponer, sin más, la consecuencia prevista para el delito una vez constataba su comisión y la responsabilidad del autor. A partir de entonces y hasta nuestros días, la mayoría de los sistemas penales han evolucionado hacia esquemas en los que predomina el legalismo en el proceso de determinación de la pena, pero que dejan cierto margen al arbitrio judicial.

En el contexto actual, eminentemente legalista, el margen concedido al arbitrio judicial varía de unos países a otros. En la Europa continental, a excepción, entre otros países, de Alemania, los jueces tienen más limitada su función a la hora de individualizar el castigo. Sin embargo, en los países de tradición anglosajona, como Gran Bretaña y EEUU, cuentan con una mayor capacidad de decisión.

Son varios los factores que explican estas diferencias. Por un lado, la radical ruptura con el Antiguo Régimen que acarreó la Ilustración en la Europa continental no tuvo idéntico paralelo en los países anglosajones, que entraron en la Edad Contemporánea conservando muchos rasgos del sistema jurídico de la etapa anterior. Por otro lado, en estos países el pensamiento utilitarista, que ve en la prevención especial la principal finalidad del castigo penal, tuvo mayor acogida que en los países continentales europeos que apostaron, en mayor medida, por la retribución y por la prevención general. Conforme a ese esquema utilitarista, la pena debía graduarse atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad del delincuente, circunstancia que solo el juez puede valorar examinando al sujeto concreto que ha delinquido.

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 considerable al arbitrio judicial, como habrá ocasión de comprobar. Este proceso, en sentido estricto, presenta las siguientes fases:

1ª. 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. Todos los delitos regulados en la Parte especial del vigente Código penal tienen establecida la clase de pena o penas con que se castigan a través de un marco penal, pero no se prevé una dimensión cuantitativa exacta de las mismas. 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.

Ej. 32.1: El delito de homicidio del art. 138.1 CP se castiga con la pena de prisión de 10 a 15 años, siendo 10 años el límite mínimo y 15 años el límite máximo del marco penal abstracto. Dentro de una misma figura delictiva se pueden distinguir tipos básicos, agravados o privilegiados, que se castigan con sus correspondientes marcos penales abstractos. La pena o penas previstas de este modo para las distintas infracciones de la Parte especial son principales y pueden ser únicas, acumulativas o alternativas (ver *supra* lección 27). Todas ellas se ven afectadas por las reglas que rigen el proceso de determinación de la pena que se explican en los apartados siguientes de la presente lección.

Dichas reglas no afectan, por tanto, a las penas accesorias. Ello porque las penas accesorias tienen una duración igual a la de la pena principal finalmente impuesta (ver arts. 55 y 56.1.2 CP) o una dependiente de la de esta (ver art. 57.1 párrafo 2 CP), o bien porque tienen una duración independiente de la misma (art. 57.2 CP) y se rigen por reglas de determinación específicas y distintas, por tanto, de las generales.

2ª. 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 sobre el marco penal abstracto viene determinada por la ley y 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 solo está prevista legalmente la incidencia

de los dos primeros factores y las reglas que rigen cuando concurre una eximente incompleta (arts. 66.2 y 68 CP); no obstante, en los delitos imprudentes la trascendencia de esos dos primeros factores es muy limitada de manera que, en estos casos, el marco penal abstracto coincide, salvo que concurra una eximente incompleta, con el marco penal concreto (todo ello de acuerdo con la postura defendida en este Curso que más adelante se explica).

- b) Reglas que rigen en caso de pluralidad de infracciones: concurso real, ideal y medial y continuidad delictiva.

3ª. Una vez que se han aplicado todas las reglas anteriores el juez tendrá ante sí el marco penal concreto, determinado a su vez 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, integrantes del proceso de determinación de la pena en sentido estricto, se añaden otras que forman parte de dicho proceso en un sentido amplio y que algunos identifican con las siguientes:

1. Fase de determinación de la ejecución penal: Impuesta la pena en la sentencia, se procede a su ejecución y, en esta fase, la autoridad judicial o administrativa que a tal efecto resulte 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 (ver *infra* lección 33).
 - 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, pudiéndose acordar incluso su cumplimiento total o parcial fuera del centro penitenciario a través de la clasificación en tercer grado (ver *supra* lección 29) o la concesión de la libertad condicional (ver *infra* lección 33).
2. Fase de determinación gubernativa: En ocasiones el Gobierno puede conceder el indulto total o parcial de la pena impuesta en sentencia (ver *infra* lección 36).

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 la mayoría de los casos, aplicar la pena superior o inferior en uno o varios grados y/o aplicar la pena en su mitad superior o inferior. Es muy frecuente que estas operaciones se deban realizar varias veces y de forma sucesiva a lo largo del proceso, en función de las particularidades del caso concreto, por ello resulta necesario analizarlas en profundidad.

Por otro lado y para comprender bien las mismas, es preciso tener en cuenta que, aunque las penas previstas en el vigente Código penal son de diversa naturaleza en función del derecho del penado al que afecten, todas se miden por tiempo a excepción de la pena de multa proporcional que se mide por cantidad de dinero en euros en relación con un determinado valor (ver *supra* lección 31). El resto de las penas tienen como unidad temporal el día, salvo la pena de multa por cuotas que tiene el día multa.

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» o «marco penal de referencia». Este marco penal tendrá, como ya se advirtió, 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.

Sobre la base de estos planteamientos se procede ahora a describir 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 obtiene sumándole al límite máximo del marco penal de referencia una unidad.

Tras la reforma de LO 15/2003, de 25 de noviembre, es obligatorio añadir o restar esta unidad dependiendo de si se está procediendo, respectivamente, a la subida o a la rebaja en grado, para evitar solapamientos con el marco penal de referencia.

Ej. 32.2: Calculemos la pena superior en grado a la prevista en la ley para el delito de homicidio del art. 138.1 CP, que es la de prisión de 10 a 15 años:

— Marco penal de referencia: Prisión de 10 a 15 años,

siendo 10 años el límite mínimo y 15 años el límite máximo.

— Límite máximo de la pena superior en grado: Se obtiene sumando a 15 años, límite máximo del marco penal de referencia, su mitad, que son 7 años y 6 meses. Resultado: 22 años y 6 meses.

— Límite mínimo de la pena superior en grado: Se obtiene sumando a 15 años, límite máximo del marco penal de referencia, una unidad, en este caso un día (se suma esta unidad para evitar solapamientos, dado que el marco penal de referencia abarca hasta el último día de los 15 años que constituyen su límite máximo). Resultado: 15 años y un día.

— Conclusión: La pena superior en grado a la prevista en la ley para el delito de homicidio del art. 138.1 CP es la pena de prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses.

Como ya se puso de manifiesto en las lecciones anteriores, las distintas penas previstas en el Código penal tienen, con carácter general, 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 diversa magnitud, en función de la naturaleza de la pena, que constituyen por ley el límite máximo de la pena superior en grado que desplaza al que resulta de aplicar las reglas anteriormente expuestas (ver *supra* lecciones 28, 29, 30 y 31). Asimismo, no se puede calcular la pena superior en grado a la prisión permanente revisable, dado que la misma tiene una duración indeterminada. Por el mismo motivo, tampoco se podrá calcular la mitad inferior ni superior de esta pena.

Analizado el cálculo de la pena superior en grado se procede ahora a hacer lo propio respecto de la pena inferior en grado. Su límite máximo se obtiene restándole al límite mínimo del marco penal de referencia una unidad. Por su parte, su límite mínimo se obtiene restándole su mitad al límite mínimo del marco penal de referencia.

Ej. 32.3: Calculemos, por ejemplo, la pena inferior en grado a la prevista en la ley para el delito de homicidio del art. 138.1 CP, que es la de prisión de 10 a 15 años:

— Marco penal de referencia: prisión de 10 a 15 años, siendo 10 años el límite mínimo y 15 años el límite máximo.

— Límite máximo de la pena inferior en grado: se obtiene restando a 10 años, límite mínimo del marco penal de referencia, una unidad, en este caso, un día (se resta esta

unidad para evitar solapamientos porque el marco penal de referencia abarca desde el primer día de los 10 años que constituyen su límite mínimo). Resultado: 10 años menos 1 día.

— Límite mínimo de la pena inferior en grado: se obtiene restando a 10 años, límite mínimo del marco penal de referencia, su mitad que son 5 años. Resultado: 5 años.

— Conclusión: la pena inferior en grado a la prevista en la ley para el delito de homicidio del art. 138.1 CP es de prisión de 5 años a 10 años menos un día.

Tal y como establece el art. 71.1 CP, 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 (ver *supra* lecciones 28, 29, 30 y 31), sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, salvo que la resultante sea una pena de prisión inferior a tres meses (ver *supra* lección 28). Dicha pena deberá, como regla general, ser sustituida por la pena de multa, de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente (art. 71.2 CP). 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 es la pena de prisión de 20 a 30 años (art. 70.4 CP).

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.

Ej. 32.4: Tomando como de marco penal de referencia la pena de prisión de 6 a 12 años que prevé la ley para el delito de violación del art. 179 CP, se realizan los siguientes cálculos:

— Pena superior en grado: 12 años y 1 día a 18 años de prisión.

— Pena superior en dos grados: 18 años y 1 día a 27 años de prisión.

— Pena superior en tres grados: 27 años y 1 día a 30 años. En este caso hay que estar a lo establecido por el art. 70.3.1 CP, citado *supra*, para fijar el límite máximo que no es de 40 años y 6 meses de prisión (límite que resultaría de aplicar las reglas generales antes analizadas), sino de 30 años como dispone el referido precepto.

Tomando como ejemplo de marco penal de referencia la inhabilitación absoluta de 10 a 20 años [prevista como principal

y acumulativa a otras penas también principales para el delito de prevaricación del art. 446.1 CP (esas otras penas también se verían afectadas por las rebajas de grado que hubiese que realizar)], se llevan a cabo los siguientes cálculos:

- Pena inferior en grado: 5 años a 10 años menos 1 día de inhabilitación absoluta.
- Pena inferior en dos grados: 2 años y 6 meses a 5 años menos 1 día de inhabilitación absoluta.
- Pena inferior en tres grados: 1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses menos 1 día de inhabilitación absoluta.

2.2.1. Cómputo e indivisibilidad de las unidades temporales

Como ya se indicó, todas las penas, salvo la pena de multa proporcional, se establecen a partir de unidades temporales que son el día o el día multa según los casos. En el caso de las multas, se considera que los años tienen 360 días y los meses 30 días (art. 50.4 CP). Para el resto de las penas, en la práctica y a efectos de liquidación de condena, se entiende que los años tienen 365 días y los meses 30 días, por mucho que no exista previsión legal expresa que respalde esta interpretación. Las referidas unidades de día o día multa 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 de 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, tal y como establece el art. 70.2 CP. Algunos han interpretado esta previsión en el sentido de que la unidad se debe descontar en casos de rebaja de grado, y contar como unidad completa en casos de subida de grado. En este Curso rechazamos semejante exégesis pues resulta menos beneficiosa para el reo que la de prescindir de la fracción de la unidad también en caso de subida de grado, lo que además encaja con el tenor literal del art. 70.2 CP que, como se vio, a nada obliga.

Ej. 32.5: Si el marco penal de referencia es la pena de multa de 30 a 45 días y hay que imponer la pena superior en grado, esta tendrá una extensión de 46 a 67 días. El límite máximo de la pena superior en grado no será, por tanto, de 67 días y medio, cantidad que resultaría de sumarle a 45 días su mitad que son 22 días y medio. Esa mitad de la unidad temporal se descuenta por las razones apuntadas.

Ej. 32.6: Si el marco penal de referencia es la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días (art. 379 CP) y las

reglas de determinación de la pena obligan a aplicar la pena inferior en grado, esta tendrá un límite máximo de 30 días y un límite mínimo de 15 días y no de 15 días y medio, cantidad que hubiese resultado de restarle a 31 días su mitad.

2.3. Pena en su mitad inferior y en su mitad superior

Ya se ha advertido que el vigente Código penal prevé la pena o penas para las figuras delictivas de la Parte especial, estableciendo la dimensión cuantitativa de las mismas a través de un marco penal compuesto por un límite mínimo y un límite máximo. El proceso de determinación de la pena obliga, en muchas 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 vigente no especifica el modo en que se ha de realizar este cálculo. No obstante, la doctrina y jurisprudencia dominantes interpretan esta cuestión del modo que seguidamente se describe.

Se parte de la existencia de un marco penal de referencia, del mismo modo que se hizo al explicar el cálculo de la pena superior e inferior en grado, y se procede como sigue:

— 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 del marco penal de referencia.

— Para calcular la pena en su mitad superior: El límite mínimo de la mitad superior se obtiene añadiendo una unidad al punto intermedio del 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 de referencia.

Ej. 32.7: Tomando como marco penal de referencia el previsto para el delito de violación del art. 179 CP, prisión de 6 a 12 años, se procede a realizar los siguientes cálculos:

— Pena en su mitad inferior: El límite mínimo de la mitad inferior coincide con el límite mínimo del marco penal de referencia, es decir, 6 años. El límite máximo de la mitad inferior coincide con el punto intermedio entre el límite mínimo y el límite máximo del marco penal de referencia. Para calcular este punto intermedio sumamos los límites

mínimo y máximo del marco de penal de referencia y los dividimos entre dos, obteniendo como resultado 9 años ($6+12=18$; $18/2=9$) que es, por tanto, el punto intermedio del intervalo. Conclusión: La mitad inferior de la pena establecida para el delito de violación del art. 179 CP es de 6 a 9 años de prisión.

— Pena en su mitad superior: El límite mínimo de la mitad superior se obtiene sumándole una unidad, en este caso 1 día, al punto intermedio del intervalo entre el límite mínimo y el límite máximo del marco penal de referencia que es 9 años, lo cual da como resultado 9 años y un día (esta unidad se añade para evitar los solapamientos a los que se hizo referencia *supra*). El límite máximo de la mitad superior coincide con el límite máximo del marco penal de referencia, que es 12 años. Conclusión: La mitad superior de la pena establecida para el delito de violación del art. 179 CP es de 9 años y un día a 12 años de prisión.

Como ya se advirtió, salvo en lo que respecta a la multa proporcional (ver *supra* lección 31). las penas se establecen a partir de unidades temporales que son el día o el día multa según los casos. Tales unidades se consideran indivisibles de manera que, si las reglas de determinación de la pena obligan a imponer la pena en su mitad inferior o superior y el intervalo entre los límites del marco penal de referencia no es de 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, en atención a lo establecido por el art. 70.2 CP. Para ciertos sectores doctrinales, la unidad se ha de descontaren caso de que la pena se deba aplicar en su mitad inferior y se debe contar como completa cuando haya que aplicar la pena en su mitad superior.

Ej. 32.8: Sí el marco penal de referencia es la pena de multa de 30 a 45 días y hubiera que aplicar la pena en su mitad inferior, el marco resultante iría de 30 a 37 días y no de 30 a 37 días y medio, que sería el punto medio del intervalo de dicho marco penal de referencia ($30+45=75$; $75/2=37,5$). Si hubiera que aplicar la pena en su mitad superior, esta iría de 38 a 45 días (la media unidad del día 37 se cuenta, en este caso, como completa de manera que la mitad superior de la pena tiene su límite mínimo en 38 días). En este caso, no procede realizar el descuento de la mitad de la unidad para aplicar la pena en su mitad superior, pues ello daría lugar al solapamiento entre los distintos marcos penales resultantes.

3. ANÁLISIS DE LAS FASES DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN SENTIDO ESTRICTO

Teniendo en cuenta el esquema que se describió *supra*, se procede ahora al estudio pormenorizado de las distintas fases que componen el proceso de determinación de la pena en sentido estricto, dejando fuera del análisis la parte relativa a la determinación ejecutiva y gubernativa que se estudia en otras lecciones (ver, lecciones 29, 30, 31, 33 y 36).

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, casi siempre, la parte más sencilla del mismo. A veces basta con identificar la infracción penal en cuestión y tomar como referencia el marco penal que tenga previsto.

Ej. 32.8: El delito de hurto del art. 234.1 CP tiene previsto un marco penal de 6 a 18 meses de prisión que sería, por tanto, el marco penal abstracto a efectos del proceso de determinación de la pena.

No obstante, en ocasiones, la identificación del marco penal abstracto puede no resultar tan sencilla. A menudo 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, ya en esta fase inicial y según su prudente arbitrio, por aplicar una u otra clase de pena.

Ej. 32.9: El delito de abuso sexual del art. 181.1 CP se castiga con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

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.

Ej. 32.10: Si se considera que un sujeto es penalmente

responsable de un delito de detenciones ilegales del art. 163.2 CP, por haber dado libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado a la prevista para el tipo básico de detenciones ilegales del art. 163.1 CP, que es de prisión de 4 a 6 años. En este caso, el marco penal abstracto de la figura privilegiada que se debe tomar como referencia, es de 2 años a 4 años menos un día de prisión.

3.2 Determinación del marco penal concreto

Identificado el marco penal abstracto del delito en cuestión, se debe proceder al cálculo del marco penal concreto 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, a excepción de la eximente incompleta del art. 21.1 CP cuya concurrencia afecta al proceso de determinación de la pena de todas clase de infracciones penales (art. 68 CP). El impacto de tales factores sobre el marco penal abstracto viene determinado por la ley (ver Capítulo II del Título III del Libro I del CP —arts. 61 a 72—) que, a este respecto y sobre todo tras las reformas de las LO 11/2003, de 29 de septiembre, y LO 15/2003, de 25 de noviembre, deja poco margen al arbitrio judicial. Como ya se apuntó, las reglas relativas al grado de ejecución del delito y a la forma de intervención del sujeto en el mismo, afectan de forma muy limitada a los delitos imprudentes en los que, de acuerdo con la postura defendida en este Curso, solo se castiga al autor del delito consumado.

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 (conspiración, proposición y provocación), hay que recordar que nuestro Código penal prevé un sistema restringido de punición de los mismos en virtud del cual tales actos se castigarán exclusivamente en los casos en los que la ley así lo prevea (ver, respectivamente, arts. 17.3 y 18.2 CP). Será, por tanto, en la Parte especial en donde, en el seno de la regulación de las distintas figuras delictivas, se prevea y castigue los actos preparatorios estableciendo un marco penal que opera, al tiempo, como marco penal abstracto y concreto, más allá del impacto que sobre el mismo puedan tener las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Ello

porque el marco penal previsto para los actos preparatorios ya se fija en atención al grado de realización del delito y de la forma de intervención del sujeto responsable.

En general, el marco penal previsto para los actos preparatorios se define tomando como referencia el establecido para el autor del delito consumado, que es el previsto como marco penal abstracto de la figura delictiva en cuestión, y rebajando este en uno o dos grados.

Ej. 32.11: Según el art. 141 CP, la conspiración, proposición y provocación para cometer los delitos de homicidio y asesinato, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en su caso en los artículos anteriores.

B) Determinación del marco penal para el autor de la infracción consumada

Cuando la Ley establece una pena se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada (art. 61 CP). El término «autor» abarca, a estos efectos, a los autores en sentido estricto (autor inmediato, mediato y coautor), así como al inductor o cooperador necesario, que son los partícipes asimilados a la categoría de autor a efectos de pena (art. 28 CP). Por tanto, al que interviene como autor en el sentido apuntado 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.

Se advierte que, a efectos de determinación de la pena, lo relevante no es la distinción entre autores y partícipes presente en nuestro sistema penal (ver *supra* lecciones 14 y 15). La diferencia que ahora cuenta es la que discrimina a los cómplices del resto de las formas de intervención en el hecho delictivo, a las que se refiere el art. 28 CP.

No obstante lo anterior, cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamenten la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada en la ley para la infracción de que se trate (art. 65.3 CP).

Esta regla, que se refiere a la intervención de los *extraneus* en los delitos especiales propios (ver *supra* lecciones 8 y 15), viene a dar cobertura legal a una práctica jurisprudencial que rebajaba la pena a los partícipes de estos delitos en los que no concurría

la condición específica que el tipo exige a los autores de los mismos. Aunque la previsión legal del art. 65.3 CP no menciona expresamente a los cómplices, la opinión mayoritaria aboga por incluirlos, en cuyo caso a la rebaja de pena que siempre les corresponde como cómplices, que será analizada más adelante, se sumaría la que se les aplica cuando intervienen en un delito especial propio sin ostentar la condición especial requerida para ser autor del mismo.

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, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado (art. 62 CP). El principio de proporcionalidad se refleja en esta previsión que castiga la tentativa con una pena de menor entidad que la destinada a la consumación, pues en esta última forma de realización del delito la cantidad de injusto es mayor por incluir el desvalor de resultado.

Así, en caso de tentativa, la rebaja en un grado es obligatoria y en dos, potestativa. Para decidir si rebaja la pena en uno o dos grados el juez debe tener en cuenta el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado. Nuevamente el principio de proporcionalidad se refleja en esta previsión legal que tiene en cuenta el mayor o menor desvalor de acción del delito intentado a la hora de determinar la gravedad de su castigo.

En este sentido, la distinción entre tentativa acabada e inacabada puede ser relevante pero no definitiva. Ello porque la rebaja en un grado no se reserva, en todo caso, para la acabada y la de dos, para la inacabada. El grado de ejecución alcanzado siempre será mayor en los casos de tentativa acabada que en los de inacabada, pero no necesariamente el grado de peligro. Como ambos factores deben ser tenidos en cuenta por imperativo legal, cabe rebajar la pena en dos grados en casos de tentativa acabada si la misma presenta un grado de peligro bajo. Del mismo modo, la tentativa inacabada que resulte especialmente peligrosa se puede castigar rebajando solo en un grado la pena correspondiente a la infracción consumada (ver entre otras, SSTS, 115/2015, de 5 de marzo, 1180/2010, de 22 de diciembre y 895/2008, de 16 de diciembre).

Las reglas descritas sobre la punición de la tentativa rigen con carácter general siempre que la misma no se halle especialmente penada por la Ley (art. 64 CP).

Ej. 32.12: La tentativa de regicidio solo permite la rebaja en un grado de la pena prevista para la infracción consumada (ver art. 485.3 CP).

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 (art. 63 CP). Una vez más, se refleja la proporcionalidad que la ley trata de establecer entre la gravedad de los hechos y la pena con que los mismos se han de castigar. Ello porque 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 o del partícipe asimilado a autor a efectos de responsabilidad penal.

Ej. 32.13: Si Juan ha cometido como autor un delito consumado de homicidio del art. 138.1 CP, el marco penal que le corresponde es de prisión de 10 a 15 años que es el previsto por la ley puesto que Juan es autor de una infracción consumada (art. 61 CP). Si se tratase de un delito en grado de tentativa, el marco que le correspondería a Juan sería el de prisión de 5 años a 10 años menos un día, si se procediese a la rebaja en un grado, o de 2 años y 6 meses a 5 años menos un día, si se procediese a la rebaja en dos grados. En caso de que Jaime interviniese como cómplice en el delito de homicidio consumado cometido por Juan, el marco penal que le corresponde es de prisión de 5 años a 10 años menos un día. Si la infracción que cometió Juan como autor lo es en grado de tentativa, el marco penal concreto que le corresponde a Jaime sería de 2 años y 6 meses a 5 años menos un día (en caso de que se hubiese procedido a la rebaja en un grado de la tentativa), o de 1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses menos un día (en caso de que se hubiese procedido a la rebaja en dos grados por tentativa). Se advierte que la complicidad permite acumular rebajas de grado en casos de delito intentado. En estos supuestos habrá que rebajar al menos dos grados el marco penal previsto para el autor de la infracción consumada: un grado por tentativa y un grado por complicidad.

Las reglas descritas no serán de aplicación en los casos en que la complicidad se halle especialmente penada por la Ley (art. 64 CP).

Ej. 32.14: El art. 192.2 CP establece que los ascendientes,

tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o del incapaz, que intervengan como autores o como cómplices en la perpetración de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos contra los mismos, serán castigados con la pena que corresponda en su mitad superior. Se advierte que esta regla también castiga especialmente a los autores de la infracción y prevalece sobre la regla general del art. 61 CP antes analizada (ver art. 8.1 CP).

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, una vez se haya tenido en cuenta el grado de realización del delito y la forma de participación del sujeto responsable, consiste en considerar las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurren. En su mayoría estas circunstancias guardan relación con la antijuridicidad del hecho o con la culpabilidad del autor. En este sentido, su impacto sobre el marco penal es acorde con el principio de proporcionalidad que rige en la determinación del castigo penal. Otras de estas circunstancias guardan relación con la punibilidad del hecho y responden a otra fundamentación (ver *supra* lección 25).

La decisión de aplicar estas reglas en último lugar, una vez tenidas en cuenta la forma de aparición de la infracción penal y la forma de intervención del sujeto responsable, es acorde con la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria. La ley vigente no prevé la obligación de seguir este orden.

El vigente 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, sobre todo después de la reforma de LO 11/2003, de 29 de septiembre. Antes de analizar las reglas que conforman dicho sistema es preciso delimitar su ámbito de aplicación sobre la base de las siguientes consideraciones:

1ª. La mayoría de las reglas de este sistema rigen en la determinación de la pena de los delitos dolosos graves y menos graves (art. 66.1 CP). En los delitos leves y en los delitos imprudentes, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo y de acuerdo con lo establecido en el art. 66.2 CP, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio

sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior (el apartado 1 del art. 66 CP). La única regla que se aplica a todas las infracciones penales (delitos dolosos e imprudentes graves, menos graves y leves) es la contenida en el art. 68 CP: cuando concurra la eximente incompleta del art. 21.1 CP, se impondrá 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 concurren, y las circunstancias personales del autor.

2ª. 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. Cuando dichas circunstancias consistan en cualquier causa de naturaleza personal, agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquellos en quienes concurren. Cuando consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, tendrán dicho efecto agravatorio o atenuatorio de la responsabilidad penal de los que hayan tenido conocimiento de las mismas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. Las reglas del art. 66.1 CP no se refieren, por tanto, al error de prohibición vencible, cuya regulación está contenida en el artículo 14.3 CP, que impone, a este respecto, la rebaja obligatoria de la pena en uno y potestativa en dos grados y que se aplica a toda clase de infracciones penales.

3ª. 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, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

Ej. 32.15: Si se considera a un sujeto responsable de un delito de asesinato por precio, circunstancia que recoge la propia figura delictiva en el art. 139.1.2 CP y que se refleja en su marco penal abstracto, no se puede además aplicar dicha circunstancia como agravante genérica del art. 22.3 CP a la hora de determinar el marco penal concreto, pues ello supondría una vulneración del principio de *ne bis in idem*. De igual modo, cuando se considera al sujeto responsable de un delito de abuso sexual por haber mantenido relaciones sexuales con una persona mentalmente trastornada aprovechándose de esta condición (ver art. 181.1 y . 2 CP), no se podrá apreciar, a efectos de determinar el marco penal concreto, la agravante genérica de abuso de superioridad del art. 22.2 CP, si dicha circunstancia se considera inherente a la propia figura delictiva tal y como la misma se cometió y, por tanto, ya ha sido tenida en cuenta al establecer su marco penal

abstracto.

4ª. 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.

Ej. 32.16: Raúl mata al padre del Rey y ello se castiga, con carácter general, con la pena principal de prisión de 20 a 25 años (art. 485.2 CP). En caso de que concurrieran dos o más agravantes, la pena que corresponde imponer es la de prisión de 25 a 30 años (ver último inciso del art. 485.2 CP). Esta regla prevalece sobre la regla general contenida en el art. 66.1.4 CP, que permite imponer la pena superior en grado a la establecida en la ley, en su mitad inferior, cuando concurren más de dos circunstancias agravantes. También la regla especial prevalece sobre la general establecida en el art. 66.1.3 CP, en virtud de la cual, cuando concorra solo una o dos circunstancias agravantes, se aplicará la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

B) Reglas de determinación de la pena en función de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

Estas reglas se recogen en los arts. 66.1 CP y 68 CP y es importante recordar que las mismas 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. Tales reglas permiten diferenciar entre las siguientes cuatro hipótesis:

1ª. 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 la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.1.6 CP). Es decir que, cuando no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal el marco penal concreto se fija en atención a la forma de realización del delito y la forma de intervención del mismo del sujeto responsable. Determinado dicho marco, el juez podrá pasar a la última fase de la determinación de la pena estableciendo la pena concreta que le vaya a imponer al culpable. Para ello deberá fijar la extensión exacta de la misma que, necesariamente, deberá quedar comprendida dentro de los límites del referido marco penal concreto.

2ª. 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 (art. 66.1.7 CP).

Esta regla vino a dar cobertura legal a una práctica jurisprudencial que empleaba el criterio de compensación racional para determinar la pena en caso de concurrencia de atenuantes y agravantes. La virtualidad del precepto se traduce en especificar el efecto que, sobre el marco penal, tiene dicha concurrencia cuando en la misma persiste un fundamento cualificado de atenuación o agravación. Sin embargo, la regla no establece soluciones para las demás hipótesis que se podrían plantear en caso de concurrencia de agravantes y atenuantes. La opinión mayoritaria propone, para tales casos, la aplicación analógica de otras reglas contenidas en el art. 66.1 CP del modo siguiente:

- Cuando no persista fundamento de agravación ni de atenuación o persista uno de agravación no cualificado, el marco penal concreto sobre el que operará la individualización judicial será el resultante de considerar el grado de realización del delito y la forma de intervención en el mismo del sujeto responsable. Se aplica analógicamente la regla del art. 66.1.6 CP analizada antes, prevista para cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes. Esta solución se perfila como la más adecuada cuando persiste el fundamento de agravación no cualificado, pues la que contempla el art. 66.1.3 CP es la misma que prevé el art. 66.1.7 CP (que se aplica precisamente para los casos de prevalencia cualificada del fundamento de agravación) y que la contenida en el art. 66.1.4 CP, que se aplica cuando no concurre ninguna circunstancia atenuante, que no sería el caso.
- Cuando persista un fundamento de atenuación pero no cualificado, los jueces podrán aplicar la pena en la mitad inferior del marco penal. Se aplica analógicamente la regla del art. 66.1.1 CP prevista para cuando solo concurre una atenuante.

3ª. Concurrencia de atenuantes y ninguna agravante. En tal caso la ley diferencia entre tres posibilidades:

- Cuando concorra solo una atenuante, los jueces aplicarán la pena en su mitad inferior (art. 66.1.1 CP). Se trata de una

rebaja obligatoria.

— Cuando concurren dos o más atenuantes, o una o varias muy cualificadas, los jueces aplicarán la pena inferior en uno o dos grados, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias (art. 66.1.2 CP). La rebaja es obligatoria en un grado y potestativa en dos.

Por atenuante muy cualificada la jurisprudencia entiende aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado (ver, entre otras, las SSTs 192/2015, de 1 de abril, 159/2015, de 18 de marzo y 875/2007, de 7 de noviembre).

— Cuando concorra 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 concurren, y las circunstancias personales del autor.

Este efecto atenuatorio se puede acumular al anudado a la concurrencia de otras circunstancias atenuantes teniendo en cuenta las reglas 1ª y 2ª del art. 66.1 CP ya analizadas. Por otro lado algunos entienden que de concurrir dos o más eximentes incompletas, habría que proceder a la rebaja de la pena sumando los efectos atenuatorios que cada eximente incompleta tiene asignados en aislado de acuerdo con el art. 68 CP, lo que permitiría una rebaja máxima de cuatro grados en caso de que concurriesen dos de tales circunstancias.

4ª. Concurrencia de circunstancias agravantes y ninguna atenuante.
En tal caso la ley diferencia entre tres posibilidades:

— Cuando solo concurre una o dos circunstancias agravantes, los jueces aplicarán la pena en su mitad superior (art. 66.1.3 CP). Se trata de una subida obligatoria.

— Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes, los jueces podrán aplicar la pena superior en grado en su mitad inferior (art. 66.1.4 CP). La agravación en este caso, en lo que respecta a aplicar la pena superior en grado en su mitad inferior, es potestativa. No obstante, en atención a lo dispuesto por el

art. 66.1.3 CP, 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, al delinquir, hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en un mismo Título del Código penal, siempre que sean de la misma naturaleza, los jueces podrán aplicar la pena superior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido (art. 66.1.5 CP).

Esta regla fue introducida por la reforma de LO 11/2003, de 29 de septiembre, y despertó duras críticas por parte de muchos sectores doctrinales. Desde estos posicionamientos se considera que agravar la responsabilidad penal por motivo de la reincidencia choca con los principios del hecho y de culpabilidad, los cuales han de ser siempre respetados por el orden jurídico punitivo. En este sentido, se entiende que, en todo caso, la agravación debería circunscribirse a la aplicación de la pena en su mitad superior pero no llegar a rebasar el grado que la figura delictiva tuviese asignada. Esa fue la postura del Tribunal Constitucional al admitir la constitucionalidad de la agravante por reincidencia del Código penal 1973 (ver *supra* lección 24). Sin embargo, la aludida reforma de 2003 permite aplicar la pena superior en grado en caso de reincidencia lo cual, por los motivos apuntados, suscita dudas respecto de la constitucionalidad de esta previsión. Con todo, se trata de una subida en grado potestativa dado que la ley señala que los jueces «podrán» aplicar la misma.

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 las infracciones penales que se tomen en consideración de cara a la apreciación del concurso o de la continuidad delictiva. Estas normas, previstas en los arts. 73 a 78 CP, no se limitan a regular el procedimiento de la determinación de la pena en los referidos supuestos sino que constituyen también la regulación material de los mismos que ya fue analizada (ver *supra* lección 26) y 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 o faltas [La referencia a las faltas constituye un error por parte del legislador de la LO 1/2015, de 30 de marzo, pues dicha ley suprimió, como ya se ha puesto de manifiesto, este tipo de infracciones penales. En consecuencia, el art. 73 CP debería referirse, sin más, al responsable de dos o más delitos.] se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones penales para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza o efectos de las mismas. 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 (art. 75 CP).

Para evitar que esta acumulación de penas suponga la imposición de castigos que no guarden relación con la gravedad que pueda tener cada una de las infracciones por separado, y a fin que la duración temporal del conjunto de penas que se deban cumplir respeten los mandatos constitucionales de los arts. 15 y 25.2 CE, el vigente Código penal establece los siguientes límites:

1. 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, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años (art. 76.1 CP). La extinción aquí contemplada hace desaparecer la responsabilidad penal respecto de la parte de la pena a la que afecte y, en este sentido, se equipara al cumplimiento de condena que el art. 130.1.2 CP recoge como una de las causas de extinción de la responsabilidad penal.
2. Excepcionalmente este límite máximo de veinte años podrá extenderse a veinticinco, treinta o cuarenta años, en los casos a los que se refieren los apartados a), b), c) y d) del segundo párrafo del art. 76.1 CP (ver *supra* lección 28). La pluralidad delictiva incide no solo a los efectos de determinar un límite máximo de cumplimiento efectivo sino también, cuando se trata de condenas de prisión, en el acceso al tercer grado y a la libertad condicional (ver *supra* lecciones 28 y 29).
3. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y; al menos, uno de ellos, esté castigado con la pena de prisión

permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los arts. 78 bis y 92 CP [ver apartado e) del segundo párrafo del art. 76.1 CP, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo]. A los efectos que ahora interesan, esta regla significa que, cuando uno de los delitos que integran el concurso real está castigado con la pena de prisión permanente revisable, será esta la que se le imponga al sujeto. La pluralidad delictiva en estos casos puede incidir en el periodo mínimo de internamiento efectivo que el sujeto tiene que cumplir de cara a acceder al tercer grado y a la libertad condicional, que es precisamente lo que prevén los mencionados arts. 78 bis y 92 CP.

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 los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar (ver art. 76.2 CP tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo). Sobre los supuestos en que no es posible aplicar estos límites y las implicaciones que se derivan de ello, ver *supra* lección 28.

Con esta regulación sobre la posibilidad de acumulación de penas impuestas en procesos distintos, la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, viene a respaldar una consolidada exégesis jurisprudencial. En este sentido, la jurisprudencia había interpretado con mucha amplitud este concepto de conexión entre distintos hechos delictivos a los efectos de aplicar los límites que recoge el art. 76.1 CP. Así, se entendía que todos los delitos que fuesen imputados a una persona podían ser —o podrían haber sido— objeto de enjuiciamiento conjunto, de manera que únicamente se excluían los hechos delictivos que pretendían acumularse a otros que ya habían sido enjuiciados existiendo, por consiguiente, una previa sentencia firme y anterior a esos hechos que pretendían acumularse (ver, entre otras, las 179/2015, de 24 de marzo, 116/2015, de 10 de marzo y STS 197/2006, de 28 de febrero).

4.2. La determinación de la pena en el concurso ideal y medial

En los casos en que un solo hecho constituya dos o más delitos (concurso ideal), o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro (concurso medial), hay que estar a lo dispuesto por el art. 77.1 CP. Tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, este precepto diferencia, a los efectos del proceso de determinación de la pena, entre el concurso ideal y el concurso medial, como seguidamente se explica.

4.2.1. *La determinación de la pena en el concurso ideal*

En los casos de concurso ideal (art. 77.2 CP), 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 así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado y se procederá, por tanto, del mismo modo que en el concurso real. Es decir, que en los casos de concurso ideal, hay que aplicar la regla de la exasperación (aplicar la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior), salvo que resulte más beneficioso aplicar la regla de la acumulación (la que corresponde al concurso real). Ello para evitar que el concurso ideal se castigue con pena más grave que el real. Estas previsiones obligan a aplicar ambas reglas para poder comprobar cuál es la que resulta más beneficiosa para el penado.

A) Regla de la exasperación

Para saber qué pena es la más grave de las previstas para las distintas infracciones habrá que proceder a su comparación tomando como referencia el marco penal concreto que surge de la toma en consideración, cuando se trate de delitos dolosos graves y menos graves, 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 (ver, entre otras muchas, las SSTS 907/2006, de 19 de septiembre, y 135/2000, de 31 de enero), y calculando la mitad superior de dicho marco.

Si las penas así valoradas resultan iguales por ser de la misma naturaleza y duración, se podrá optar por cualquiera de ellas. Cuando son de la misma naturaleza y de diferente duración habrá que optar, obviamente, por la que tenga una duración mayor. El problema surge cuando las penas comparadas son heterogéneas, en cuyo caso habría que remitirse al catálogo de penas que recoge el art. 33 CP por razón de su gravedad y procurar, en la medida de lo posible, oír al reo.

La idea de dar audiencia al reo en estos casos responde a una interpretación analógica del art. 2.2 CP que prevé ese trámite al regular la aplicación retroactiva de la ley penal posterior más favorable.

Una vez que se identifica la pena correspondiente a la infracción más grave, se aplica la misma en su mitad superior.

B) Regla de acumulación

Para evitar que por la regla de 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 hubiera 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 concurran en el caso concreto (ver *infra* último apartado de la presente lección). La pena resultante podrá operar como límite punitivo infranqueable.

Ej. 32.17: Maribel, en el curso de una manifestación no autorizada y tras cierto forcejeo con un policía en el que le mostró que llevaba un puño americano, le golpea con el mismo en el pómulo izquierdo. Como consecuencia del impacto, el policía sufre una fractura que requiere para su curación asistencia facultativa y tratamiento médico quirúrgico, y que le provoca deformidad. La conducta realizada por Maribel es simultáneamente constitutiva de un delito de lesiones del art. 150 CP, castigado con la pena principal de prisión de 3 a 6 años, y un delito de atentado del art. 550.1 CP, castigado con las penas de prisión de 1 a 4 años y multa de 3 a 6 meses. Maribel actúa como autora inmediata, las infracciones están consumadas y se considera que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. En tal caso, para determinar e individualizar la pena a aplicar, procede realizar los siguientes cálculos:

- Regla de la acumulación: Los marcos penales concretos que le corresponden a Maribel como autora de infracciones consumadas y sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, coinciden con los marcos penales abstractos. Respecto del delito de lesiones dicho marco es de 3 a 6 años de prisión. Respecto del delito de atentado dicho marco es de 1 a 4 años de prisión y multa de 3 a 6 meses. Imaginemos que, en atención a las circunstancias que se deben tomar en consideración a efectos de individualizar la pena, el juez impone a Maribel una pena de prisión de 4 años por el delito de lesiones (en atención a la gravedad de dichas lesiones y al instrumento empleado para causarlas), y otras de 1 año de prisión y 3 meses de multa (a razón de una cuota diaria establecida en función de la capacidad económica de Maribel) por el delito de atentado. La pena que surge de la acumulación sería por tanto de 5 años de prisión y 3 meses de multa.
- Regla de la exasperación: La pena correspondiente a la

infracción más grave sería la del delito de lesiones que va de 3 a 6 años de prisión. El marco penal concreto coincide con el referido marco abstracto pues nos encontramos con una autora de una infracción consumada y no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Para aplicar la regla de exasperación, calculamos la mitad superior de dicho marco que es de 4 años 6 meses y 1 día a 6 años de prisión.

En este caso, el juez tomaría como referencia la pena de prisión acumulada (5 años de prisión) de manera que podría imponer cualquier pena comprendida entre la misma y el límite mínimo que surge de la exasperación, que es de 4 años 6 meses y un día de prisión. De este modo, se respeta el mandato del art. 77.2 CP según el cual la pena a imponer no puede *«exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones»*.

4.2.2. La determinación de la pena en el concurso medial

Según el art. 77.3 CP, en los casos de concurso medial se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, 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. Dentro de estos límites el tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el art. 66 CP. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

Esta regulación es fruto de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, que modificó las reglas de determinación de la pena en casos de concurso medial y suscita algunos problemas de interpretación que se expondrán al hilo del siguiente ejemplo.

Ej. 32.18: Supongamos que Marcial es considerado responsable penal como autor de un delito de detenciones ilegales del art. 163.1 CP (castigado con pena principal de prisión de 4 a 6 años) en concurso medial con un delito de violación del art. 179 CP (castigado con pena principal de prisión de 6 a 12 años). Ambas infracciones están consumadas y no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. En tal caso se podría proceder del siguiente modo a efectos de determinar la pena a aplicar:

— Primero calculamos la pena que le habría correspondido a Marcial por la infracción más grave que es el delito de violación. El marco penal concreto coincide con el abstracto, dado que estamos ante un autor de una

infracción consumada y no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. El marco penal concreto es, por tanto, de prisión de 6 a 12 años. El juez, al individualizar la pena que le corresponde a Marcial, podrá elegir cualquiera que se encuentre comprendida dentro de ese intervalo y para tomar esa decisión, se tendrá que guiar por los criterios que se explican en el último apartado de la presente lección. Supongamos que el juez impone a Marcial la pena de 7 años de prisión por el delito de violación. Como estamos ante un concurso medial, sabemos que la pena que finalmente se le imponga a Marcial tendrá que ser necesariamente más grave que la de 7 años de prisión, que es la que le habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave de las dos que ha cometido. Pero nos falta calcular el límite máximo que puede alcanzar la pena con la que se termine condenando a Marcial. Dicha pena, tal y como se establece en el art. 77.3 CP, *«no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos»*, lo que nos obliga a aplicar la regla de acumulación.

— Regla de la acumulación: Los marcos penales concretos que le corresponden a Marcial al tratarse de un autor de infracciones consumadas sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, coinciden con los marcos penales abstractos, de manera que, respecto del delito de detención ilegal, dicho marco es de 4 a 6 años de prisión y de 6 a 12 años de prisión, respecto de la violación. Imaginemos que, en atención a las circunstancias que se deben tomar en consideración a efectos de individualizar la pena, el juez impone a Marcial una pena de prisión de 4 años por las detenciones ilegales y otra de 7 años de prisión por la violación. La pena que surge de la acumulación sería por tanto de 11 años de prisión.

— Así las cosas, tenemos ya el marco penal que corresponde aplicar en este supuesto de concurso medial de infracciones. La pena debe ser superior a 7 años de prisión e inferior o igual a 11 años de prisión. Dentro de estos límites, según el art. 77.3 CP, *«el tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el art. 66 CP»*. En el caso que nos ocupa, esto significa que se debe tener en cuenta lo establecido en el art. 66.1.6, de manera que el juez aplicará la pena *«en la*

extensión que estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». Es decir, que el juez podrá imponer, en atención a esos criterios, cualquier pena comprendida en el intervalo anteriormente indicado: pena de prisión superior a 7 años e inferior a 11 años.

La referencia al art. 66 CP en este contexto genera cierta confusión. Ello porque las reglas de determinación de la pena en materia de concursos de infracciones son aplicables a toda clase de infracciones, pero no así las contenidas en el art. 66.1 CP, que solo rigen para delitos dolosos graves y menos graves (ver art. 66.2 CP). Así las cosas, cuando estemos ante un concurso medial de infracciones y hallamos calculado el marco penal conforme al procedimiento explicado, ¿tendremos que tener en cuenta las reglas del art. 66 CP en todo caso para individualizar la pena, o solo cuando el concurso se dé entre delitos dolosos graves y menos graves? Parece que, en atención a lo previsto por el art. 66.2 CP, esta segunda opción sería la correcta. No obstante y dado que algunas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal pueden, de hecho, concurrir en toda clase de infracciones (aunque después, según la clase de infracción de que se trate, no se puedan tener en cuenta a efectos de determinación de la pena a imponer), la cuestión no deja de resultar confusa.

— Por último, dispone el art. 77.3 CP en su último inciso que, *«en todo caso, la pena impuesta no puede exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior»*. El «artículo anterior» al que se refiere el art. 77.3 CP, es el art. 76 CP y el mismo determina los límites de cumplimiento máximo efectivo de condena en supuestos de concurso real de infracciones que, como se explicó anteriormente, pueden ser distintos según los casos. En este sentido y en aras de la claridad, hubiera sido deseable que el legislador de 2015 se refiriera a «límites», en plural, y no «de duración», sino «de cumplimiento máximo efectivo», pues a ellos y no a otros alude expresamente el art. 76 CP. El caso que nos ocupa no plantea, a este respecto, problema alguno, pues la pena máxima que se le

podría imponer al sujeto, 11 años de prisión, sería en todo caso inferior al triple del tiempo correspondiente a la pena más grave de las que se le hubieran impuesto (el triple de 7 años de prisión es 21 años). Tampoco esa pena máxima excede del resto de los límites de cumplimiento máximo efectivo que prevé el art. 76 CP.

4.3. Reglas de determinación de la pena en supuestos de continuidad delictiva

El art. 74 CP, modificado por la reforma de LO 15/2003, de 25 de noviembre, regula el delito continuado en los términos analizados en la lección 26. A efectos de determinación de pena el mencionado precepto establece dos regímenes distintos:

1. Cuando la continuidad delictiva no lo es de infracciones [Como ya se advirtió en la lección 26, el art. 74.1 CP se sigue refiriendo al «delito o falta continuados». La referencia a las faltas constituye un error del legislador de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ya que dicha ley suprimió esta clase 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 (art. 74.1 CP).
2. 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, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados en la extensión que estime conveniente si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas —supuesto conocido como delito masa— (art. 74.2 CP).

Esta segunda regla relativa a la continuidad delictiva permite hacer la siguiente distinción:

Cuando las distintas infracciones patrimoniales no sean constitutivas de delito masa, la pena se aplicará teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Lo que persigue esta regulación es que la valoración conjunta de las distintas infracciones se traduzca en una agravación de la responsabilidad penal que hubiera correspondido a cada una de las infracciones individualmente, a fin de que la continuidad delictiva no pierda virtualidad.

Ej. 32.19: Cuando cada acción por separado sea constitutiva de un delito leve de hurto del art. 234.2 CP por ser el valor de lo hurtado inferior a 400 €, pero el perjuicio

total causado por todas ellas supere esa cantidad. De este modo, dicha valoración conjunta conduce a la aplicación del delito menos grave de hurto del art. 234.1 CP, que tiene prevista una pena de mayor gravedad que el delito leve.

En los casos en que no se pudiera apreciar la agravación descrita (conjunto de delitos leves contra el patrimonio que ni conjuntamente considerados constituyen una infracción de gravedad superior porque el perjuicio total causado no supera los 400 €), es de esperar que la jurisprudencia permita aplicar la regla del art. 74.1 CP e imponer la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado. Ello porque esa es la práctica que se seguía antes de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, cuando un sujeto cometía una pluralidad de lo que entonces se consideraban faltas de hurto (del derogado art. 623.1 CP), sin que la suma conjunta de lo hurtado superase los 400 € (ver, entre otras, la STS 448/2000, de 31 de julio). De lo contrario, la apreciación de la continuidad delictiva no tendría repercusión penológica alguna. Lo que no cabe es agravar por valoración conjunta (conjunto de delitos leves que se califican como delito menos grave porque el valor de lo hurtado supera los 400 €) y por aplicación del art. 74.1 CP, pues ello constituye una vulneración del *ne bis in idem*.

La apreciación de la continuidad delictiva en casos de delitos patrimoniales no masa tampoco tiene repercusión alguna cuando la consideración conjunta de todas las infracciones no produzca ninguna agravación punitiva, más allá de la que permite apreciar el delito menos grave frente al leve.

Ej. 32.20: Juan Carlos, aprovechando idéntica ocasión, comete tres delitos menos graves de estafa del art. 248.1 en relación con el 249 CP. El perjuicio total causado de esas tres infracciones no implica agravación alguna (no permite que la consideración conjunta de los hechos suponga la apreciación de un delito grave) de manera que, de seguirse la regla del art. 74.2 CP, la apreciación de la continuidad delictiva no tendría consecuencia punitiva alguna dado que, en tal caso, a Juan Carlos se le castigaría con la misma pena que le habría correspondido de haber cometido un único delito. En estos casos, también se puede aplicar la regla del art. 74.1 CP cuando la proporcionalidad de la pena así lo requiera (ver Acuerdo TS

Pleno no jurisdiccional Sala 2ª. de 30 de octubre de 2007).

La regla del art. 74.2 CP que, en casos de delitos patrimoniales, exige imponer la pena en atención al perjuicio total causado, no pierde virtualidad cuando la consideración conjunta de las distintas infracciones sí produce agravación, pese a que no nos encontremos ante un supuesto de delito masa.

Ej. 32.21: Si el valor total de lo defraudado, tomando en consideración las tres estafas que comete Juan Carlos en el Ej. 32.20, fuera de 55.000 euros, la pena a imponer es la prevista por el art. 250.1 CP para el tipo agravado de estafa. Dicha pena es mayor que la prevista para cada una de las estafas individualmente consideradas.

En caso de delito masa, la subida es de al menos un grado y potestativamente de dos. Esta regulación hace que la continuidad delictiva en los supuestos de delito masa no pierda nunca virtualidad y no sea preciso recurrir a la regla contenida en el art. 74.1 CP.

5. EL PROBLEMA DEL ORDEN EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Hasta ahora, se han explicado los siguientes factores que inciden en la determinación de la pena:

- La infracción o infracciones penales que se hayan cometido. Su identificación resulta imprescindible para determinar el marco penal abstracto.
- El grado de ejecución, la forma de participación y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (este último factor solo rige para delitos dolosos graves y menos graves). En caso de delitos leves y delitos imprudentes, solo tienen incidencia los dos primeros factores (salvo por lo que respecta a las reglas que rigen cuando concurre una eximente incompleta) y, cuando se trata de delitos imprudentes, la referida incidencia es limitada en la práctica.
- Las reglas que rigen en materia de concursos de infracciones y de delito continuado.

El Código penal, a efectos de calcular el marco penal concreto sobre el que debe operar la individualización judicial, no especifica el orden en que deben aplicarse estas reglas. La cuestión no es baladí puesto que el orden en que se apliquen estas normas puede incidir en la gravedad del castigo que acabe imponiéndose. La opción que se expone a

continuación es una de las posibles y, como tal, ha de tomarse. Se trata de la más sencilla y lógica a juicio de los autores de este Curso que, en aras de la claridad expositiva, no han querido incluir otras alternativas.

En cualquier caso, existe un alto grado de consenso sobre el orden en que se deben aplicar las reglas de determinación de la pena en los casos de unidad delictiva y de concurso real. La cuestión resulta más controvertida en los casos de concursos ideal y medial y de continuidad delictiva.

5.1. El orden de las reglas de la determinación de la pena en los casos de unidad delictiva y de 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. En tal caso, el orden que proponemos seguir es el siguiente:

1. Calcular el marco penal abstracto acudiendo a la regulación de la concreta figura delictiva en la Parte especial.
2. Calcular el marco penal concreto teniendo en cuenta, con las particularidades que afectan a los delitos imprudentes y a los delitos leves, los siguientes factores en el orden que seguidamente se describe:
 - a) Grado de ejecución del delito.
 - b) Forma de intervención en el delito por parte del sujeto responsable.
 - c) Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal incluyendo, en este sentido, el efecto atenuatorio del error de prohibición vencible del art. 14.3 CP que afecta a toda clase de infracciones penales.
3. Proceder a la individualización de la pena, fijando una cantidad exacta de la misma necesariamente 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 como si se tratase de infracciones independientes. Individualizadas las penas tras la realización de este proceso, se procederá a su acumulación y ejecución teniendo en cuenta las reglas de los arts. 73, 75 y 76 CP que ya fueron analizadas.

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, teniendo en cuenta la exigencia del art. 77.2 CP, es preciso aplicar la regla de acumulación, propia del concurso real, para comprobar que la regla de la

exasperación (aplicar la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior) no resulta perjudicial para el reo. La pena individualizada conforme a la acumulación podrá operar, según los casos, como barrera punitiva infranqueable al castigar esta clase de concurso de infracciones (ver *supra* Ej. 32.17).

En casos de concurso medial, habrá que seguir las reglas del art. 77.3 CP que fueron analizadas (ver *supra* Ej. 32.18).

5.3. El orden de las reglas de determinación de la pena en la continuidad delictiva

En estos casos se pueden diferenciar tres posibilidades:

1. Que se trate de una infracción patrimonial no masa respecto de la que no quepa aplicar la regla contenida en el art. 74.1 CP. 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 tomará como punto de partida el marco penal que le reserve la ley en la Parte especial y seguidamente se procederá como si se tratase de una única infracción igual que en los casos de unidad delictiva.
2. Que se trate de una infracción no patrimonial o patrimonial en la que proceda aplicar la regla del art. 74.1 CP. En estos casos habrá que calcular el marco penal concreto de todas las infracciones cometidas por el sujeto como si se tratase del concurso real y después proceder a aplicar la pena de la más grave en su mitad superior, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado. Sobre este marco penal, así calculado, el juez procederá a la individualización.
3. Que se trate de un delito patrimonial masa (art. 74.2 CP). 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 tomará como punto de partida el marco penal que le reserve la ley en la Parte especial y seguidamente se procederá como si se tratase de una única infracción igual que en los casos de unidad delictiva para calcular el marco penal concreto que se elevará después uno o dos grados por efecto del delito masa. El juez procederá a la individualización dentro de este marco penal agravado en uno o dos grados.

6. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONCRETA EN LA SENTENCIA

6.1. Los factores de la individualización judicial de la pena

Una vez se que se ha fijado el marco penal concreto en atención a todos los factores que a tal efecto se deben tener en cuenta, el juez deberá imponer al sujeto responsable la pena o penas exactas que deben quedar comprendidas dentro de los límites mínimo y máximo del referido marco penal concreto. Esta decisión es conocida como individualización judicial de la pena y está presidida por el arbitrio judicial.

El Código penal vigente no contiene una disposición de alcance general que establezca los criterios que ha de seguir el juez para la individualización de la pena en sentencia. No obstante, se suelen tomar como referencia, a este respecto, la mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, factores estos que rigen en otras fases de la determinación de la pena (ver, entre otros, los arts. 66.1 —reglas 2ª, 5ª y 6ª—, 62 y 68 CP).

Si estos criterios se interpretan de acuerdo con los fines que la pena tiene atribuida de acuerdo con la Constitución, 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.

Así pues, por un lado, la pena tiene que reflejar la gravedad del hecho cometido. Esta gravedad, en nuestro sistema, depende del mayor o menor contenido de lo injusto del mismo y de la culpabilidad del autor. Estos factores, junto con los que guardan relación con la punibilidad, se tienen en cuenta en las fases anteriores de la determinación de la pena y reflejan la orientación en parte retributiva en la que se inspira nuestro sistema para fijar los contornos de la intervención punitiva (infracción penal realizada, grado de ejecución, forma de intervención, circunstancias atenuantes, agravantes, etc.). Esos contornos quedan reflejados precisamente en los límites mínimo y máximo del marco penal concreto que debe siempre respetar el juez en el momento de la individualización.

Ahora bien, si la gravedad del hecho ya ha sido tomada en cuenta en la determinación del marco penal concreto, ¿cómo la debe valorar el juez a la hora de individualizar la pena? Según algunos, realizando una consideración más detallada de los aspectos del comportamiento indicativos de esa gravedad o bien valorando circunstancias de esa naturaleza que hasta entonces no se hubiesen considerado. Todo ello puede hacer que la pena concreta impuesta por el juez en sentencia se acerque más al límite mínimo o al límite máximo del marco penal concreto pero

nunca podrá rebasarlos, respectivamente, por defecto o por exceso.

Por otro lado, la pena debe cumplir con su finalidad preventiva respetando siempre los límites que marca la orientación retributiva reflejada en el principio de proporcionalidad. Ello no tiene por qué implicar un conflicto desde el punto de vista de la prevención general: la pena que guarda relación con la gravedad de los hechos que castiga es más eficaz en este sentido.

Por su parte, las exigencias preventivo especiales no pueden servir para imponer penas que superen el límite máximo del marco penal concreto establecido en función de la gravedad del hecho y de la culpabilidad del autor, por mucho que las mismas aconsejen hacerlo por razón, por ejemplo, de la especial peligrosidad del mismo (a este respecto hay que tener en cuenta lo que se explicará en relación con la libertad vigilada, que puede imponerse como medida de seguridad a determinados delincuentes por razón de la peligrosidad que se les atribuye en atención a la naturaleza del delito cometido —ver *infra* lección 34 —). Lo que sí se puede hacer es imponer la pena mínima del marco penal concreto en aras de la prevención especial, sobre todo cuando ello es aconsejable para lograr la resocialización del delincuente, y restando importancia, en este sentido, a la concreta gravedad que puedan tener los hechos.

La necesidad preventivo especial se valora en atención de las ya mencionadas «circunstancias personales del delincuente», expresión que no solo se vincula, por tanto, a su grado de culpabilidad, sino a todos los factores indicativos de su potencial resocializador y de su riesgo de reincidencia, tales como su situación personal, familiar y laboral, etc. La orientación retributiva puede, en determinados casos, ceder aún más a favor de la prevención especial en su vertiente resocializadora durante la fase ulterior de la ejecución de la pena, a través de su suspensión, cuando se trate de penas privativas de libertad (ver *infra* lección 33), o mediante el acceso al tercer grado y a la libertad condicional (ver, respectivamente, lecciones 29 y 33).

6.2. Necesidad de razonar el grado y la extensión concreta de la pena

El hecho de que tanto la individualización de la pena como ciertos aspectos de su proceso de determinación queden en manos del arbitrio judicial, no significa que los jueces no deban motivar las decisiones que tomen en el ejercicio de estas competencias. Precisamente este deber de motivación es más intenso cuando se trata de decisiones sometidas a la discrecionalidad, tal y como ha señalado el Tribunal

Constitucional al poner de manifiesto que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el juez no constituye, por sí mismo, justificación suficiente de la decisión que finalmente adopte (ver STC 108/2001, de 23 de abril).

Así, el art. 72 CP establece que los jueces y tribunales, en la aplicación de la pena, razonarán en sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta. Este precepto constituye un reflejo particular del mandato constitucional contenido en el art. 120.3 CE, que exige que las sentencias sean siempre motivadas. Ello, trasladado al plano que ahora nos ocupa, significa que el juez en sentencia debe reflejar, razonadamente y de manera comprensible, todo el proceso de determinación de la pena: desde la fijación del marco penal abstracto, en atención a la figura delictiva en cuestión, 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, que deben ser las que marca la ley y la Constitución en el sentido apuntado a lo largo de la presente lección.

Ya se sabe, por ejemplo, que la pena exacta que el juez imponga al sujeto tiene que guardar relación con la gravedad de los hechos por él cometidos y con su grado de culpabilidad y que, en aras de la prevención especial, no se pueden imponer penas que rebasen los límites que determinan estos criterios retributivos. Semejantes exigencias, reflejadas en reiterada jurisprudencia (ver, entre otras muchas, las SSTS 26/12/2008 y 30/12/2009), constituyen una garantía no solo para el delincuente, sino también para la víctima y la sociedad en su conjunto que se ve afectada por el delito. En este sentido, la tutela judicial efectiva, garantizada por el art. 24.1 CE, pasa porque los jueces y tribunales exterioricen las razones en las que basan sus decisiones (ver SSTC 21/2008, de 30 de enero y 136/2003, de 30 de junio).

Esta necesidad de motivación permite, a su vez, el control de la racionalidad y la corrección técnica de la sentencia condenatoria por parte del tribunal que vaya a revisarla, si la misma es objeto de recurso. A este respecto, el control en casación se ciñe a comprobar si el tribunal sentenciador ha motivado con suficiente extensión la pena impuesta y si sus razones se ajustan a los mandatos que, a tal efecto, establecen la ley y la Constitución (ver, entre otras, las SSTS 115/2015, de 5 de marzo, 703/2013, de 8 de octubre y 294/2012, de 26 de abril). Esta exigencia de motivación se torna más intensa en la medida en que la pena impuesta se aparte del mínimo previsto en el marco penal (ver, entre otras, la STS 201/2006, de 1 de marzo).

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

Como se indicó en lecciones anteriores, la pena de prisión presenta muchos inconvenientes que resultan especialmente graves cuando su duración es excesivamente larga o demasiado corta (ver *supra* lección 28). Desde el último cuarto del siglo XX, la inmensa mayoría de los sistemas penales tratan de hacer frente a esta problemática de diversas maneras:

1ª. Una de las líneas político criminales que siguió, en su origen, el vigente Código penal en 1995 fue la de evitar las penas de prisión inferiores a seis meses y procurar que las derogadas faltas (parte de las cuales son hoy delitos leves) y los delitos menos graves se castigasen con penas no privativas de libertad, tales como los trabajos en beneficio de la comunidad o la multa. Más tarde, con la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, aparece la pena de localización permanente, que se presenta como pena privativa de libertad que evita muchos de los inconvenientes que acompañan a la prisión.

Ya se advirtió que esta línea ha sido contrarrestada por las siguientes Leyes Orgánicas: LO 7/2003, de 30 de junio, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, LO 15/2003, de 25 de noviembre, LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo. En todas ellas se apuesta por un aumento del rigor punitivo que pasa, en ocasiones, 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.

2ª. El Código penal vigente permite, siempre que se den determinados requisitos, evitar la efectiva aplicación de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia a través de la suspensión de su ejecución.

Antes de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, la efectiva 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 los trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, con este cambio legislativo desaparece el sistema general de sustitución que regulaba el derogado art. 88 CP y la sustitución de la pena privativa de libertad, en sentido estricto, subsiste solo para dos supuestos específicos a los que se hizo mención en lecciones anteriores (ver *supra* lección 27): la sustitución de la pena de prisión inferior a 3 meses en los términos del art. 71.2 CP y, en determinados supuestos, la sustitución de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros, prevista en el art. 89 CP, que se analiza, más adelante, en la presente lección.

Como habrá ocasión de comprobar, la sustitución de las penas privativas de libertad por otras «prestaciones o medidas» se prevé en el orden vigente, con carácter general, como una de las posibles condiciones a las que se puede someter la suspensión de la ejecución de dichas penas. No obstante, en este contexto, no estamos ante una sustitución en sentido estricto equiparable a la que regulaba el derogado art. 88 CP. Por ello y pese a lo que afirma el legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, no se mantienen los supuestos de sustitución que existían antes de esta reforma. Ello por varios motivos:

- En primer lugar, se advierte, desde un punto de vista formal, que no estamos ante «penas» sustitutivas pues el legislador se refiere a las mismas como «medidas o prestaciones», por mucho que las mismas puedan consistir, materialmente, en penas de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 84.1.2 y 3 CP).
- La imposición de una medida o prestación sustitutiva se puede acordar en el seno del correspondiente régimen de suspensión, cuyo plazo es independiente del cumplimiento de dicha medida o prestación. Es decir, que el penado sigue sometido al régimen de suspensión aunque haya terminado de cumplir la medida o prestación sustitutiva. Por ello, a diferencia de lo que sucede con los supuestos de sustitución de penas en sentido estricto, el cumplimiento de la medida sustitutiva no extingue la responsabilidad penal por cumplimiento de condena [ni siquiera cuando la misma equivale a la totalidad de la pena cuya ejecución se ha suspendido (algo que solo se puede dar en el marco del régimen especial de suspensión que prevé el art. 80.3 CP)].
- El cumplimiento de la medida o prestación sustitutiva nunca es la única condición a la que se somete la

suspensión, pues la suspensión queda siempre condicionada, como mínimo, a que el penado no sea condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión, en los términos del art. 86.1.a) CP. Conforme al régimen general del derogado art. 88 CP, el cumplimiento de la pena sustitutiva podía ser la única obligación que debía cumplir el penado.

— A los efectos que ahora nos ocupan y con carácter general, no cabe, aplicando los criterios de sustitución previstos en el art. 84 CP, sustituir la pena privativa de libertad en su totalidad sino solo un porcentaje de la misma, concretamente dos tercios (solo cuando la sustitución se impone como condición de la suspensión acordada para penados con antecedentes penales para los que rige un régimen especial, puede la medida sustitutiva alcanzar la magnitud total de la pena suspendida, teniendo en cuenta las reglas de sustitución —ver art. 80.3 CP—).

— El mero incumplimiento de la medida o prestación sustitutiva no implica la automática revocación de la suspensión y la consiguiente imposición de la pena privativa de libertad cuya ejecución fue suspendida.

— La medida o prestación sustitutiva puede siempre ser objeto de variación y sustitución durante el plazo de suspensión. A este respecto hay que recordar que el régimen anterior a 2015, previsto en el derogado art. 88 CP, no permitía que las penas sustitutivas fuesen, a su vez, sustituidas por otras.

La supresión, con la derogación del art. 88 CP, del régimen general de sustitución de penas de prisión reduce las posibilidades de encontrar alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración. Ello porque dicho sistema no requería, como sí lo hace con carácter general el vigente sistema de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que tiene lugar antes del comienzo dicha ejecución, que el penado fuese delincuente primario (solo se exigía, en este sentido, que el mismo no fuese reo habitual en los términos del art. 94 CP). Esta limitación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se intenta paliar de dos maneras. Por un lado, restringiendo el concepto de antecedente penal susceptible de ser relevante a efectos de suspensión en el sentido que más adelante se detallará. Por otro, permitiendo que los penados con antecedentes penales relevantes a efectos de suspensión puedan, «excepcionalmente», beneficiarse de la suspensión cuando se den una serie de circunstancias, en su mayoría de

subjetiva apreciación por parte del juez o tribunal, similares a las que se exigían en el derogado régimen del art. 88 CP. Con todo, la situación no es equivalente a la que existía con anterioridad a la reforma, puesto que el acceso a la suspensión, en estos casos, se prevé como excepcional y queda en manos del arbitrio judicial valorar la relevancia de los antecedentes penales a efectos de acordar o no la suspensión. A ello hay que añadir el hecho de que, tras la reforma de 2015, aumentan, con carácter general, las circunstancias que el juez o tribunal han de valorar a efectos de decidir sobre la suspensión y se endurece el régimen de la misma: las condiciones a las que se puede someter la suspensión, más allá de la de no ser condenado por la comisión de delitos cometidos durante el plazo de suspensión, aumentan en número y en gravedad y se pueden imponer en todos los casos, con independencia de la naturaleza de la pena cuya ejecución se suspende; la inobservancia de estas condiciones puede dar lugar a la revocación de la suspensión, aunque no se trate de un incumplimiento reiterado ni grave. Por otro lado, aumenta en general el margen de discrecionalidad del juez o tribunal sentenciador y se reduce, en consecuencia, la seguridad jurídica.

3ª. A fin de evitar las penas de prisión excesivamente largas, la legislación vigente establece mecanismos para acortar el periodo de cumplimiento de la prisión dentro del centro penitenciario. A este respecto, se deben recordar los efectos de la clasificación en tercer grado penitenciario (ver *supra* lección 29). No obstante, el acceso al tercer grado no supone la suspensión de la pena de prisión, sino que constituye una forma de cumplimiento de la misma. La concesión de la libertad condicional, sin embargo, se define ahora, tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, como una forma de suspensión de las penas de prisión y de prisión permanente revisable que acaece durante su ejecución. Por este motivo se estudia en la presente lección.

Con todo, es preciso recordar que nuestro sistema permite que las penas de prisión se cumplan, en ciertos casos, íntegramente dentro del centro penitenciario, sin que el penado sea clasificado en el tercer grado, ni acceda a la libertad condicional (ver *supra* lección 28). Asimismo, las normas que rigen en materia de ejecución de la pena de prisión permanente revisable pueden abocar, en muchos casos, a que la misma se convierta en una pena de prisión perpetua (ver *supra* lecciones 27 y 28).

II. LA SUSPENSIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y FUNDAMENTO

El presente apartado tiene por objeto el estudio de los dos sistemas de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, previstos en el vigente Código penal: el establecido para evitar la efectiva ejecución de las penas privativas de libertad impuestas en sentencia, y 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, como regla general, 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. Ello se refleja en el *quantum* de la pena impuesta cuya ejecución se pretende suspender que, tratándose de una pena ya individualizada por el juez, refleja todas las circunstancias relevantes en el proceso de determinación de la pena (ver *supra* lección 32). Por otro lado, la respuesta punitiva que recibe el penado en lugar de la privación de libertad a través de la suspensión debe satisfacer, no obstante, las exigencias preventivo especiales, sobre todo las de vertiente resocializadora.

Hay sujetos con escaso potencial delictivo y considerablemente integrados en la sociedad, para los que la privación de libertad resulta, en este sentido, contraproducente por el efecto desocializador que les podría provocar, sobre todo si se cumple en un centro penitenciario. En tales casos, la aplicación del régimen de suspensión puede evitar la comisión de futuros delitos por parte de estos individuos sin provocar los efectos desocializantes y estigmatizantes de la privación de libertad en el ámbito penitenciario.

En este contexto la suspensión se perfila, en definitiva, como la solución a un conflicto que se produce a veces entre los fines y funciones que las penas están llamadas a cumplir. Por un lado, existen infracciones de no excesiva gravedad que la ley castiga con pena privativa de libertad pues dicha respuesta es la más acorde con las exigencias retributivas y de prevención general (dado que, aunque no excesiva, la gravedad de la infracción en abstracto justifica el empleo de este tipo de pena). Sin embargo, esa misma ley permite renunciar a la retribución y a la prevención general aplicando una respuesta menos lesiva para el penado que permite, no obstante, satisfacer las

exigencias de prevención especial. Se trata de no privar al individuo de su libertad, valor fundamental según el art. 1 CE, siempre que sea posible, renunciando a la pena de privación de libertad cuando la misma no resulta estrictamente necesaria en el caso concreto.

Por su parte, la libertad condicional constituye un componente esencial del sistema penitenciario progresivo y de individualización científica (art. 72.1 LOGP), que no solo sirve para acortar el tiempo de cumplimiento de la prisión en el medio carcelario, sino que también permite que esta pena pueda orientarse, en efecto, hacia la reinserción y reeducación del penado tal y como dispone el art. 25.2 CE. Y es que difícilmente se puede preparar al interno para una vida en libertad dentro de la sociedad si no se permite su contacto con la misma antes de que haya cumplido la condena.

2. LA SUSPENSIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD PREVIA A SU EJECUCIÓN

2.1. Descripción general del modelo

También conocida como «condena condicional», la suspensión de las penas privativas de libertad se regula en la Sección 1, Capítulo III, Título III del Libro I, arts. 80 a 87 CP, como una de las «*formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad*». En su virtud, 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.

Pese a que suele hablarse, como de hecho se hace en ocasiones en este Curso, de «*suspensión de la pena privativa de libertad*», no es la pena sino su ejecución la que queda en suspenso, pues el sujeto sigue estando condenado a pesar de la suspensión (STS 450/2014, de 24 de mayo). Es por ello que algunos consideran que esta decisión forma parte del proceso de determinación de la pena en sentido amplio, dado que afecta al modo en que la misma se ha de cumplir (ver *supra* lección 32).

Transcurrido el plazo y cumplidas dichas condiciones, se considera extinguida la responsabilidad penal sin necesidad, por tanto, 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 (art. 87.1 CP) que extingue la responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el art. 130.3 CP.

La decisión de suspender la pena debe llevarse a cabo de forma motivada por el juez o tribunal en sentencia, siempre que fuera

posible. En los demás supuestos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, el juez o tribunal decidirán sobre su concesión a la mayor urgencia y previa audiencia de las partes (ver art. 82.1 CP). En cualquier caso, la decisión de suspender la pena es siempre potestativa por parte del juez o tribunal sentenciador que, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, pueden o no adoptarla en atención a los siguientes factores (art. 80.1 CP):

- 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 del delito cometido, las personales del reo, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, 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 fueren impuestas.

Se advierte un aumento del número de factores a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la suspensión respecto de los que había que considerar antes de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo. Antes de este cambio legislativo, el juez o tribunal solo tenían que considerar, a efectos de decidir sobre la suspensión, la «peligrosidad criminal» del penado y la «*existencia de otros procedimientos penales contra éste*» (ver segundo párrafo art. 80.1 CP, tal y como estaba redactado con anterioridad a la reforma de 2015). A estos efectos, el Tribunal Supremo consideraba que la peligrosidad debía asociarse exclusivamente con el potencial de reincidencia que tuviese el sujeto respecto de la concreta infracción para la que se estuviese valorando la suspensión (ver STS 208/2000, de 18 de febrero). En la práctica, la peligrosidad también se relacionaba con el pronóstico de comisión de futuros delitos en general, para lo cual se debía tener en cuenta la trayectoria delictiva del sujeto anterior a la infracción respecto de la que se estuviera valorando la suspensión y las circunstancias personales, familiares y laborales del mismo que, en este sentido, resultasen relevantes (ver, entre otras, SAP Castellón 110/2004, de 20 de abril). También hay quien consideraba que la peligrosidad debía evaluarse de forma negativa, en el sentido de comprobar si la suspensión sería suficiente para lograr que el penado no volviera a delinquir (este es, precisamente, el primer criterio al que, en cierto modo, alude el legislador de 2015 como circunstancia a valorar para conceder la suspensión). Por otro lado y según

algunos, la existencia de otros procedimientos penales pendientes se debía tener en cuenta, a los efectos de no conceder la suspensión, en la medida en que cupiera entender que el penado podía intentar sustraerse a la acción de la justicia. En cualquier caso, es preciso poner de manifiesto que, en la práctica, cuando se cumplían los requisitos obligatorios que la ley establecía para la concesión de la suspensión, esta se acordaba de manera casi automática por parte de los jueces y tribunales. Por tanto, la relevancia de la peligrosidad del penado o de la existencia de esas penas pendientes, a los efectos de concesión de la suspensión, era prácticamente nula.

Valoradas estas circunstancias habrá que comprobar también si se cumplen los requisitos establecidos en la ley como necesarios para acordar la suspensión, los cuales pueden variar en función del régimen de suspensión de que se trate, como habrá ocasión de comprobar. También es importante dejar claro hasta dónde alcanzan los efectos de la suspensión. Dado que la misma implica que se ha dictado sentencia condenatoria, esta no deja de tener unas consecuencias: la suspensión no extingue la responsabilidad civil derivada del delito (art. 80.2.3 CP) ni afecta al cumplimiento de las penas accesorias.

Algunos entienden que la subsistencia de la responsabilidad civil refleja la consideración hacia los intereses de las víctimas que, en este sentido, no son incompatibles con la dulcificación de la respuesta penal que se consigue mediante la suspensión. Asimismo, la suspensión no afecta a las penas accesorias dado que ninguno de los preceptos que la regula se refiere a las mismas. Y es que, por un lado, estas penas no son privativas de libertad. Además, ciertos sectores doctrinales consideran que, cuando las penas accesorias guardan relación con el delito cometido, dado que inciden sobre derechos vinculados con el mismo, su fundamentación es distinta de la de la pena privativa de libertad a la que acompañan y, por tanto, quedan fuera del ámbito de la suspensión que afecta a esta.

Ej. 33.1: Quien comete un delito de lesiones (art. 147.1 CP) y es condenado a pena de prisión inferior a dos años, puede beneficiarse de la suspensión de dicha pena siempre que se den los requisitos que la ley establece a tal efecto. Ahora bien, la prohibición de aproximarse a la víctima que puede imponerse como accesoria a la pena principal de prisión en estos casos (ver arts. 57.1 y 48.2 CP), no se ve afectada por la suspensión pues dicha pena refuerza el

efecto preventivo especial, al dificultar que el penado vuelva a atentar contra la integridad física de la misma víctima, y no repercute negativamente en su resocialización.

Descritas las características comunes a los regímenes de suspensión previstos por el vigente Código penal, se procede a continuación al estudio de cada uno de los mismos.

2.2. El régimen general

Se rige por las reglas que seguidamente se explican.

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 (art. 80.1 CP). Ello significa que 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. Así pues, 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 multa (art. 80.2.2 CP).

La ley se refiere, por tanto, a la pena ya individualizada impuesta por el juez en sentencia, lo cual significa que la suspensión se puede acordar incluso en casos de comisión de delitos graves, castigados con penas graves pero cuyo *quantum* final haya quedado en dos o menos años de privación de libertad, tras el correspondiente proceso de determinación e individualización judicial.

También pudiera ocurrir que, tras un indulto parcial (ver *infra* lección 36), la duración de la pena privativa de libertad inicialmente impuesta se redujese a dos o menos años. En tal caso también se podría proceder a su suspensión si tenemos en cuenta la jurisprudencia anterior a la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo (ver ATS 29/05/2001). También sería posible la suspensión de la pena privativa de libertad de dos o menos años de duración que resultase de la revisión de sentencia por aplicación retroactiva de una disposición posterior más favorable (ver *supra* lección 3).

Por otro lado y como ya se apuntó, la actual redacción 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.

Esta posibilidad puede darse en los siguientes supuestos:

- a)** Cuando todas las penas se han impuesto en un mismo procedimiento.
- b)** Cuando las penas se hayan impuesto por la comisión de delitos distintos cuya sustanciación se haya llevado a cabo en procedimientos distintos, pero siempre que se den los requisitos que al efecto establece el art. 76.2 CP (en ciertos casos, por ejemplo, de concurso real —ver art. 76.2 CP y *supra* lecciones 26, 28 y 32—).

2.2.2. *Requisitos necesarios para dejar en suspenso la ejecución de la pena*

a) Que el condenado haya delinquirido por primera vez. No basta para excluir la posibilidad de suspensión la mera comisión previa de un delito, sino que el sujeto debe haber sido condenado previamente en sentencia firme por dicha comisión. Para determinar si el penado ha delinquirido por primera vez en los términos expuestos, no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 CP (ver art. 80.2.1 CP). Tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de junio, 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.

Este cambio implica que la mera existencia de antecedentes penales por delitos dolosos graves o menos graves no imposibilita necesariamente la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta. En el Preámbulo de la citada LO 1/2015 se afirma, a este respecto, que «...*La experiencia venía poniendo de manifiesto que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos la denegación de la suspensión, y que era por ello preferible la introducción de un régimen que permitiera a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión...*». También cabe pensar, tal y como se afirmó con anterioridad, que esta novedad trata de compensar la desaparición del régimen general de sustitución del que se podían beneficiar los condenados reincidentes que no fuesen reos habituales, sin necesidad de que para ello se debieran

valorar la naturaleza y circunstancias de tales antecedentes. Por tanto, el régimen fruto de la reforma de 2015 no deja de reducir, aunque solo sea por el peso que confiere en este sentido al arbitrio judicial, el acceso efectivo a alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración a los condenados reincidentes.

Por otro lado, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de mayo, y de acuerdo con lo establecido en el art. 94 CP bis, 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, salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo al Derecho español.

Este precepto responde a la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2008/675/JAI, a fin de establecer una plena equivalencia entre los antecedentes correspondientes a condenas impuestas por los tribunales españoles y las impuestas por cualesquiera otros tribunales de Estados miembros de la Unión Europea, tal y como se hace constar en el Preámbulo de la citada LO 1/2015.

b) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado. Tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, también es necesario que se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al art. 127 CP. De acuerdo con este cambio legislativo, estos requisitos se entenderán cumplidos cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles, de acuerdo con su capacidad económica, y de facilitar el decomiso acordado, siempre que sea razonable esperar que este compromiso sea cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. Asimismo, 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 (art. 80.2.3 CP).

La reforma de 2015 resulta, a este respecto, problemática. Ello por varios motivos. En primer lugar, el sistema no da respuesta, a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior, a los casos de insolvencia total o parcial por parte del condenado; es decir, en los casos en los que el mismo no puede cumplir con todo o parte de la responsabilidad civil en el momento en que se ha de decidir sobre la suspensión y tampoco asumir un compromiso de hacer lo propio en el futuro. Parece que, en tales supuestos, el acceso a la suspensión queda vedado, lo que

compromete al principio de igualdad teniendo en cuenta el desigual trato que reciben los penados en función de su capacidad económica. Por otro lado, resulta preocupante por injustificado que el «*impacto social del delito*» constituya un criterio a considerar para solicitar garantías al penado que aseguren el cumplimiento de las obligaciones que estamos analizando. Más allá de que la expresión es susceptible de muy diversas interpretaciones y de que se refiere a una circunstancia difícil de cuantificar de forma objetiva, la evidencia empírica demuestra que el impacto social del delito es objeto de constante manipulación por parte de los medios de información y de determinados sectores sociales, entre los que destacan los partidos políticos, principalmente los partidos políticos que ostenten el Gobierno (ver *supra* lecciones 27 y 28; ARROYO ZAPATERO). El impacto social del delito puede, por tanto, no guardar relación alguna con su gravedad y no ser más que un espejismo creado para satisfacer intereses completamente ajenos a los que deber servir el orden punitivo. En conclusión, puede resultar injusto, arbitrario e irracional exigir garantías para el cumplimiento de responsabilidades civiles derivadas del delito por razón del supuesto impacto social que se atribuya al mismo. En otro orden de cosas, cuando hay terceros que son responsables civiles directos o subsidiarios por los daños derivados de la conducta del condenado (arts. 117, 120 y 121 CP), la tardanza de los mismos en satisfacer dicha responsabilidad no debería retrasar la decisión en torno a la suspensión.

c) En los delitos que solo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80.6 CP).

2.2.3. Plazos de suspensión y cómputo

El art. 81 CP establece dos plazos de suspensión:

- a) De dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años.
- b) De tres meses a un año para las penas leves.

Dentro de los referidos marcos temporales, el juez deberá fijar la duración exacta del plazo de suspensión en atención a los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 80 CP (ver último inciso del primer párrafo del art. 81 CP), que fueron analizados *supra*.

De acuerdo con lo establecido en el art. 82.2 CP, 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. Por otro lado, no se computará como plazo de suspensión aquel 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 periodo de suspensión fijado por el juez o tribunal [art. 86.1.a) CP]. A estos efectos, es preciso que el sujeto sea condenado en sentencia firme. No obstante, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, para que el juez revoque la suspensión y ordene la ejecución de la pena, el nuevo delito cometido tiene que poner de manifiesto que la expectativa en la que se fundó la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

Tal y como se afirma en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, del mismo modo que la existencia de antecedentes penales no debe necesariamente impedir la suspensión, tampoco la comisión de delitos durante el plazo de suspensión debe, en todo caso, conllevar la revocación de la misma. De ahí que se deje en manos del juez o tribunal el determinar si procede o no la revocación en estos casos. Para ello habrá que atender al criterio explicado *supra*. De todos modos, este cambio que, en principio, pretende dar mayor flexibilidad al régimen de suspensión de las penas privativas de libertad, puede no tener el impacto deseado. Ya se dijo que la suspensión se puede acordar cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena privativa de libertad no sea necesaria para evitar la comisión futura de «nuevos delitos» por parte del penado (ver último inciso del primer párrafo del art. 80.1 CP). Esa es la primera circunstancia que el juez o tribunal debe tener en cuenta para decidir sobre la suspensión. Si el sujeto delinque durante el plazo de suspensión, cualquiera que sea el delito que cometa (teniendo en cuenta el tenor literal del art. 80.1 CP), parece claro que la expectativa en la que se fundó la suspensión adoptada ya no se puede mantener. Ello porque dicha expectativa consistía precisamente en la razonable esperanza de que el sujeto no volviese a delinquir aunque no cumpliera la pena privativa de libertad a la que había sido condenado. En consecuencia, la aplicación literal de los preceptos que rigen en materia de

suspensión puede eliminar la flexibilidad que la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, trató de dar a la misma.

Ej. 33.2: Juanjo comete un delito doloso de lesiones del art. 147.1 CP y es condenado a una pena de prisión de 1 año y 6 meses de duración. El juez decide suspender la ejecución de dicha pena y establece un plazo de 2 años de suspensión. Trascurridos tres meses desde el inicio de este plazo, Juanjo comete un delito contra la seguridad vial por conducir a más velocidad de la permitida, por encima de los límites que establece el art. 379.1 CP, sin que de la infracción se derive peligro concreto ni daño alguno (supongamos que Juanjo circulaba por una autovía, en ese momento desierta, y en un tramo en línea recta con una visibilidad del 100%), y es condenado por ello a una multa de 6 meses y a la privación del permiso de conducir durante un año. Así las cosas, ¿se debe revocar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta a Juanjo por el delito de lesiones? En teoría, y haciendo una interpretación literal de lo que establece la ley, habría que concluir que la expectativa de que Juanjo no cometiera delitos durante el plazo de suspensión pese a no cumplir la pena de prisión impuesta, no se puede mantener, dado que, en efecto, ha cometido un nuevo delito durante el plazo de suspensión (además, de haberse ejecutado la pena de prisión, es más que probable que Juanjo no hubiera cometido el delito contra la seguridad vial pues es más que probable que en ese momento habría estado privado de libertad en un centro penitenciario). Y ello aunque la naturaleza del primer delito sea diferente a la del segundo, puesto que la expectativa en que se basa la suspensión consiste en esperar que Juanjo no cometa «delitos» en el futuro, sin que la ley especifique si los mismos tienen que ser de naturaleza igual o similar al delito por el que se le impuso la pena cuya ejecución se suspendió.

Pese a que la ley no lo indique de manera expresa, es de esperar que la naturaleza del nuevo delito se tenga en cuenta a efectos de decidir sobre la revocación de la suspensión acordada pues, de lo contrario y por los motivos apuntados, la flexibilidad que la LO 1/2015, de 30 de marzo, pretende conseguir, puede quedarse, en muchos casos, en una mera formalidad carente de contenido. En este sentido, la opinión doctrinal mayoritaria entendía, con anterioridad a dicha reforma, que

la comisión y ulterior condena por un delito imprudente no constituye un incumplimiento de la condición de no delinquir que permita revocar la suspensión.

Tal conclusión se alcanzaba por varios motivos. Por un lado, una tesis contraria carece de sentido teniendo en cuenta que los antecedentes por delitos imprudentes no cuentan como actividad delictiva previa a efectos de denegar la suspensión. Por otro, la realización del delito imprudente revela una menor —o incluso ninguna— voluntad de infringir la norma reguladora de la infracción penal cometida por el sujeto y, en consecuencia, no constituye un fracaso desde el punto de vista preventivo especial que fundamenta la suspensión.

También cabe esperar y por motivos en parte idénticos a los apuntados en relación con los delitos imprudentes, que la comisión de delitos leves durante el plazo de suspensión no conduzca a una revocación de la misma (teniendo en cuenta que los antecedentes por esta clase de infracciones no impiden que se acuerde la suspensión).

En otro orden de cosas, está claro que la condición ahora analizada no se incumple en caso de que la sentencia condenatoria castigue por hechos cometidos con anterioridad al comienzo del plazo de suspensión. No obstante, antes de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, se dudaba sobre qué solución dar en caso de que el sujeto cometiera hechos delictivos durante el plazo de suspensión, pero la sentencia condenatoria adquiriese firmeza con posterioridad al plazo de suspensión. Con el cambio legislativo se disipan estas dudas dado que el régimen vigente requiere que el sujeto sea condenado *por un delito cometido durante el periodo de suspensión* y no que la correspondiente condena devenga firme durante ese periodo (art. 86.1.a) CP). Por ello, si la condena deviene firme con posterioridad al plazo de suspensión, procede la revocación de la misma si el delito se cometió durante dicho plazo y siempre que se cumpla el requisito analizado *supra* (ver último inciso del art. 86.1.a) CP).

b) Cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al acatamiento de prohibiciones y cumplimiento de deberes, siempre que unas y otros no resulten excesivos y desproporcionados, que se recogen en el art. 83.1 CP. Son los siguientes:

«1ª. Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus

familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2ª. *Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.*

3ª. *Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.*

4ª. *Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.*

5ª. *Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.*

6ª. *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.*

7ª. *Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.*

8ª. *Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.*

9ª. *Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona».*

La vigente regulación del art. 83.1 CP es fruto de la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, y se advierten, al menos, dos cambios importantes con respecto a la regulación anterior. En primer lugar, la imposición de estas prohibiciones y deberes [que en parte coinciden con algunas penas privativas de otros derechos como las llamadas penas de alejamiento (ver *supra* lección 30)] la puede acordar el juez o tribunal cuando resulte

necesario desde el punto de vista preventivo especial, y con independencia de la naturaleza de la pena suspendida. Antes de la reforma, estas condiciones solo se podían establecer cuando la pena suspendida era de prisión. Por otro lado, se advierte una considerable ampliación de los deberes y prohibiciones a cuyo cumplimiento se puede condicionar la suspensión.

También es de destacar la falta de concreción con la que se definen algunas condiciones, como por ejemplo la relativa a *«establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo»* (art. 83.1.2 CP). Ello plantea problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la exigencia de taxatividad derivada del principio de legalidad. Además, esta condición suscita problemas de legitimidad dado que implica una merma en los derechos del penado que se establece sobre la base de conjeturas contrarias al principio constitucional de presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Por otro lado, en la práctica, será difícil sino imposible comprobar el cumplimiento de esta medida, lo que demuestra el carácter simbólico del precepto que la prevé.

La imposición de los deberes y prohibiciones analizados se prevé, con carácter general, como potestativa, pero, tal y como establece el art. 83.2 CP, cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, será obligatorio imponer las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del art. 83.1 CP.

El origen de esta regla se encuentra en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Antes de la reforma de LO 1/2015, dicha regla se aplicaba solo a los delitos relacionados con la violencia de género (ver arts. 1.1, 1.3 y 44 de la citada LO 1/2004). Sin embargo, tras la modificación de 2015, la imposición obligatoria de algunos de los deberes y prohibiciones que recoge el art. 83.1 CP va más allá de los delitos relacionados con la violencia de género. Y es que el art. 83.2 CP solo exige que el delito cuya pena es objeto de suspensión lo cometa el hombre contra la mujer con la que le una o le haya unido un determinado vínculo, pero no hace especificación alguna respecto de la naturaleza de la correspondiente infracción, la cual no tiene por qué implicar el uso de violencia, ni guardar, por tanto, relación alguna con la

violencia de género. Ello implica la imposición obligatoria de los deberes del art. 83.1 CP a supuestos en los que puede resultar de todo punto innecesario y, por tanto, desproporcionado. Asimismo esta previsión puede dar lugar al trato punitivo desigual por razón del sexo del penado, sin que exista razón alguna para semejante discriminación, lo que supone una conculcación del principio de igualdad recogido en el art. 14 CE.

Ej. 33.3: Manuel se niega a entregar a Josefina, su ex mujer, un cuadro con un valor de 6.000 euros que le corresponde a esta de acuerdo con la liquidación de los bienes gananciales que tuvo lugar en el correspondiente proceso de divorcio. Manuel es condenado como autor de un delito de apropiación indebida (delito patrimonial que se comete sin violencia ni intimidación) del art. 253 CP a la pena de prisión de 6 meses. Si el juez suspende la ejecución de esta pena, Manuel, además de las condiciones generales de la suspensión, sufrirá obligatoriamente una merma en sus derechos que puede resultar de todo punto injustificada: no podrá acercarse a la víctima ni a sus familiares, ni a las personas que determine el juez en sentencia, no podrá residir ni acudir a determinados lugares y tendrá que participar en programas formativos. Por el contrario, si Josefina comete el mismo delito contra Manuel y se suspende la ejecución de la pena impuesta, dicha suspensión podrá quedar solo condicionada a que Josefina no sea condenada por un delito cometido durante el plazo de suspensión en los términos ya analizados salvo que la imposición de otros deberes resulte necesaria desde el punto de vista preventivo especial.

La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1ª, 2ª, 3ª, o 4ª del apartado 1 del art. 83 CP será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de ejecución (art. 83.3 CP). Por su parte, cuando se acuerde la imposición de de las reglas 6ª, 7ª y 8ª del citado precepto, serán los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria los encargados del control de su cumplimiento. A tal efecto, informarán periódicamente al juez o tribunal de ejecución sobre

dicho cumplimiento (art. 83.4 CP).

c) Según establece el art. 84 CP, el juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes reglas:

«1ª. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2ª. El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3ª. La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración».

En caso de que existan determinados vínculos entre el penado y la víctima, el pago de la multa a que se refiere el art. 84.1.2 CP solo se puede imponer como condición de la suspensión si entre tales sujetos no existen relaciones económicas (ver art. 84.2 CP).

Ej. 33.4: En el caso del Ej. 33.3 a Manuel no se le podría imponer el pago de una multa como condición de la suspensión si tuviera que pagar una pensión a Josefina, establecida en la sentencia de divorcio.

El contenido del vigente art. 84 CP es fruto de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, que, a este respecto, ha tratado de integrar el antiguo sistema de sustitución de las penas de prisión que recogía el derogado art. 88 CP, en el marco de la suspensión. No obstante y como se puso de manifiesto anteriormente, la sustitución de penas en el contexto del actual régimen de suspensión no constituye una sustitución en sentido estricto como la prevista por el derogado art. 88 CP, antes de la citada reforma de 2015.

d) Durante el plazo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado en relación con los arts. 83 y 84 CP, y acordar el alzamiento de todas y alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas (art. 85 CP).

2.2.5. Causas de revocación de la suspensión

Conforme al art. 86.1 CP, 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 en los términos analizados *supra*.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que se le hubieren impuesto conforme al art. 83 CP o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que se hubieran impuesto conforme al art. 84 CP. En estos casos y conforme a lo establecido en el art. 86.3 CP, los gastos que el penado hubiera realizado para reparar el daño causado por el delito en cumplimiento del acuerdo alcanzado en virtud de mediación al que se refiere la medida 1ª del art. 84.1 CP no serán restituidos. No obstante, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos de multa y la realización de trabajos en beneficio de la comunidad que el penado hubiera cumplido conforme a las medidas 2ª y 3ª del art. 84.1 CP (ver *supra* apartado 2.2.4 apartado c).

Ej. 33.5: Maribel es condenada a una pena principal de prisión de 1 año, como autora de un homicidio por imprudencia grave del art. 142.1 CP. El juez decide suspender la ejecución de la pena y le impone como condición cumplir una pena de multa de 16 meses [se sustituyen dos tercios de la pena de prisión (dos tercios de 12 meses son 8 meses), teniendo en cuenta que dos cuotas de multa equivalen a un día de prisión] a razón de 6 euros por cuota diaria. El montante total de la multa asciende a 2.880 euros (resultado de multiplicar 6 euros por 16 meses, que son 480 días)]. Maribel paga la multa pero, cuando aun no se ha cumplido el plazo de suspensión, comete un delito doloso de lesiones del art. 147.1 CP y el juez decide revocar la suspensión y ejecutar la pena. En tal caso Maribel tendría que cumplir una pena de prisión de 4 meses, puesto que la multa satisfecha se abona a la pena impuesta en sentencia (1 año menos 8 meses es igual a 4 meses).

Cuando el incumplimiento de las prohibiciones o deberes a los que se refieren los arts. 83 y 84 CP 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. No obstante, también en estos casos puede el juez o tribunal revocar la suspensión cuando ello resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima (ver art. 86.4 CP).

d) 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 (salvo que careciera de capacidad económica para ello), o facilite información inexacta sobre su patrimonio incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 LECrim. Se entiende que esta causa de revocación puede tener lugar cuando en el momento de acordarse la suspensión no se hubiera cumplido la responsabilidad civil, ni se hubiera hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia, pero el penado se hubiera comprometido a satisfacer aquella y a facilitar este (ver art. 80.2.3 CP). Este aspecto de la vigente regulación, fruto de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, permite que se den situaciones ciertamente inconvenientes desde el punto de vista del principio de igualdad.

Ej. 33.6: Óscar, de 60 años de edad, es condenado a una pena de prisión de 2 años y a pagar 4.000 euros en concepto de responsabilidad civil por la comisión de un delito de daños del art. 264.1 CP. En el momento en que se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, Óscar no tiene suficientes medios económicos (los que tenía los empleó para pagar a los abogados que le representaron en el juicio), pero se compromete a satisfacer la responsabilidad civil y el tribunal entiende que es razonable esperar que pueda cumplir este compromiso en el futuro, dado que Óscar tiene un trabajo estable por cuenta ajena y recibe una renta mensual de 1.700 euros netos. Iniciado el periodo de suspensión, Óscar es despedido de su empresa, por lo que pierde la única fuente de ingresos que tenía. Como consecuencia de ello, Óscar no puede hacer frente al compromiso asumido de pagar la responsabilidad civil en los términos acordados. No obstante, la suspensión de la pena no se revoca dado que la incapacidad económica de Óscar resulta acreditada.

Imaginemos que en el momento en que se va a acordar la suspensión, Óscar estaba ya desempleado y, en consecuencia, no pudo hacer frente a la responsabilidad civil, ni comprometerse

a hacerlo en el futuro. En tal caso Oscar no habría podido beneficiarse de la suspensión por la circunstancia de su desempleo. Todo ello teniendo en cuenta el tenor literal del art. 80.2.3 CP.

2.3. Los regímenes especiales de suspensión

2.3.1. Régimen del art. 80.3 CP

Conforme a este precepto, cuya redacción es fruto de la LO 1/2015, de 30 de marzo, los penados que no sean reos habituales (art. 94 CP) tengan o no antecedentes penales que, como regla general, impiden que se acuerde la suspensión (art. 80.2.1 CP) y resulten condenados a penas de prisión que individualmente no excedan de dos años de duración, pueden, excepcionalmente, beneficiarse de la suspensión. Es de destacar que, conforme a este régimen especial, se pueden suspender penas de prisión cuya suma aritmética puede superar los dos años de duración, siempre que cada pena por separado no exceda de ese límite. Ello supone una ampliación del ámbito de aplicación de la suspensión y de la sustitución de las penas de prisión con respecto a la regulación previa a la reforma de 2015 y respecto del régimen general de suspensión vigente tras la entrada en vigor de este cambio legislativo.

Para poder acordar la suspensión en estos casos, el juez o tribunal tendrá que valorar las circunstancias personales del penado, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado. Será necesario también que el penado haya satisfecho las responsabilidades civiles y que se haya hecho efectivo el decomiso en los términos ya analizados.

De concederse la suspensión, al penado se le impondrán siempre las siguientes condiciones:

- a)** La de no ser condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión en los términos ya analizados [art. 86.1.a CP].
- b)** La reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a las capacidades físicas y económicas del penado o al cumplimiento del acuerdo al que se refiere la medida 1ª del art. 84 CP.

No se entiende bien el carácter imperativo de esta condición cuando este régimen de suspensión exige ya de entrada, para su aplicación, que el penado cumpla la responsabilidad civil originada por el delito y que se haya hecho efectivo el decomiso en los términos del art. 80.2.3 CP, ya analizados.

c) El cumplimiento de una de las dos medidas o prestaciones a que se refieren los numerales 2ª y 3ª del art. 84 CP (multa o trabajos en beneficio de la comunidad), con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión, fijados en dicho precepto, sobre un quinto de la pena impuesta.

A diferencia de lo que sucede con el régimen general, se permite que la medida sustitutiva alcance la totalidad de la pena cuya ejecución se suspende: lo único que exige este régimen especial es que, tomando en consideración las normas de conversión, la medida sustitutiva no quede por debajo de un determinado porcentaje de la pena cuya ejecución se suspende (algo que, por otro lado, no exige el régimen general).

Ej. 33.7 CP: César, mayor de edad y con antecedentes penales por delitos violentos contra el patrimonio, es condenado por dos delitos de robo con fuerza en las cosas del art. 237 CP, a las penas de 1 año y 1 año y 1 mes de prisión, respectivamente. El juez decide suspender la ejecución de estas penas aplicando el régimen del art. 80.3 CP e impone a César, entre otras condiciones, el pago de una multa, que no podrá ser inferior a 10 meses (la pena de prisión tiene una duración total de 25 meses, siendo un quinto de esa cantidad 5 meses, por lo que si aplicamos las reglas de transformación que recoge la regla 2ª del art. 84.1 CP tenemos que 5 meses de prisión equivalen a 10 meses de multa) y podrá alcanzar los 50 meses de duración (resultado de multiplicar los 25 meses de prisión por dos cuotas diarias de multa).

En todos los demás aspectos como plazos de suspensión, condiciones a las que la misma se puede someter (distintas de las que se han de imponer con carácter obligatorio), cambios de los que pueden ser objeto dichas condiciones durante el plazo de suspensión, causas de revocación de la suspensión y consecuencias de incumplimiento no grave y reiterado de las condiciones a las que se hubiera sometido la misma, rigen las reglas del régimen general ya analizado.

2.3.2. Penados aquejados de enfermedad

En estos casos el Código penal vigente permite diferenciar entre dos posibilidades:

1ª. Supuesto previsto en el art. 80.4 CP. Los jueces y tribunales

podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta, sin sujeción a requisito alguno, en el caso de que el penado esté 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, en estos supuestos, con anterioridad a la ejecución de la misma, del mismo modo que en el régimen general analizado.

En relación con este régimen especial de suspensión son de destacar las siguientes cuestiones:

a) Fundamento: Este régimen especial de suspensión para personas que sufren enfermedades muy graves con padecimientos incurables apenas exige requisitos para su aplicación. Ello responde a la escasa o nula peligrosidad de tales sujetos en atención a su condición clínica. La renuncia al internamiento en el medio penitenciario no plantea, por tanto, problemas desde el punto de vista de la prevención especial. Por otro lado, la privación de libertad de las personas que se encuentren en esta situación podría atentar contra el principio de humanidad de las penas.

b) Ámbito de aplicación: La ley establece de manera expresa que se puede dejar en suspenso «*cualquier pena impuesta*». No obstante, esta expresión se interpreta de forma restrictiva entendiendo que ha de tratarse de penas privativas de libertad, cualquiera que sea su extensión temporal. Esta exégesis restrictiva que descarta la aplicación de este régimen a penas de otra naturaleza es respaldada por un sector doctrinal mayoritario y por el hecho de que el art. 80.4 CP se ubique en una sección que lleva por rúbrica *De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad* (ver Sección 1ª, Capítulo III. Título III, Libro I CP). Por otro lado, en estas circunstancias, la suspensión de penas no privativas de libertad no tendría un claro fundamento dado que su cumplimiento no se tiene que ver necesariamente dificultado por la enfermedad del penado.

c) Requisitos: Se puede proceder a la suspensión sin requisito alguno, es decir, con independencia de la duración de la pena, de que el delincuente sea primario o de que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles o se haya hecho efectivo el decomiso (ver art. 80.2 CP). Solo se exigen dos requisitos:

- Que el penado padezca una enfermedad muy grave que provoque padecimientos incurables. Que la

enfermedad sea muy grave significa que debe ser especialmente intensa, sin que ello implique que la misma debe conducir a la muerte del penado en el corto plazo o que este se encuentre en una situación terminal. Puede tratarse de una enfermedad tanto psíquica como física (ver arts. 91.1 CP, relativo a la libertad condicional, y 149 CP que regula un tipo agravado de lesiones, a efectos de determinar el concepto de enfermedad). Asimismo, la dolencia debe provocar padecimientos incurables lo cual quiere decir que la misma tiene que causar sufrimientos en el penado que no se puedan remediar o enmendar.

— Que el penado, en el momento de la comisión del delito, no tuviera ya suspendida otra pena por el mismo motivo. Ello significaría que su condición clínica no afecta a su peligrosidad por lo que la privación de libertad podría resultar adecuada desde el punto de vista preventivo especial.

2ª. Régimen de suspensión previsto en el art. 60 CP: Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, el JVP suspenderá su ejecución, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad de las previstas en el Código penal, que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el JVP apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. Restablecida la salud mental del penado, este cumplirá la sentencia si la pena no hubiese prescrito (algo que, como veremos *infra* en la lección 36, no puede suceder conforme al vigente Código penal, teniendo en cuenta que, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, la suspensión interrumpe el plazo de prescripción de la pena), sin perjuicio de que el juez o tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

Este régimen especial de suspensión del art. 60 CP se diferencia del previsto en el art. 80.4 CP en los siguientes aspectos:

a) El fundamento de la suspensión es distinto en uno y

otro caso. Si se aplica el régimen del art. 80.4 CP, la privación de libertad no se llega a ejecutar puesto que la enfermedad del sujeto la hace innecesaria desde el punto de vista preventivo especial, además de inhumana. Por su parte, la suspensión del art. 60 CP no se acuerda porque el sujeto no resulte peligroso por la condición clínica que padece, sino porque la misma le impide conocer el sentido de la pena, lo cual no tiene por qué guardar relación con su peligrosidad. De hecho, el régimen del art. 60 CP no renuncia necesariamente a la privación de libertad del penado, sino a que la misma se cumpla como pena. Existe la posibilidad de que al sujeto se le aplique una medida de seguridad privativa de libertad que debe basarse, entre otros factores, en su peligrosidad, teniendo en cuenta los presupuestos que, con carácter general, rigen para la aplicación de estas medidas (ver arts. 95 y ss. CP e *infra* lección 34).

b) El órgano competente para acordar el régimen de suspensión del art. 80.4 CP es el juez o tribunal sentenciador que actúan, a estos efectos, de manera potestativa. Si se trata de aplicar el régimen del art. 60 CP, la competencia corresponde al JVP que, a este respecto, no goza de discrecionalidad, sino que debe proceder a la suspensión si se da la situación que describe el referido precepto.

c) El momento en que se puede acordar la suspensión puede coincidir o variar entre los dos regímenes especiales de suspensión. Si se aplica el del art. 80.4 CP la suspensión se puede acordar en sentencia o una vez esta devenga firme, pero siempre antes de que se proceda a la ejecución de la pena. Si se aplica el art. 60 CP, la suspensión puede tener lugar antes de que se ejecute la pena o bien una vez iniciada la ejecución, en caso de que el trastorno mental sobrevenga durante la misma.

d) El régimen del art. 60 CP puede aplicarse a todo tipo de penas y no solo a las privativas de libertad, como sucede con el régimen del art. 80.4 CP, por los motivos indicados.

e) La enfermedad a la que se refiere el art. 60 CP consiste en una situación duradera de trastorno mental grave que impide al penado conocer el sentido de la pena. No se incluyen las enfermedades físicas, que si abarca el tenor del art. 80.4 CP. Por otro lado y a diferencia de lo establecido en dicho precepto, la patología a la que alude el art. 60 CP no tiene por qué ser incurable, dado que el

propio precepto contempla la posibilidad de que el penado cumpla con la pena cuya ejecución quedó suspendida, si recupera su salud.

De todo lo apuntado se desprende la posibilidad de que ambos regímenes de suspensión puedan resultar de aplicación en un caso concreto.

Ej. 33.8: Un sujeto, en el momento en que deviene firme la sentencia que le condena a una pena privativa de libertad y antes de que se haya procedido a la ejecución de la misma, se ve aquejado de una enfermedad mental muy grave, que le impida comprender el sentido de la pena y le provoca padecimientos incurables. Habrá que estar a la necesidad preventivo especial presente en el caso concreto para decantarse por un régimen u otro, teniendo en cuenta lo afirmado al analizar el fundamento de los mismos.

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 las sustancias señaladas en el número 2º del art. 20 CP y que hayan superado su adicción o estén en tratamiento para conseguirlo. Dichas sustancias consisten en 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 aplicación podría resultar contraproducente para sujetos que han superado su adicción a las drogas o están realizando un esfuerzo para conseguirlo. La evidencia empírica demuestra que, en estos casos, el ingreso en prisión puede hacer peligrar estos logros o empeños.

b) Ámbito de aplicación: Penas privativas de libertad de hasta cinco años de duración (art. 87.1 CP). Se aprecia una diferencia notable respecto del régimen general de suspensión que solo puede aplicarse a las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración.

Algunos afirman que el aumento del límite máximo de duración de la pena, a efectos de suspensión, se ajusta mejor al tipo de criminalidad que suelen llevar a cabo los sujetos drogodependientes, la cual se castiga con penas que superan

fácilmente los dos años de privación de libertad que se establecen como límite máximo para conceder la suspensión conforme al régimen general. Tal es el caso de los delitos contra la salud pública de los arts. 368 y ss. CP, o de los delitos patrimoniales llevados a cabo con violencia o intimidación de los arts. 240 y 242 CP.

Salvo por esta circunstancia, resulta de aplicación todo lo afirmado al analizar el régimen general de suspensión sobre qué ha de entenderse por penas privativas de libertad y en relación con los supuestos de pluralidad de penas impuestas.

c) Requisitos para la suspensión:

1. Que el penado haya cometido el hecho debido a su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del art. 20 CP (ver art. 80.5 CP). La dependencia como causa del delito se puede interpretar en sentido análogo al de la circunstancia atenuante 2ª del art. 21 CP que se refiere a la grave adicción del culpable a las sustancias mencionadas en el número 2º del art. 20 CP. Los términos «adicción» y «dependencia» son sinónimos. La única diferencia entre la «dependencia», a la que se refiere el régimen de suspensión, y la «grave adicción», a la que alude la atenuante, radica en la significativa entidad que debe presentar esta última, que no constituye requisito necesario de la dependencia prevista en el régimen de suspensión.
2. Se ha de certificar suficientemente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal podrá ordenar la realización de comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.
3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles y se haya hecho efectivo el decomiso en los términos de la regla 3ª del art. 80.2 CP que regula el régimen general, dado que el régimen especial del art. 80.5 CP no excluye la aplicación de este requisito.

Por otro lado, y a diferencia del régimen general, el analizado no exige como requisito de concesión de la suspensión que el condenado haya delinquido por primera vez (art. 80.2.1 CP).

d) Condiciones a las que se puede someter la suspensión, además de las que recogen los arts. 83 y 84 CP que resultan de aplicación para este régimen:

1. Como sucede con el resto de regímenes, la suspensión quedará

siempre condicionada a que el sujeto no sea condenado por delitos cometidos durante el plazo de suspensión, en los términos establecidos por el art. 86.1.a) CP. El plazo de suspensión será siempre de tres a cinco años (ver segundo párrafo del art. 81 CP). Se trata, por tanto, de un plazo único y, en consecuencia, sus límites mínimo y máximo no dependen de la magnitud o gravedad de la pena impuesta, a diferencia de lo que se establece en el régimen general de suspensión.

2. 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. No se entenderán abandono las recaídas en el consumo si estas no evidencian un abandono definitivo del mismo (ver último párrafo del art. 80.5 CP).

Este concepto restrictivo del abandono como causa de revocación de la suspensión. constituye una novedad introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que venía siendo reclamada por la doctrina por adecuarse mejor a la realidad empírica del tratamiento de las adicciones.

En todos los demás aspectos, como los cambios de los que pueden ser objeto las condiciones a las que puede quedar sometida la suspensión durante su duración, las causas de revocación de la misma y las consecuencias de incumplimiento no grave y reiterado de las condiciones a las que se hubiera sometido, rigen las reglas del régimen general ya analizado.

2.3.4. Suspensión de la pena cuando medie petición de indulto

Tal y como establece el art. 4.4 CP, si mediara 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 siguientes requisitos:

- 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.

Ej. 33.9: La ejecución de penas de prisión de corta duración podría hacer inviable la finalidad del indulto en caso de que las mismas ya se hubiesen cumplido cuando la solicitud se hubiese resuelto.

La suspensión por tramitación de indulto puede afectar a

cualquier tipo de pena con independencia de su duración y naturaleza. En este sentido, la Ley de 18 de junio de 1870 que regula el indulto, dispone en su art. 1 que se puede indultar al reo de toda o parte de la pena que se le hubiese impuesto sin establecer ningún tipo de restricción al respecto.

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, siempre que observe ciertas condiciones.

Su naturaleza jurídica ha sido objeto, desde que por primera vez se institucionalizara en España a principios del siglo XX, de un intenso debate. En la discusión se enfrentan los que defienden que la libertad condicional constituye una forma de cumplimiento de la pena de prisión, concretamente el «cuarto grado» del sistema penitenciario, y los que sostienen que constituye una forma de suspensión de la pena de prisión que tiene lugar durante su ejecución. La LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha modificado sustancialmente el régimen de libertad condicional anterior a su entrada en vigor, puso fin a esta discusión al establecer, de forma expresa, 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, que no estamos ya ante una forma de cumplimiento de estas penas, de manera que el tiempo que pase el penado en libertad condicional no computa a estos efectos, como venía haciéndolo, con carácter general, antes de la reforma. Así lo manifiesta literalmente el legislador de 2015 en el Preámbulo de la referida ley. De este modo, si la libertad condicional resulta revocada, el penado ingresará de nuevo en prisión y tendrá que cumplir lo quedaba de condena en el momento en que dicha libertad fue concedida. Por este motivo, el régimen vigente de libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de los arts. 80 a 87 CP.

Desde aquí se rechaza rotundamente esta decisión del legislador por muchos motivos.

El legislador no ha sido del todo coherente con este planteamiento pues para ello debería haber alterado la rúbrica del Capítulo III del Título III del Libro I del Código penal, que se sigue refiriendo textualmente y de forma diferenciada a «las

formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad» y a «la libertad condicional». Esa denominación parece indicar que la libertad condicional es algo distinto de las *«formas sustitutivas de las penas privativas de libertad»*, expresión esta que, por otro lado, tampoco resulta coherente con los propios términos elegidos por el legislador para definir ahora la libertad condicional. Ello porque la libertad condicional se entiende y se define ahora como una forma de suspensión de la ejecución de la pena de prisión y no como un modo de sustitución de la misma. En esta misma línea de incoherencia legislativa, la concesión de la libertad condicional se sigue previendo, con carácter general, como obligatoria si se dan los requisitos para su concesión, mientras que el resto de las formas de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad son de aplicación potestativa.

En otro orden de cosas, el cambio de naturaleza de la libertad condicional exige la modificación de determinados preceptos de la LOGP que se refieren expresamente a este instituto como el último grado del sistema penitenciario, es decir, como una forma de cumplimiento de la prisión, y así evitar la confusión que puede surgir en torno a su naturaleza.

Esta modificación de la naturaleza de la libertad condicional también exige aclarar qué órgano es competente para acordar la misma, pues si estamos, como establece el legislador, ante una forma de suspensión de la pena de prisión impuesta, el órgano competente tendría que ser el tribunal sentenciador y no el JVP. No obstante, el legislador de 2015, lejos de resolver esta cuestión, la complica, pues en ocasiones se refiere al «juez de vigilancia penitenciaria» (art. 90.4 CP) como el órgano competente y en otras alude al «juez o tribunal» o al «tribunal» sin más (art. 91.3 CP).

Por otro lado, no es cierto que hasta ahora el tiempo transcurrido en libertad condicional computase siempre a efectos de cumplimiento de condena, como se afirma en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Desde la reforma de LO 15/2003, de 25 de noviembre 2003, en los casos de sujetos condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de los arts. 571 y ss. CP, la revocación de la libertad condicional suponía la pérdida del tiempo que se hubiese disfrutado de ella como tiempo de cumplimiento de condena. Por tanto, lo que hasta la reforma de 2015 constituía una excepción que aumentaba el rigor de las consecuencias de la revocación de la libertad condicional, se convierte en regla general, tendencia esta que se perfila ya como costumbre en la evolución legislativa

de orden punitivo de las últimas décadas.

Así las cosas, este cambio, con las deficiencias técnicas apuntadas, aumenta aún más la rigidez del sistema penitenciario del que forma parte la libertad condicional acercándolo a esquemas retribucionistas que están fuera de su fundamento y finalidad. Y es que, el que la libertad condicional constituyera, como regla general, una forma de cumplimiento de la pena de prisión, resultaba más coherente con la idea de motivar al penado en atención a su potencial de reinserción, idea que debe inspirar al sistema de progresivo y de individualización científica y que sigue definiendo nuestra legislación penitenciaria (art. 72.1 LOGP). En este sentido, la reforma de 2015 deja sin efecto alguno y en todos los casos el tiempo que el penado haya pasado en libertad condicional cuando esta se revoca y con independencia de la causa que motive la revocación. Ello, además de vulnerar el principio de proporcionalidad, pues la gravedad de las causas de la revocación puede no guardar relación con los efectos que dicha revocación conlleva, está enviando un mensaje claro al penado que no puede describirse más que de desmotivador: el tiempo pasado en libertad condicional en el que se hayan respetado todas las condiciones a las que la misma se ha sometido que, en atención al art. 83 CP, pueden ser muchas y gravosas, no se valora en absoluto. Revocada la libertad condicional el sujeto se retrotrae al momento en el que la libertad condicional se concedió como si nunca hubiese disfrutado de la misma y nunca hubiese cumplido con las condiciones a las que fue sometida. Ello puede suponer, además, una vulneración del principio *ne bis in idem*, pues los deberes y condiciones a los que se puede someter la libertad condicional tienen, en ocasiones, un contenido idéntico a las penas privativas de otros derechos que el sujeto habría cumplido hasta que la libertad condicional se revocó, sin que ello evite que el condenado tenga que volver a cumplir la pena de prisión que le restase por cumplir cuando la misma se suspendió.

3.2. Regulación

Su previsión se encuentra en los arts. 90 y ss. CP, 17, 67 y 71.2 LOPG y 192 a 201 RD 190/1996. El examen de este articulado permite diferenciar los regímenes de concesión que se analizan a continuación.

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. En relación con el cálculo de esta proporción de la condena impuesta es preciso tener en cuenta las reglas que rigen en caso de concurso de delitos y acumulación de penas (arts. 76 y 78 CP) ya analizadas (ver *supra* lecciones 28 y 29).

Ej. 33.10: ver *supra* Ej. 28.1.

3º. Haber observado buena conducta.

4º. Haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos en los apartados 5 y 6 del art. 72 LOGP.

Este precepto de la normativa penitenciaria permite dar por cumplida la responsabilidad civil en aquellos casos en los que la falta de capacidad económica del penado impida una satisfacción plena en términos económicos. Para ello se tienen en cuenta los esfuerzos efectivamente realizados por el mismo en atención a sus posibilidades concretas. Para algunos esta previsión reduce el riesgo de inconstitucionalidad por quiebra del principio de igualdad del art. 90.1 CP relativo a la satisfacción de la responsabilidad civil, cuya aplicación en sentido literal podría perjudicar a los condenados insolventes frente a los que cuentan con medios económicos. Se echa en falta una previsión similar en el marco del régimen general de suspensión de las penas privativas de libertad del art. 80.2 CP, tal y como se indicó *supra*. En relación con el cumplimiento de la responsabilidad civil, el JVP, de acuerdo con el art. 90.4 CP, podrá denegar la misma cuando el penado:

a) Dé información inexacta o insuficiente sobre el paradero de sus bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado.

b) No dé cumplimiento, conforme a su capacidad, al compromiso de pago de responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado.

c) Facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación establecida en el art. 589 LEC.

d) Si, habiendo sido condenado por alguno de los delitos

previstos en el Tít. XIX del Libro II CP (Delitos contra la Administración pública), hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño causado a la Administración.

5º. Por otro lado, y conforme a lo establecido en el art. 90.8 CP, a los condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones o por alguno de los delitos de organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580 CP, se les exige, a efectos de concesión de la libertad condicional, además de haber satisfecho la responsabilidad civil en el sentido apuntado, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y que hayan colaborado activamente con las autoridades en la lucha contra este tipo de actividades. Estas circunstancias se pueden considerar acreditadas mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia, una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito y la existencia de informes técnicos que acrediten la desvinculación del penado del entorno terrorista o de la organización criminal.

Estas previsiones para condenados por terrorismo y criminalidad organizada tienen su origen en la LO 7/2003, de 30 de junio, *de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, y suscitan algunos problemas. En primer lugar, no parece legítimo, en un Estado social y democrático de Derecho como el que define la CE, exigir a un sujeto que renuncie a los fines de su actividad delictiva sobre todo si tales fines consisten, por ejemplo, en la independencia de una región del Estado español. Sí resulta legítimo exigir la renuncia a los medios violentos para alcanzar tales objetivos, pero no a los objetivos mismos. Ello podría resultar incompatible con algunos de los derechos fundamentales de la CE como son la libertad ideológica, prevista en el art. 16.1 CE. Asimismo, tales exigencias podrían suponer un quebranto de la prohibición contenida en el art. 16.2 de la CE que establece que «*Nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*».

Por otro lado, no se entiende por qué una declaración expresa de repulsa a la violencia o de petición de perdón a las víctimas por parte del penado puede acreditar el abandono de los fines y los medios de la actividad terrorista o la colaboración activa con las autoridades para impedir, por ejemplo, la comisión de delitos futuros por parte de la banda armada. Estas previsiones parecen formar parte de un empleo simbólico del Derecho penal con el

que se pretende bien contentar aparentemente a las víctimas de la actividad terrorista, bien dificultar el acceso de estos penados a la libertad condicional. Tales declaraciones expresas de repulsa o de perdón pueden no ser genuinas y, en este sentido, corren el riesgo de ser declaraciones interesadas por parte de los condenados que las realicen ya que, a través de las mismas, pueden obtener nada menos que la libertad condicional. Es conocido que para que las disculpas tengan un efecto restaurativo para las víctimas y resocializador para el victimario tienen que ser voluntarias y no condicionadas mediante premios o perjuicios, pues tales condicionamientos ponen en cuestión su autenticidad y con ello eliminan sus pretendidos efectos.

3.2.2. Regímenes especiales

Se pueden diferenciar cuatro:

1º. Régimen especial del art. 90.2 CP: Previsto para sentenciados, no condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones o por alguno de los delitos de organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580 CP, que hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa (art. 90.2 CP). En estos casos, se puede conceder la libertad condicional siempre que el penado cumpla con los requisitos primero, tercero y cuarto del régimen general, y haya extinguido dos terceras partes de su condena.

2º. Régimen especial para sentenciados que se encuentren en la situación del régimen del art. 90.2 CP y, además, hayan acreditado la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación (art. 91.2 CP). En estos casos y siempre que se hayan cumplido los requisitos primero, tercero y cuarto del régimen general, se puede adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional para dar por cumplidas las dos terceras partes de dicha condena, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de la misma.

Ej. 33.11: Supongamos que a Luis Miguel le condenan a una pena de 12 años de prisión y cuando cumple 6 años de condena, le clasifican en el tercer grado. En ese momento, si se le aplica el régimen especial del último párrafo del art. 90.2 CP, tiene que

cumplir 2/3 de la condena de 12 años para acceder a la libertad condicional. A efectos de dar por cumplido el tiempo que queda para que se extingan los 2/3 de condena, se le descuentan 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo. Ello quiere decir que cuando Luis Miguel ha cumplido 6 años de condena, no le quedan aún por cumplir 2 años más para llegar a haber cumplido los 8 años que suponen las 2/3 partes de la pena impuesta. De esos dos años, se le pueden descontar hasta 540 días (90 días por cada uno de los 6 años de cumplimiento efectivo). De procederse a este descuento, cuando el sujeto cumple la mitad de la condena podría acceder directamente a la libertad condicional sin necesidad de cumplir más pena en prisión, pues los días que se le pueden descontar superan a los que le quedan para llegar a extinguir 2/3 de la condena impuesta.

3º. Régimen especial del art. 90.3 CP: Excepcionalmente, el JVP podrá acordar la libertad condicional a los penados no condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones o por alguno de los delitos de organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580 CP, ni por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en que concurren los siguientes requisitos:

a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena en prisión y que esta no supere los tres años de duración.

El Legislador utiliza la expresión «condena de prisión» de manera que este régimen privilegiado se podrá aplicar cualquiera que sea la cantidad y prolongación de las penas que el penado esté cumpliendo, siempre que no excedan de 3 años. Por otro lado, se exige que el penado esté «*cumpliendo su primera condena de prisión*» de manera que la «*primariedad*» a la que se refiere el artículo es meramente penitenciaria y no delictiva. Es decir, que cabe aplicar este régimen privilegiado a penados con antecedentes penales siempre y cuando no hayan sido condenados a penas de prisión o no hayan cumplido las mismas en un centro penitenciario.

b) Que hayan extinguido la mitad de su condena.

c) Que cumplan con los requisitos primero, tercero y cuarto del régimen general y que hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales bien de forma continuada, bien con un

aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

Este régimen excepcional privilegiado fue introducido por la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo. En el Preámbulo de esta ley se afirma que responde a la idea de ofrecer nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción. Aunque se trata de un cambio que se puede valorar de forma positiva, sorprende la exclusión de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual cualquiera que sea la infracción cometida. Sería deseable que el legislador hubiese introducido alguna distinción en este sentido, pues los delitos contra la libertad e indemnidad sexual son muchos y de muy variada gravedad. Por otro lado, la selección de delitos excluidos de este régimen no deja de ser arbitraria: podrían haberse dejado fuera, por ejemplo, delitos de detención ilegal o delitos de torturas y contra la integridad moral a cargo de funcionario público, que sin duda atentan contra bienes jurídicos de suma trascendencia, o algunos delitos contra la Administración pública como los relacionados con la corrupción. En cualquier caso, también hay que destacar que la exclusión de este régimen privilegiado basada en la gravedad y en la naturaleza del delito cometido por encima del potencial de reinserción del sujeto se percibe como un síntoma adicional de alejamiento respecto de la filosofía del sistema progresivo y de individualización científica en la que se debe inspirar el ordenamiento penitenciario.

4º. Régimen especial para los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, o sentenciados con enfermedades muy graves con padecimientos incurables (art. 91.1 CP). En estos casos se puede conceder la libertad condicional si se cumplen los requisitos primero, tercero y cuarto del régimen general.

No obstante y según establece el art. 91.3 CP, si la vida del interno corriera peligro patente a causa de su enfermedad o de su avanzada edad y así constara acreditado en virtud de dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún

otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la correspondiente valoración. En este caso, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar la evolución de su enfermedad. El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional.

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, es preciso tener en cuenta que el plazo de suspensión no puede ser inferior a la duración de la pena pendiente de cumplimiento (ver último párrafo del art. 90.5 CP) por lo que si dicha parte pendiente de cumplimiento es superior a 5 años, el plazo de suspensión también habrá de serlo. Este plazo se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Esta regulación del plazo de suspensión constituye una novedad introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Hasta la entrada en vigor de esta ley, la duración de la libertad condicional no podía ser superior al tiempo de condena que restara por cumplir cuando la misma se concedió. Ahora ese plazo se puede extender de dos maneras:

— Por razón del plazo general establecido que va de dos a cinco años.

Ej. 33.12: Si Lucio es condenado a una pena de prisión de 10 años y, cuando ha cumplido 7 años y 6 meses de la misma (3/4 de la condena), le conceden la libertad condicional, el resto de la pena cuya ejecución se suspende tiene una duración de 2 años y 6 meses. No obstante, la ley permite que el periodo de suspensión alcance los cinco años de duración, lo que en este caso significa que dure el doble del resto de la pena suspendida, que es lo que a Lucio le queda por cumplir cuando accede a la libertad condicional.

— Por el hecho de que en los casos de concesión de la libertad

condicional resultan de aplicación los arts. 83 y 86 CP (ver primer párrafo del art. 90.5 CP). Eso significa, entre otras cosas, que la suspensión de la ejecución de la pena que implica la concesión de la libertad condicional puede someterse al cumplimiento de los deberes que regula el art. 83 CP. El incumplimiento no grave ni reiterado de dichos deberes permite al juez prorrogar el plazo de suspensión hasta la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

Ej. 33.13: Volvamos al Ej. 33.12. Supongamos que el plazo de suspensión que se establece para Lucio cuando le conceden la libertad condicional es de 5 años. Supongamos que Lucio incumple, de forma no grave ni reiterada, los deberes del art. 83 CP que se le imponen como condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena y, como consecuencia de ello, el juez decide prorrogar el plazo inicial de suspensión en 2 años y 6 meses. El resultado de todo ello es que el plazo de suspensión alcanza, en este caso, 7 años y 6 meses, es decir, que supera nada menos que en 5 años el tiempo de condena que a Lucio le quedaba por cumplir cuando accedió a la libertad condicional.

Con esta regulación, la LO 1/2015 desnaturaliza la libertad condicional que acaba por entroncar con la medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria (ver *infra* lección 34), con todos los problemas que la misma suscita, dado que permite prolongar la privación de derechos del penado más allá del final de su condena, el cual debería marcar los límites máximos de intervención punitiva en el Estado social y democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución.

b) Condiciones de la suspensión:

- Quedará condicionada siempre a que el penado no sea condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión en los términos ya analizados del art. 86.1.a) CP.
- También podrá condicionarse al cumplimiento, por parte del penado, de los deberes y prohibiciones que recoge el art. 83 CP explicado *supra*. Dichos deberes y prohibiciones podrán ser objeto de modificación durante el plazo de suspensión en los términos que establece el párrafo segundo del art. 90.5 CP.

c) Causas de revocación de la suspensión:

- Que el sujeto haya sido condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión en los términos ya analizados del art. 86.1.a) CP.
- Que el penado incumpla de forma grave y reiterada los deberes o prohibiciones del art. 83 CP a los que se hubiese condicionado la suspensión. En caso de incumplimiento no reiterado ni grave, serán de aplicación las reglas ya analizadas de los apartados 2 y 4 del art. 86 CP.
- Que el penado cometa cualquiera de las conductas a las que se refiere la letra d) del art. 86.1 CP, analizado *supra*.
- Que se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada (ver tercer párrafo del art. 90.5 CP).

Esta causa imperativa de revocación constituye otro de los cambios introducidos por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y resulta verdaderamente preocupante, dados los graves problemas que suscita. La medida puede resultar tremendamente injusta y desmotivadora para el penado ya que, por ejemplo, un cambio en su situación laboral, familiar o social que incremente las posibilidades de que vuelva a delinquir (por ejemplo, el perder su empleo o la defunción de familiares con cuyo apoyo contase), cambio que no depende para nada de su voluntad, puede, no obstante, conducir a que la autoridad judicial tenga, de forma imperativa, que revocar su libertad condicional y privarle así de su libertad. La injusticia de tal medida se concreta también en el hecho de que se puede privar de libertad al sujeto sobre la base de un pronóstico que siempre va a ser incierto. Asimismo, este cambio legislativo revela otra de las notas de incongruencia de la reforma de 2015 valorada en su conjunto en el ámbito de la regulación de la libertad condicional: si un sujeto delinque y es condenado durante el periodo de libertad condicional ello no necesariamente conduce a la revocación de la misma; sin embargo, un cambio en las circunstancias que motivaron la concesión de la libertad condicional que implique un aumento de la probabilidad de que el sujeto cometa nuevos delitos en el futuro, sí conduce obligatoriamente a la revocación aunque dichas circunstancias no dependan en absoluto de la voluntad del sujeto.

d) Consecuencias de la revocación (art. 90.6 CP): 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.

Esta regulación de las consecuencias de la revocación es fruto de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Sobre la valoración negativa que merece la misma nos remitimos a lo explicado en apartados anteriores.

e) Trascurrido 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, para lo cual resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 87.1 CP (ver art. 90.5 CP).

4. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

El régimen de libertad condicional previsto para la prisión permanente revisable resulta de especial relevancia pues, de acuerdo con lo que se explica en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo esta pena, del mismo se hace depender su constitucionalidad (arts. 15 y 25.2 CE) y su compatibilidad con el CEDH.

A nuestro modo de ver, el legislador de 2015 no ha logrado, ni mucho menos, conjurar los riesgos de inconstitucionalidad ni de incompatibilidad con el CEDH, tal y como se expuso en lecciones anteriores a las que ahora nos remitimos (ver *supra* lecciones 27, 28 y 29).

Para determinar la regulación de la libertad condicional de la pena de prisión permanente revisable hay que tener en cuenta, principalmente, los arts. 36.1, 36.2, 76.1.e), 78 bis y 92 CP, redactados según la LO 1/2015, de 30 de marzo. En atención a los referidos preceptos, podemos diferenciar entre dos regímenes de libertad condicional que se explican a continuación.

4.1. Supuestos en los que el penado ha cometido un único delito castigado con pena de prisión permanente revisable (art. 92 CP, redactado según la LO 1/2105, de 30 de marzo)

En estos supuestos la concesión de la libertad condicional exige:

1. Que el penado haya cumplido 25 años de su condena.

2. Que el penado esté clasificado en el tercer grado, lo cual no podrá tener lugar hasta que no haya cumplido 15 años de prisión efectiva o 20 años, si el delito cometido forma parte del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP (delitos de terrorismo).
3. Que exista sobre el penado un pronóstico favorable de reinserción social en atención a los factores a los que hace referencia la regla tercera del régimen general de libertad condicional de la pena de prisión, analizado *supra* (ver letra c) del art. 90.1 CP). Si se trata de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP, se exigen, a este respecto, los mismos requisitos que requiere el régimen general de libertad condicional de la pena de prisión para estos casos, que ya fueron explicados (ver art. 92.2 CP).

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 [art. 76.1.e CP, redactado según la LO 1/2105, de 30 de marzo]

En estos casos, la concesión de la libertad exige, además de que exista sobre el penado un pronóstico favorable de reinserción social en el sentido antes apuntado, los siguientes requisitos:

1. Que en función de la gravedad de las penas impuestas para las distintas infracciones cometidas, se hayan cumplido 25 ó 30 años de condena (art. 78 bis 2 CP). Si se tratase de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas [En estos casos lo normal es que al sujeto se le haya condenado por al menos dos delitos (homicidio terrorista e integración en organización terrorista).] y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP, se exige, según la gravedad de las penas previstas para las distintas infracciones cometidas, haber cumplido 28 ó 35 años de condena (art. 78 bis 3 CP).
2. Que el penado esté clasificado en el tercer grado, lo cual no podrá tener lugar hasta que se hayan cumplido 18, 20 ó 22 años de prisión en atención a la gravedad de las penas impuestas para las distintas infracciones cometidas (ver letras a), b) y c) del art. 78 bis 1 CP y *supra* lección 29). Si se tratase de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP, se exige, en función de la gravedad de las penas impuestas para las distintas infracciones cometidas, haber cumplido 24 ó 32 años de condena (art. 78 bis 3 CP).

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 5 a 10 años (art. 92.3 CP), son de aplicación el resto de las reglas comunes a todos los regímenes de libertad condicional relativos a la pena de prisión que fueron analizadas (ver *supra* apartado 3.2.3.).
- 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 o desde los que resulten de aplicar las reglas del art. 78 bis CP, si se cumplen el resto de los requisitos necesarios para conceder la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a nuevas solicitudes (ver último apartado 4 del art. 92 CP).

III. LA SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, y como ya se apuntó, el sistema vigente solo prevé dos supuestos de sustitución de penas privativas de libertad en sentido estricto: el del art. 71.2 CP aplicable a las penas de prisión inferiores a tres meses y el del art. 89 CP que se aplica a los extranjeros condenados a penas de prisión en España, que es el que se analiza en esta lección pues el otro fue explicado anteriormente (ver *supra* lección 28).

Es preciso advertir, no obstante, que algunos sectores doctrinales consideran que la responsabilidad personal subsidiaria que surge por el impago de la pena de multa y cuya aplicación tiene como consecuencia que el penado cumpla una pena privativa de libertad o de trabajos en beneficio de la comunidad, en lugar de la multa inicialmente impuesta, constituye un supuesto especial de sustitución. Si bien, el fundamento de dicha responsabilidad personal subsidiaria, que fue objeto de análisis (ver *supra* lección 30), es diferente del resto de los sistemas de sustitución de las penas privativas de libertad, de ahí su ubicación.

Como también se apuntó, el fundamento y la regulación de los distintos regímenes de sustitución de las penas privativas de libertad son muy diferentes. A este respecto, la expulsión de los ciudadanos

extranjeros no busca evitar las consecuencias nocivas que la privación de libertad ocasiona en el penado, sino que responde a otros objetivos cuya conexión con las aspiraciones legítimas de las penas en el vigente marco constitucional resulta, en el mejor de los casos, confusa, y más tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo.

Es difícil, por tanto, identificar aspectos comunes a los distintos regímenes de sustitución, más allá de que su aplicación implica, en general, que la pena impuesta en sentencia no se ejecuta, sino que se sustituye por otra pena o consecuencia, que es la que efectivamente se cumple. El cumplimiento de la pena o de la consecuencia sustitutiva supone la extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento de condena, en los términos que establece el art. 130.1.2 CP.

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. Tal y como establece el art. 89.3 CP, el juez resolverá en sentencia sobre dicha sustitución, siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará al respecto con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes.

Este sistema de sustitución ha sido sustancialmente modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Ya desde la reforma de LO 11/2003, de 29 de septiembre, el mismo venía siendo objeto de duras críticas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. La LO 5/2010, de 22 de junio, atendió a estas objeciones de forma más bien insatisfactoria. Por su parte, la citada LO 1/2015 establece un sistema muy distinto al anterior a su entrada en vigor y no exento, ni mucho menos, de problemas.

Seguidamente se expondrán los aspectos fundamentales de este régimen de sustitución.

2.2. Naturaleza de la expulsión

2.2.1. *Naturaleza sui generis de la expulsión*

La expulsión solo se prevé explícitamente como medida de seguridad dentro del catálogo de medidas de seguridad que recoge el art. 96 CP. Expresamente no aparece, por tanto, en el catálogo general de penas en el vigente Código penal (ver art. 33 CP). Que el orden jurídico solo se refiera formalmente a la expulsión como medida de seguridad no

aclara la naturaleza de la misma.

La expulsión puede operar como consecuencia sustitutiva 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. Se puede decir que presenta una naturaleza *sui generis* dado que no cumple con los objetivos retributivos o preventivos a los que se orientan penas y medidas de seguridad, o al menos solo lo hace de manera tangencial y respecto de un concreto sector de la población.

Cuando se impone en sustitución de la pena, ha de negarse su naturaleza de medida de seguridad, tanto en el plano formal (ningún precepto establece expresamente que la expulsión en estos casos constituya una medida de seguridad), como material. Además de lo ya apuntado, la expulsión en estos casos 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. En los demás supuestos que serán analizados en la lección siguiente, su naturaleza de medida de seguridad se queda en un plano puramente formal (pues así aparece prevista), ya que no incide para nada en la peligrosidad del sujeto a quien se impone.

2.2.2. Carácter obligatorio de la expulsión y sus excepciones

Si bien la suspensión de las penas privativas de libertad ya analizadas la puede acordar el juez o tribunal de manera potestativa —excepto la libertad condicional—, la sustitución de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros por su expulsión resulta, con carácter general, obligatoria si se cumplen los requisitos que la ley establece a tal efecto (ver primer párrafo del art. 89.1 y art. 89.2 CP). La obligatoriedad de la expulsión, que fue introducida por la LO 11/2003, persistió tras la reforma de 2010 y se mantiene en el régimen vigente tras la reforma de 2015. Todo ello a pesar de las objeciones que se han hecho al respecto tanto en sede doctrinal como jurisprudencial.

No obstante, la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce importantes modificaciones en este sentido:

a) Con carácter general no procede a la expulsión *«cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada»* (art. 89.4 CP).

A este respecto, se aprecia una evolución desde el régimen de 2003 conforme al cual la renuncia a la expulsión y el consiguiente cumplimiento de la condena en España solo podía justificarse en virtud de la naturaleza del delito. Más adelante, la

reforma de 2010 permitía no proceder a la expulsión «*cuando se apreciaran razones que justificasen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*» (ver apartados 1 y 5 del art. 89 CP, redactados según la LO 5/2010, de 22 de junio). Con esta fórmula se concedía un mayor margen al juez para no acordar la expulsión, por mucho que no se especificaran esas «razones» que podían justificar tal decisión. Ya entonces la opinión mayoritaria entendía que dichos motivos no debían circunscribirse a la naturaleza y gravedad del delito, sino que podían referirse también a las circunstancias del ciudadano extranjero [arraigo, situación familiar, el hecho de que la vuelta al país de origen suponga un peligro para su vida, etc. —ver, en este sentido, Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO 11/2003, así como STEDH de 15 de noviembre de 1999 (Caso Chahal c. Reino Unido), entre otras—]. La LO 1/2015 parece haber recogido en parte estos planteamientos. Con todo, la solución no deja de plantear problemas ya que será difícil determinar *a priori* cuándo la expulsión resulta o no desproporcionada, lo que genera un alto grado de inseguridad jurídica para el potencial destinatario de esta medida.

b) Por otro lado, si el penado es ciudadano de la Unión Europea solo procederá la expulsión en dos supuestos (ver párrafo segundo del art. 89.4 CP):

1. 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.
2. Cuando el penado hubiera residido en España durante los diez 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 fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.
 - Que hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

No obstante, en cualquiera de estos supuestos, cuando la pena o penas de prisión impuestas fueran superiores a 5 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 y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida

por el delito. 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.

Este régimen especial para los ciudadanos de la Unión Europea se establece, según el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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, según los casos, si ello es necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. No obstante, 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, en todo caso, cuando el penado acceda al tercer grado o a la libertad condicional.

Esta novedad de la reforma de 2015 permite que la expulsión, como consecuencia sustitutiva de la pena de prisión, resulte completamente desvirtuada y pase a convertirse en una suerte de pena acumulativa a la de prisión impuesta al ciudadano extranjero. Este se puede ver obligado no solo a cumplir parte de la pena de prisión a la que fue condenado sino también a abandonar el país en el que reside y no regresar a él durante un tiempo que puede oscilar entre los 5 y los 10 años. Estamos, por tanto, ante una clara vulneración del principio *non bis in idem* que se permite no porque sea necesario desde el punto de vista preventivo especial, sino sobre la base de consideraciones de prevención general: como son la *necesidad de defensa del orden jurídico* y la *necesidad de restablecer la confianza en la vigencia de la norma*. Estos factores no resultan muy adecuados como criterios decisorios de la intensidad de la respuesta penal pues son muy permeables a consideraciones político criminales de dudosa legitimidad (como por ejemplo, la alarma o el impacto social del delito que resultan tan fácilmente manipulables). La referencia a estos factores supone, además, una instrumentalización del penado extranjero que resulta ilegítima e irrespetuosa con su dignidad. Además, implica una quiebra del

principio de igualdad con respecto a los ciudadanos nacionales que, habiendo cometido los mismos delitos, solo tendrían que cumplir con la pena de prisión y, en muchos casos ni siquiera eso, puesto que podrían beneficiarse de la suspensión con base en lo dispuesto en los arts. 80 y ss. CP. La quiebra del principio de igualdad resulta aún más evidente si tenemos en cuenta que la expulsión se prevé como consecuencia sustitutiva para cualquier extranjero, es decir, también para los que residen y trabajan legalmente en España.

En definitiva, la fórmula que introdujo la LO 1/2015, de 30 de marzo que permite acumular la expulsión a la ejecución parcial de la pena (con independencia de la duración de esta) plantea serios riesgos de inconstitucionalidad que el legislador ha tratado de contrarrestar a través de la excepción que se contempla en el primer párrafo del art. 89.4 CP, analizada *supra*. Con todo, ello depende de que la expulsión resulte «desproporcionada» y en la medida en que este término al que se refiere este precepto es indeterminado, la vigente regulación genera inseguridad jurídica y no ofrece una solución satisfactoria al problema.

2.3. Ámbito de aplicación

2.3.1. Ciudadanos extranjeros

Tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, la expulsión se ejecuta, teniendo en cuenta las excepciones anteriormente analizadas, en lugar de la pena de prisión impuesta a los ciudadanos extranjeros en los casos y con las particularidades que seguidamente se explican. Es decir, que los sujetos destinatarios de esta medida son los ciudadanos extranjeros con independencia de la legalidad o ilegalidad de su situación en España. Con esta modificación, la reforma del 2015 se desmarca de todos los regímenes anteriores a su entrada en vigor, que siempre tuvieron como destinatarios de la expulsión a los extranjeros que no residieran legalmente en España. Algo que el sistema vigente solo mantiene cuando la expulsión se impone en sustitución de una medida de seguridad (ver art. 96.3.2 CP).

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 regulados por los arts. 312, 313 y 318 bis CP (ver art. 89.9 CP).

2.3.2. Penas de prisión

La expulsión se impone en sustitución de las penas de prisión y, a este respecto, se pueden diferenciar dos posibilidades:

a) Las penas de prisión de más de 1 año y no superiores a 5 años impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español (art. 89.1 CP).

Antes de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, las penas privativas de libertad inferiores a 6 años impuestas a ciudadanos extranjeros que residieran ilegalmente en España debían, con carácter general, sustituirse por su expulsión del territorio nacional. Esto significa que la reforma de 2015 deja fuera del régimen las penas de prisión inferiores al año, lo cual se ha de valorar positivamente teniendo en cuenta que la expulsión en estos casos, dada la escasa gravedad de la pena impuesta, puede resultar de todo punto desproporcionada. Y más si se impone a ciudadanos extranjeros que residan legalmente en España.

Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión cuando el penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional (ver art. 89.1 CP). Esta excepción fue introducida por la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, y genera, entre otros problemas, inseguridad jurídica, como seguidamente se demuestra.

Ej. 33.14: Montgomery C., ciudadano norteamericano que reside legalmente en España, es condenado a una pena de 1 año y 6 meses de prisión y a la de dos años de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, por haber conducido a 91 km/h en un tramo de vía urbana en el que el límite máximo de velocidad era 30 km/h y con una tasa de alcohol en aire espirado de 0,7 miligramos por litro, habiendo puesto en peligro la vida y la integridad de las personas (ver apartados 1 y 2 del art. 379 CP en relación con el art. 380.2 CP). En este caso las consecuencias penales que los hechos pueden tener para Montgomery C. pueden ser muy distintas y la imposición de una u otra depende, en gran medida, del arbitrio judicial. Podemos diferenciar hasta tres posibles escenarios punitivos:

1ª. Puede ser que el juez entienda que, dado el arraigo de Montgomery C. en España, la expulsión resulte

desproporcionada y, en consecuencia, renuncie a la misma (art. 89.4 CP). En tal caso Montgomery C. tendrá que cumplir con la pena de privación del permiso de conducir, pero podrá no ejecutarse la pena de prisión a la que ha sido condenado si se dan los requisitos para que se suspenda, conforme a lo establecido en los arts. 80 y ss. CP. El precepto que permite renunciar a la expulsión en estos casos no establece que la pena de prisión se tenga necesariamente que ejecutar (art. 89.4 CP).

2ª. Puede ocurrir que Montgomery C. sea sin más expulsado del territorio nacional (art. 89.1 CP) con una prohibición de regreso de cinco a diez años.

3ª. Puede que el juez, en atención a las circunstancias previstas en el art. 89.1 CP, acuerde la ejecución de parte de la pena en España, por ejemplo de un año de prisión (no se podría ejecutar una parte de la pena superior a esta duración por el límite que, a estos efectos, establece el art. 89.1 CP), que Montgomery C. tendría que cumplir en un centro penitenciario español. El legislador establece que, en tal caso, el juez podrá ordenar «la ejecución» de parte de la pena por lo que no cabe suspender la misma por mucho que ello fuera posible conforme al régimen general previsto en los arts. 80 y ss. CP. Cumplida esa parte de la pena o una vez que Montgomery C. accediese al tercer grado o la libertad condicional, Montgomery C. tendría que ser expulsado del territorio nacional con la prohibición de regreso por tiempo de cinco a diez años.

b) Pena o penas de prisión cuya suma supere los 5 años. El juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena en España en la medida en que ello resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. 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.

Este régimen, fruto de la citada reforma de 2015, genera igualmente inseguridad jurídica.

Ej. 33.15: Supongamos que Montgomery C., es condenado como autor de una tentativa de homicidio del art. 138.1 CP a la pena principal de 6 años y 6 meses de prisión. Igual que sucedía en el Ej. 33.14, las consecuencias para Montgomery pueden ser muy distintas y, a este respecto, podemos diferenciar tres

posibles escenarios punitivos:

1ª. Puede ser que el juez entienda que, dado el arraigo de Montgomery C. en España, la expulsión resulte desproporcionada y, en consecuencia, renuncie a la misma (art. 89.4 CP). En tal caso, Montgomery C. cumpliría la pena de prisión conforme a las reglas generales ya estudiadas (ver *supra* lección 29 y las reglas analizadas en apartados anteriores de la presente lección sobre el acceso a la libertad condicional).

2ª. Puede ocurrir que Montgomery C. sea, sin más, expulsado del territorio nacional (art. 89.1 CP) con prohibición de regreso de cinco a diez años.

3ª. Puede ocurrir que el juez considere necesario para restablecer la confianza en el orden jurídico y en la vigencia de la norma infringida por el delito, que Montgomery C. cumpla todo o parte de la pena en España y, en caso de que decida que cumpla parte, que, una vez cumplida la misma o una vez hubiese accedido Montgomery C. al tercer grado o a la libertad condicional, fuese expulsado del territorio nacional.

2.4. Contenido de la expulsión

De acuerdo con lo establecido en el art. 89.5 CP, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde su fecha de expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

Antes de la LO 1/2010, de 22 de junio, el plazo de prohibición de entrada era en todo caso de diez años sin que el mismo se pudiese reducir por ninguna circunstancia lo cual suponía, en muchos casos, una quiebra del principio de igualdad y de proporcionalidad. Este cambio que introdujo la citada reforma de 2010 permite una graduación del periodo de expulsión, si bien no es del todo coherente con las previsiones de la Ley de extranjería, tras la reforma introducida por LO 2/2009, de 11 de diciembre, que impone un plazo máximo ordinario de cinco años, y de diez cuando el extranjero «*suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública*».

Por otro lado, la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (art. 89.6 CP).

2.5. Consecuencias del incumplimiento de la prohibición de regreso

Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento (art. 89.7 CP).

El régimen vigente en materia del efecto del incumplimiento de la prohibición de regreso es fruto de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo que, a este respecto, supone una mejora en comparación con la regulación anterior. La normativa derogada imponía, como consecuencia del quebranto de la prohibición de regreso para todos los casos, el cumplimiento íntegro de las penas sustituidas, es decir, con independencia del tiempo que hubiese transcurrido y las circunstancias concretas en que se hubiese producido dicho quebrantamiento. Ello podía suponer una vulneración del principio de igualdad y de proporcionalidad que el régimen actual trata de corregir. No obstante, en este contexto la referencia a las necesidades de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, resulta problemática por las razones apuntadas.

En caso de que el penado sea sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad (ver último párrafo del art. 89.7 CP).

2.6. El régimen de internamiento cautelar

Según el primer párrafo del art. 89.8 CP, 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 o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

2.7. Imposibilidad de llevarse a cabo la expulsión acordada

El último párrafo del art. 89.8 CP dispone que en todo caso, si acordada la expulsión esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a

la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma en los términos de los arts. 80 a 87 CP.

La imposibilidad de llevar a cabo la expulsión se produce a veces por no ser posible determinar la nacionalidad del penado.

LECCIÓN 34. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y REINSERCIÓN SOCIAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. LOS ORÍGENES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

La necesidad de que el Derecho penal albergara respuestas al delito distintas de la pena se empieza a advertir a finales del siglo XIX como consecuencia, entre otros factores, de la irrupción de la filosofía positivista que trajo consigo la aparición de las teorías relativas de la pena.

Como se puso de manifiesto en la lección 1, la mera retribución por el daño provocado por el delito dejó de ser concebida como la única finalidad que tenía que perseguir el castigo penal, de manera que el mismo debía también servir para evitar la comisión de futuros delitos tanto por parte de la colectividad (prevención general), como por parte del propio infractor (prevención especial).

Así entendida, la prevención especial empezó a perfilarse como uno de los fines a los que debía orientarse la pena y esta, como respuesta basada en el grado de injusto del hecho y en la culpabilidad del autor, no resultaba adecuada a tal efecto en algunos casos.

Ej. 34.1: Los sujetos inimputables por razón de su enfermedad mental que hubiesen cometido hechos constitutivos de delito, no podían ser considerados culpables y, en consecuencia, no se les podía aplicar una pena por la infracción cometida. Sin embargo, resultaba necesario ofrecer algún tipo de respuesta en tales supuestos, sobre todo cuando se podía esperar, en atención al hecho cometido y a la dolencia padecida por el sujeto, que el mismo cometiese nuevos delitos en el futuro. Las medidas de

seguridad surgen para hacer frente a estos y otros estados de peligrosidad de tal forma que, originariamente, encontraron su fundamento en la peligrosidad criminal predicable del sujeto destinatario de las mismas y tuvieron una orientación preventivo especial.

El Anteproyecto del Código penal suizo de STOOOS de 1893 recogió por primera vez, según la opinión mayoritaria, un sistema de medidas de seguridad.

En este cuerpo legal, so pretexto de que se trataba de respuestas diferentes a las penas cuyo fundamento y finalidad eran también distintos y que tenían un contenido fundamentalmente terapéutico, las medidas de seguridad quedaron fuera del sistema de garantías propio de las penas. Como aquellas se fundamentaban en la peligrosidad del autor y se orientaban a la prevención especial, su presupuesto de aplicación no tenía por qué consistir en la realización previa de un hecho constitutivo de delito por parte del sujeto, sino que bastaba con que se pudiera esperar que el mismo fuese a cometerlo en el futuro. Por otro lado, la duración de las medidas de seguridad no tenía por qué estar sujeta a límites predeterminados pues dependía de la peligrosidad del sujeto y, mientras esta subsistiera, también debía hacerlo la medida de seguridad.

Este planteamiento se recogió en el ordenamiento jurídico español, entre otras, por las hoy derogadas Ley de vagos y maleantes, aprobada el 4 de agosto de 1933 durante la Segunda República y modificada por el régimen franquista el 15 de julio de 1954, y Ley 16/1970 de *Peligrosidad y Rehabilitación Social*, aprobada por el régimen franquista el 5 de agosto, que permitía la aplicación de medidas de seguridad predelictuales e indeterminadas, basadas en la supuesta peligrosidad del sujeto en atención, por ejemplo, a su estilo de vida. Los recursos de amparo presentados contra la aplicación de la ley de 1970 dieron lugar a una serie de sentencias del Tribunal Constitucional que sentaron las bases y los principios rectores del actual sistema de medidas de seguridad que se explica a continuación (ver, entre otras, las SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, 23/1986, de 14 de febrero, y 131/1997, de 20 de julio).

2. PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTÍAS QUE RIGEN EL SISTEMA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

De todo lo expuesto en la lección 1 se desprende que el sistema de medidas de seguridad debe quedar sometido, al igual que el de las penas, a las garantías y principios rectores del orden punitivo en el Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución española. Estas garantías y principios son los siguientes:

1º. Solo se pueden imponer medidas de seguridad post-delictuales, puesto que si bien su fundamento radica en la peligrosidad criminal del sujeto sobre el que recaen, esta se ha de exteriorizar en la comisión, por parte del mismo, de un hecho previsto como delito (ver art. 6.1 CP). El significado que cabe otorgar al término «delito» en este ámbito será objeto de análisis en los siguientes apartados de la presente lección.

El sistema de medidas queda sujeto, por tanto, al principio del hecho que constituye el presupuesto de toda intervención punitiva. Ello garantiza, a su vez, la seguridad jurídica porque el hecho previsto como delito, al ser un comportamiento externo regulado en la ley, puede ser objeto de constatación y prueba. Si la respuesta penal consistente en la medida de seguridad pudiera prescindir de tal conexión objetiva y externa (de la conducta, del hecho), su presupuesto legitimador carecería de la más elemental determinación y la prueba o constancia de este no ofrecería garantía alguna.

2º. Las medidas de seguridad quedan sujetas al principio de legalidad cuyo régimen de garantías despliega en este ámbito todos sus efectos, tal y como vimos en la lección 2.

3º. Proporcionalidad y necesidad de las medidas de seguridad: Las medidas de seguridad deben ajustarse al principio de proporcionalidad, de manera que no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (art. 6.2 CP). La introducción de la prisión permanente revisable por parte de la LO 1/2015, de 30 de marzo, implica la posibilidad de imponer medidas de seguridad de duración indeterminada cuando se ha cometido un hecho delictivo que tenga prevista esa pena (por ejemplo, el asesinato de una persona menor de dieciséis años de edad, regulado por el art. 140.1.1 CP).

En ocasiones no resulta fácil comparar la gravedad de la pena y de la medida a imponer para dar cumplimiento a esta exigencia. En algunos casos la cuestión es clara. Por ejemplo, si la pena que se podría haber impuesto no es privativa de libertad, la medida a

imponer tampoco puede serlo. Pero más allá de este límite, no existen criterios claros para determinar si una pena no privativa de libertad es más o menos gravosa que una medida de seguridad no privativa de libertad, sobre todo si la comparación hay que hacerla teniendo en cuenta la pena abstracta prevista en la ley para el delito cometido. A este respecto, se debe atender también a las circunstancias personales, laborales y familiares del sujeto que vaya a ser destinatario de la medida, así como los efectos que la misma tendría sobre aquel.

Dentro de este marco, definido por el principio de proporcionalidad, 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» (art. 6.2 CP).

En relación con este principio de necesidad se pueden hacer las siguientes matizaciones:

1º. La medida elegida debe ser la necesaria para responder a la peligrosidad del sujeto, sin que por este motivo se pueda elegir una medida que resulte más gravosa que la pena prevista para el hecho cometido. En cambio, sí se puede optar por una medida menos gravosa que dicha pena si aquella resulta suficiente para responder a la peligrosidad del sujeto.

2º. La medida durará en tanto en cuanto subsista la peligrosidad de quien se le aplique, pero nunca más allá del límite máximo de duración de la pena prevista para el hecho delictivo cometido. Ello significa que, en aras de la necesidad, no se puede rebasar la duración máxima pero sí reducir la misma en caso de que, antes de llegar a ese límite máximo, la medida resulte innecesaria porque la peligrosidad haya desaparecido.

3º. El principio de necesidad explica que la decisión de aplicar medidas de seguridad resulte potestativa por parte del juez o tribunal que, a tal efecto, ha de establecer discrecionalmente si la peligrosidad del sujeto requiere de la aplicación de una medida de seguridad. La imposición de la pena resulta, sin embargo, obligatoria cuando concurren los presupuestos exigidos, a tal efecto, por la ley.

II. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y REINSERCIÓN SOCIAL

Para que se pueda aplicar una medida de seguridad de las previstas en

el vigente Código penal es preciso que se cumplan los requisitos que seguidamente se analizan.

1. COMISIÓN DE UN HECHO PREVISTO COMO DELITO

Como ya se puso de manifiesto, las medidas de seguridad son siempre post-delictuales, de manera que el sujeto a quien se imponen tiene que «haber cometido un hecho previsto como delito» (arts. 6.1 y 95.1.1 CP). La realización del hecho debe establecerse en sentencia firme como se desprende de la garantía jurisdiccional analizada en la lección 2. Por otro lado, ¿qué interpretación cabe dar al término «delito» que el legislador emplea al describir este presupuesto de aplicación de la medida de seguridad? A este respecto se pueden hacer dos precisiones:

1ª. Antes de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, la opinión doctrinal mayoritaria interpretaba restrictivamente la expresión «delito» considerando que la misma abarcaba a las infracciones que hasta dicho cambio legislativo se consideraban delitos en sentido estricto, es decir, los delitos graves y menos graves (ver apartados 1 y 2 del art. 13 CP) y no a las hoy derogadas faltas (art. 13.3 CP antes de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo).

Los partidarios de este planteamiento se basaban, por un lado, en razones de carácter formal: los arts. 6.1 y 95.1.1 CP se referían y se refieren literalmente al hecho constitutivo de «delito», sin mencionar a las faltas. Por otro lado y dado que, con carácter general, la medida de seguridad no puede superar en gravedad a la de la pena prevista para el hecho delictivo (art. 6.2 CP), el margen de aplicación de aquella resultaba más bien estrecho en el ámbito de las derogadas faltas, teniendo en cuenta la levedad de las penas con que las mismas se castigaban. Por su parte, un sector doctrinal y jurisprudencial minoritario era partidario de incluir la comisión de las derogadas faltas como presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad puesto que, por un lado, nada impedía ajustar las mismas a la levedad de las penas con que se castigaban este tipo de infracciones y, por otro, la comisión de este tipo de infracciones podía resultar indicativa de la peligrosidad del infractor, que no deja de ser el fundamento de las medidas de seguridad.

Con la citada reforma de 2015, en aras del principio de intervención mínima, las faltas desaparecen del Código penal y parte de las mismas, supuestamente las más graves, pasan a ser

delitos leves que se castigan con penas formalmente leves pero, en general, de mayor gravedad que las que castigaban las antiguas faltas. Por tanto, hoy día ya no existen razones formales ni materiales para descartar la comisión de hechos constitutivos de delitos leves como presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad.

En conclusión, la comisión de hechos constitutivos de delitos graves, menos graves o leves constituye presupuesto de aplicación de medidas de seguridad.

2ª. Se entiende que el término «delito» alude a la infracción penal típica y antijurídica (ver *supra* lección 5). 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.

Como se puso de manifiesto en lecciones anteriores, la concurrencia de tales causas implica que ya no existe una desaprobación del hecho por parte del ordenamiento jurídico dado que el mismo resulta necesario para salvar un valor o interés de mayor importancia que el que pone en peligro o lesiona la conducta típica (ver *supra* lecciones 16, 17 y 18). En este sentido, del hecho aprobado por el orden jurídico difícilmente se puede predicar la peligrosidad de quien lo comete, por lo que la aplicación de la medida de seguridad carece, en estos casos, de fundamento.

2. PROBABILIDAD DE COMISIÓN DE NUEVOS DELITOS

La ley vigente exige que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2 CP).

La peligrosidad debe ser de naturaleza criminal, es decir, que se circunscribe a 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 un riesgo de que el sujeto cometa varios delitos y no solo uno, como parece desprenderse de la literalidad del precepto que se refiere a la peligrosidad criminal como a la probabilidad de comisión de «nuevos delitos» en plural.

Por otro lado, la peligrosidad no se puede presumir en ningún caso, sino que debe establecerse en el proceso y puede ser objeto de

controversia.

Esta prognosis [conocimiento anticipado del acaecimiento de un hecho] requiere un diagnóstico previo del sujeto en el que se ha de valorar el hecho cometido y las circunstancias personales, familiares, sociales y laborales que se consideren indicativas del riesgo de comportamiento delictivo futuro. La selección de dichos factores de peligro debe hacerse conforme a criterios científicos obtenidos a partir de estudios empíricos.

3. SUJETOS A QUIENES SE LES PUEDEN IMPONER MEDIDAS DE SEGURIDAD

Los sujetos a quienes se les puede imponer una medida de seguridad deben pertenecer a alguna de las categorías que se analizan a continuación.

3.1. Sujetos inimputables

Dentro de los cuales podemos diferenciar los siguientes:

1. Sujetos declarados exentos de responsabilidad penal conforme al número 1º del art. 20 CP (art. 101.1 CP). Son quienes, al tiempo de cometer la infracción penal y a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no puedan comprender la ilicitud del hecho u obrar conforme a esa comprensión.
2. Sujetos declarados exentos de responsabilidad penal conforme al número 2º del art. 20 CP. Se trata de personas que, al tiempo de cometer la infracción penal, se hallen en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o se encuentren bajo un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia de tales sustancias, que les impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.
3. Sujetos declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3º del art. 20 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.

Estos preceptos indican que la inimputabilidad, ya se deba a una anomalía psíquica, a una intoxicación plena o al síndrome de abstinencia (por consumo o dependencia, respectivamente, de drogas o alcohol) o a una alteración de la percepción, aparece legalmente prevista como una categoría de estado peligroso. Se entiende que el sujeto inimputable que ha cometido un hecho delictivo muestra con frecuencia una tendencia a repetir ese patrón de conducta. No obstante, no cabe presumir esta peligrosidad criminal por la mera

conurrencia de las referidas circunstancias, sino que la misma se debe demostrar sobre el análisis de datos concretos tal y como se indicó en el apartado anterior.

Es preciso tener en cuenta, a este respecto, que el art. 383 LECrim prevé la posibilidad de imponer una medida de seguridad al sujeto imputable en el momento de comisión del delito si deviene «demente» durante la sustanciación del proceso y antes de que recaiga sobre el mismo sentencia condenatoria y esta adquiera firmeza. El referido precepto establece que en tal caso, *«se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de este lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia»*. Se entiende que el término «demencia» de la LECrim se ha de identificar con la anomalía o alteración psíquica descrita en el número 1º del art. 20 y prevista como una de las causas de inimputabilidad a las que se refiere el Código penal como categoría de estado peligroso que conduce a la exención de responsabilidad penal y a la aplicación de medidas de seguridad. Cabe entender, por tanto, que además de que sobrevenga el estado de inimputabilidad antes de concluido el proceso, sea necesario confirmar la peligrosidad criminal del procesado.

La previsión de la LECrim analizada permite, por tanto, imponer medidas de seguridad pre-delictuales teniendo en cuenta que la realización del hecho delictivo por parte de los potenciales destinatarios de las mismas no ha sido aún confirmada por sentencia condenatoria. Por otro lado, esta regulación de medidas de seguridad en el marco de procesos penales inconclusos no se remite a la normativa de las medidas cautelares que se pueden acordar en dichos procesos, por lo que puede dudarse de su legitimidad (ver arts. 489 y ss., 502 y ss., 544 bis, 589 y ss., y 764.4 LECrim; ver también *supra* lección 27). Y ello porque la excepcionalidad, la necesidad y la proporcionalidad que deben acompañar a todas las medidas cautelares como privaciones de derechos impuestas al individuo que aún goza de la presunción de inocencia, no son objeto de mención expresa por parte del mencionado art. 383 LECrim. Ciertos sectores doctrinales se han mostrado críticos a este respecto.

Por otro lado, cuando concurre la inimputabilidad y la peligrosidad criminal en el sujeto solo puede aplicarse, siempre que se den los demás requisitos establecidos al efecto, la medida de seguridad como

alternativa a la pena. La ausencia de imputabilidad supone la ausencia de la culpabilidad y con ello la desaparición del fundamento de la pena.

3.2. Sujetos semiimputables

Según el art. 104.1 CP, se trata de personas a las que se les aplica la exigente incompleta del art. 21.1 CP en relación con los números 1º, 2º y 3º del art. 20 CP.

Al igual que la inimputabilidad, la semiimputabilidad aparece legalmente prevista como categoría de estado peligroso en el sentido que se apuntó más arriba. En estos casos, como se verá más adelante, se pueden aplicar conjuntamente penas y medidas de seguridad teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 99 y 104.1 CP que establecen, a tal efecto, el denominado *sistema vicarial*. Y es que en estos supuestos subsiste el fundamento tanto de la pena como el de la medida de seguridad. La condición psíquica del sujeto infractor, tenga su origen en una anomalía psíquica, en la intoxicación o síndrome de abstinencia (por consumo o dependencia, respectivamente, de las drogas o el alcohol) o en una alteración de la percepción, no excluye su imputabilidad ni, por tanto, su culpabilidad y, al tiempo, puede resultar indicativa de su peligrosidad delictiva que habrá de confirmarse en todo caso.

3.3. Sujetos extranjeros no residentes legalmente en España

Nos limitamos en este apartado a los ciudadanos extranjeros inimputables o semiimputables que no residen legalmente en España, dejando fuera a los ciudadanos extranjeros imputables, residentes legales o ilegales, condenados a penas de prisión superiores al año de duración. En algunos de estos casos la expulsión se impone en sustitución de la pena impuesta y su naturaleza y régimen fueron analizados en la lección anterior. Baste recordar que la expulsión en tales supuestos no tiene naturaleza de medida de seguridad ni en el plano formal, ni en el plano material.

No obstante, 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. En estos casos, su naturaleza como medida de seguridad que negamos desde el punto de vista material (ver *supra* lección 33), subsiste aunque en un plano puramente formal. Así, el art. 108.1 CP establece que el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia del sujeto, la expulsión del territorio nacional en sustitución de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de dichas medidas en España.

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 que les corresponda. Después de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, y antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, solo se podía aplicar la libertad vigilada a los sujetos imputables comprendidos en cualquiera de las dos siguientes categorías:

- Sujetos condenados a penas de prisión por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales del Título VIII del Libro II del Código penal.

De acuerdo con el art. 192.1 CP a los condenados a penas de prisión por uno o más delitos de los comprendidos en dicho Título, se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

- Sujetos condenados a penas privativas de libertad por la comisión de delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal.

El art. 579 bis 2 CP establece que a los condenados a pena privativa de libertad por uno o más de los referidos delitos se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, si la pena fuera grave, y de uno a cinco, si fuera menos grave. No obstante lo anterior, en este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

La reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, mantiene el régimen descrito y amplía las posibilidades 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 1 del Libro II del Código penal, que lleva por rúbrica «Del homicidio y sus formas» (art. 140 bis CP).
- Sujetos condenados por la comisión de uno o más delitos del Título III del Libro II del Código penal que lleva por rúbrica «De las lesiones», pero siempre que la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP (art. 156 ter CP).
- Sujetos condenados por la comisión del delito de violencia física o psíquica habitual del art. 173.2 CP (ver último párrafo del art. 173.2 CP).

En virtud de este precepto se castiga al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Así pues, la medida de libertad vigilada cuyo contenido, analizado *infra*, regula el art. 106 CP y que constituye una de las novedades que introdujo la LO 5/2010, de 22 de junio, se puede imponer no solo a los sujetos inimputables o semiimputables, sino también a los imputables que hayan sido condenados por la comisión de determinados tipos delictivos. La reforma de 2010 circunscribió la imposición de la libertad vigilada a delitos que se consideran de especial gravedad, como los delitos sexuales y los delitos de criminalidad organizada y terrorismo, antes nombrados.

En la Exposición de Motivos de la reforma de 2010 se pone de manifiesto que la peligrosidad que justifica esta medida cuando se impone al sujeto imputable deriva de la gravedad del hecho cometido. De ahí que la ley obligue al tribunal sentenciador a imponer la libertad vigilada para que se cumpla con posterioridad

al cumplimiento de la pena impuesta en los casos analizados de criminalidad organizada y terrorismo, salvo que la pena privativa de libertad impuesta sea menos grave y el delincuente haya cometido un solo delito y por primera vez (en cuyo caso la imposición de la libertad vigilada es potestativa). Semejantes previsiones consagran una presunción de peligrosidad basada en la gravedad del hecho que se aleja notablemente del concepto de peligrosidad que recoge el art. 95.1.2 CP como presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad en general. Cabe recordar que la peligrosidad a la que alude este precepto deriva no solo del hecho cometido, sino también de las circunstancias personales del infractor y su apreciación no puede ser automática.

En este sentido, la imposición obligatoria de la libertad vigilada a los imputables tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad así prevista, constituye una quiebra del sistema de garantías que las medidas de seguridad han de respetar, pues tal imposición automática puede resultar innecesaria y por ende desproporcionada (ver art. 6.2 CP) para aquellos casos en que no quepa hacer un pronóstico de peligrosidad del condenado, circunstancia perfectamente posible tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad por parte del mismo. No obstante, los preceptos que regulan la ejecución de libertad vigilada en los supuestos en que la misma ha de cumplirse por sujetos imputables tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, resuelven en cierto modo el escollo descrito al permitir que la misma quede sin efecto antes de su aplicación si ello se considera innecesario en vista del pronóstico positivo de reinserción del sujeto (ver art. 106.3.c) CP).

Por su parte, la reforma de 2015, como se acaba de poner de manifiesto, amplía la posibilidad de imponer la libertad vigilada a otras categorías de sujetos imputables pero, en estos casos, tiene siempre carácter potestativo. En el Preámbulo de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, el legislador no da ninguna razón para explicar esta ampliación del ámbito de la libertad vigilada a sujetos imputables (simplemente deja constancia de la misma).

El fundamento que manejó el legislador de 2010 para justificar la imposición de la libertad vigilada a los sujetos imputables consistía en la peligrosidad derivada de la especial gravedad de las infracciones por las que los mismos habían de ser condenados (criminalidad organizada, terrorismo y delincuencia sexual). Pero el legislador de 2015 no ha determinado, de forma

específica, cuál es el fundamento de la libertad vigilada aplicable a sujetos imputables en los nuevos supuestos que regula. Así las cosas, se entiende que el juez habrá de valorar si se dan los presupuestos generales que rigen en materia de medidas de seguridad. Es decir, habrá de comprobar la existencia de peligrosidad criminal por parte del penado a quien se le vaya a imponer la medida de seguridad y habrá que determinar si la misma es necesaria para conjurar dicha peligrosidad. Asimismo, habrá de observar el principio de proporcionalidad de manera que la libertad vigilada no sea más grave que la pena impuesta. Algo que en ocasiones será difícil de determinar, teniendo en cuenta que la pena impuesta en estos casos no tiene que ser necesariamente privativa de libertad.

Ej. 34.2: Pensemos en el sujeto que comete como autor y contra su progenitor un delito consumado de lesiones del art. 147.2 CP, al que se le impone una pena de multa de dos meses de duración. En este caso y en virtud de lo establecido en el art. 156 ter CP, se podría imponer, además de la pena, la medida de seguridad de libertad vigilada.

Tampoco queda claro qué se debe tener en cuenta a fin de determinar la duración máxima que puede tener la libertad vigilada en estos casos. Ello porque el art. 105.1 CP establece que la misma no puede durar más de cinco años, dado que no está expresamente prevista su duración por los preceptos de la Parte especial que prevén su posible aplicación. Pero, por otro lado, la regla general del art. 6.2 CP establece que la medida de seguridad no puede ser de mayor duración que la pena abstractamente prevista para el delito. En este sentido, muchos de los delitos que permiten la aplicación de la libertad vigilada en los supuestos que estamos analizando están castigados con penas que superan con creces los cinco años de duración (por ejemplo, el delito de homicidio del art. 138.1 CP que se castiga con la pena principal de prisión de diez a quince años). Asimismo, este nuevo régimen de aplicación de la libertad vigilada previsto por la LO 1/2015, de 30 de marzo, puede resultar arbitrario y dar lugar a situaciones en las que el principio de igualdad puede resultar vulnerado. Ello porque los presupuestos que han de cumplirse para aplicar la libertad vigilada en los casos analizados pueden concurrir en muchos otros en los que, sin embargo, esta medida no se puede aplicar.

Ej. 34.3: Pensemos en los condenados por cualquiera de los delitos contra la libertad. Así, el hombre que amenaza a su mujer con matarla y es condenado como autor de un delito de amenazas del art. 169 CP. En tal caso, la libertad vigilada no se puede acordar (aunque se dieran los requisitos que, con carácter general, se exigen para la imposición de medidas de seguridad), pero sí se podría acordar si, en lugar de amenazar de muerte a su mujer, el sujeto la empuja sin causarle lesiones y es condenado como autor de un delito de maltrato del art. 153.1 CP.

En cualquier caso, el régimen de la libertad vigilada aplicable a los sujetos imputables constituyó un hito en la historia jurídico penal de la democracia en España en el momento de su introducción con la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio. Y es que por primera vez se permitió que la intervención penal sobrepasase el límite de la retribución en aras de la prevención especial. En este sentido, la libertad vigilada, cuando se aplica a los condenados por terrorismo, criminalidad organizada o delincuencia sexual, implica la privación de derechos del sujeto que ya ha cumplido la pena prevista como castigo para el delito cometido. Cabe, cuando menos, cuestionar la legitimidad de esta medida dado que, en su virtud, el sujeto va a ver mermados sus derechos no por el comportamiento que realizó cuyo castigo ya ha cumplido, sino por las conductas delictivas que pudiera cometer en el futuro cuyo acaecimiento es, por definición, incierto. Pese a todo, la LO 1/2015, de 30 de marzo, mantiene este régimen vigente con anterioridad a su aprobación, amplía el ámbito de aplicación de la libertad vigilada a sujetos imputables y genera, con ello, nuevos problemas.

III. CLASES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo al vigente Código penal aparecen previstas en el art. 96 CP. Este precepto diferencia entre medidas privativas y no privativas de libertad.

1. MEDIDAS DE SEGURIDAD PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1.1. Naturaleza y finalidad

Privan al sujeto de su libertad ambulatoria dado que su cumplimiento exige que el mismo permanezca en un centro de internamiento adecuado a su peligrosidad en el que recibe tratamiento. La finalidad

de estas medidas es, por ello, terapéutica y resocializadora pero también asegurativa o inocuizadora, 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 solo pueden aplicarse a los sujetos declarados inimputables o semiimputables de acuerdo con lo indicado en apartados anteriores y si la pena que se les hubiera impuesto, de haber sido considerados penalmente responsables de los hechos cometidos, también fuera privativa de libertad (art. 95.2 CP). La medida privativa de libertad también exige para su imposición que resulte necesaria en atención a la peligrosidad del sujeto (art. 101.1 CP). Se entiende que esta necesidad se da cuando la peligrosidad no pueda ser conjurada mediante otro tipo de medidas.

El art. 96.2 CP permite diferenciar entre distintos tipos de centros de internamiento que se perfilan como el destino del sujeto al que se le aplique la medida de seguridad privativa de libertad, en función de la anomalía o problema que padezca. En este sentido, se distinguen tres tipos de centros que se estudian a continuación.

1.2.1. Centros de internamiento psiquiátricos

A ellos se refiere el art. 96.2.1 CP. En ellos pueden ser internados los sujetos inimputables por causa de anomalía o alteración psíquica a la que hacen referencia los arts. 20.1 y 101.1 CP, o los sujetos semiimputables por ese mismo motivo (ver arts. 21.1 en relación con 20.1 y 104.1 CP). El centro de internamiento psiquiátrico de destino deberá ser el que resulte más adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que padezca el sujeto (art. 101.1 CP). En este sentido, también se puede proceder al internamiento de estos sujetos en un centro educativo especial del art. 96.2.3 CP, si ello resultara más conveniente para el tratamiento de su dolencia. Estos centros serán objeto de posterior análisis.

En el RD 190/1996 (ver *supra* lección 29) se regulan los establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias que se definen en su art. 183 como los «centros destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes» y que se consideran centros penitenciarios especiales según el art. 11 LOGP. Parece, por tanto, que el internamiento en un centro psiquiátrico debería en principio cumplirse en dichos establecimientos, si bien los arts. 96.2 y 101.1 CP que regulan las medidas de seguridad, no establecen ninguna previsión expresa al respecto. Por otro lado, la doctrina ha denunciado la

escasez de estos centros en el sistema penitenciario español lo que impide, en algunos casos, dar adecuada respuesta a los enfermos psiquiátricos inimputables o semiimputables que cometen hechos constitutivos de delito.

1.2.2. Centros de internamiento de deshabitación

A ellos se refiere el art. 96.2.2 CP. 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 los que resulten semiimputables por los mismos motivos (arts. 21.1 CP y 104.1 CP).

El art. 102.1 CP establece que, en estos casos, el internamiento tendrá lugar en un centro de deshabitación público o privado debidamente homologado. Por su parte, el art. 182 RD 190/1996, dentro del capítulo de cumplimiento en unidades extra penitenciarias, se refiere a los internamientos en centros de deshabitación estableciendo en su apartado 3 que la «...*La Administración Penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código penal*». De todo ello se desprende que los centros de deshabitación, sean públicos o privados, se ubican fuera del sistema penitenciario.

1.2.3. Centros de internamiento educativos especiales

Aparecen previstos en el art. 96.2.3 CP. En ellos se puede proceder al internamiento de dos categorías de sujetos:

- Sujetos inimputables o semiimputables por razón de anomalía o alteración psíquica (ver *supra* apartado 1.2.1. del presente epígrafe), siempre que ello sea más adecuado para el tratamiento de su dolencia. En caso contrario se debería optar por el centro psiquiátrico de internamiento.
- Sujetos inimputables o semiimputables por padecer una alternación de la percepción que altere gravemente la conciencia de la realidad (ver arts. 20.3, 103.1 y 104.1 CP).

El RD 190/1996 no se refiere expresamente a este tipo de centros de internamiento educativos especiales. No obstante, la referencia en dicho reglamento que, por su amplitud, podría abarcar este tipo de establecimientos sería la de su art. 183 que alude a las unidades psiquiátricas penitenciarias como los lugares destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de

libertad impuestas por los tribunales.

2. MEDIDAS DE SEGURIDAD NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

2.1. Naturaleza y finalidad

Aparecen enumeradas en el apartado 3 del art. 96 CP y 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 custodia familiar.
- La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

La reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, simplificó el régimen de las medidas no privativas de libertad al incluir muchas de las que existían antes de este cambio legislativo dentro de la medida de libertad vigilada, medida que dicha reforma introdujo y cuyo contenido se analizará más adelante.

2.2. Sujetos destinatarios

Salvo la expulsión del territorio nacional que solo puede imponerse a los ciudadanos extranjeros que no residan legalmente en España y que, de acuerdo con lo ya explicado, no tiene naturaleza de medida de seguridad más allá de un plano puramente formal, el resto de medidas no privativas de libertad puede aplicarse a los sujetos considerados inimputables o semiimputables, que fueron objeto de análisis en los apartados anteriores, siempre que se den los presupuestos necesarios que ya fueron analizados.

Por su parte, a los imputables condenados por delitos de homicidio, lesiones, violencia física o psíquica habitual (art. 173.2 CP), se les puede aplicar además de la pena objeto de la condena, la libertad vigilada como medida de seguridad no privativa de libertad. Asimismo, los condenados a penas de prisión por la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y los condenados a penas privativas de libertad en casos de criminalidad organizada y delitos de terrorismo se les deberá o se les podrá aplicar, según los casos, la medida de seguridad de libertad vigilada para que la misma se cumpla con posterioridad a la ejecución de la pena.

2.3. Análisis de las distintas medidas no privativas de libertad

En el presente apartado se procede exclusivamente al estudio de la

custodia familiar y de la libertad vigilada pues el resto de medidas de seguridad no privativas de libertad tienen el mismo contenido que algunas penas privativas de otros derechos que ya fueron analizadas (ver *supra* lección 30). En lo que respecta a la expulsión del territorio nacional aplicable a los ciudadanos extranjeros que no residen legalmente en España, nos remitimos a lo dicho en apartados anteriores de la presente lección así como a lo expuesto en la lección 33.

Hay que señalar, no obstante, que cuando la expulsión se aplica como medida de seguridad que sustituye a otras medidas de seguridad impuestas a ciudadanos extranjeros inimputables o semiimputables que residan ilegalmente en España, la prohibición de entrada es, en todo caso, de diez años (art. 108.2 CP).

La prohibición de entrada, en los casos en que la expulsión se impone en sustitución o además de la pena de prisión impuesta a ciudadanos extranjeros puede durar entre 5 y 10 años (art. 89.5 CP). Esta diferencia carece de justificación y probablemente se deba a un descuido del legislador quizá provocado por la celeridad y urgencia con que se llevan a cabo últimamente las reformas de las leyes penales en España. Ello porque el plazo de prohibición de entrada era también de diez años para todos los casos en que la expulsión se aplicaba en sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a extranjeros no residentes legalmente en España antes de la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, que, sin embargo, no modificó el referido plazo cuando la expulsión se aplica como sustitutiva de otra medida de seguridad, permitiendo la quiebra de los principios de igualdad y proporcionalidad (ver *supra* lección 33). Tampoco la LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha modificado sustancialmente el régimen de sustitución de la pena de prisión impuesta a ciudadanos extranjeros, ha corregido este error.

2.3.1. La custodia familiar

Según el art. 96.3.4 CP, el sometido a la custodia familiar quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el juez de vigilancia penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

2.3.2. La libertad vigilada

El contenido de esta medida aparece descrito en el art. 106 CP con el siguiente tenor: «**1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte**

de alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.*
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.*
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.*
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o Tribunal.*
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal.*
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal.*
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.*
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.*
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.*
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.*
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico».*

Esta medida ya prevista, aunque con un contenido en parte distinto, por la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, constituye, como ya se indicó, una de las novedades introducidas por la reforma de LO 5/2010, de 22 de julio. La importancia de este cambio legislativo debe ser matizada porque lo novedoso de la libertad vigilada no radica en su contenido. En este sentido, se perfila como una medida que aglutina a otras ya existentes antes de la reforma de 2010 que coinciden en su mayoría con penas privativas de otros derechos ya analizadas, y que ahora aparecen como privaciones de derechos u obligaciones en los que la libertad vigilada se puede concretar.

La finalidad principal e inmediata de la gran mayoría de tales prohibiciones y obligaciones es meramente asegurativa pues las mismas se orientan a evitar o dificultar que el sujeto cometa nuevos delitos. El componente resocializador o terapéutico se advierte con más claridad en las obligaciones a las que se refieren los apartados j) y k) del art. 106.1 CP.

Lo verdaderamente novedoso de la libertad vigilada es el hecho de que

la misma se pueda o se deba aplicar, según los casos, 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. La cuestionable legitimidad de esta aplicación de la libertad vigilada ya se puso de manifiesto en apartados anteriores de la presente lección. Como también se indicó, la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, amplía la posibilidad de aplicar la libertad vigilada a sujetos imputables condenados por determinados delitos, distintos de los mencionados, y sobre la base de un régimen que no está, ni mucho menos, exento de problemas.

IV. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las normas que rigen la ejecución de las medidas de seguridad aparecen previstas en los arts. 95.2, 97, 98, 99 y 101 a 108 CP. En aras de la claridad expositiva, se procede a diferenciar entre tres posibilidades de ejecución tomando como referente al tipo de sujeto destinatario de la medida 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 por alguna de las causas de los apartados 1º, 2º y 3º del art. 20 y se ha confirmado su peligrosidad criminal, se puede proceder a la imposición de una medida de seguridad. Llegados a este punto, se pueden plantear las siguientes hipótesis que seguidamente se analizan.

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 el mismo considerado imputable, fuese privativa de libertad. En tal caso se le puede imponer una medida de internamiento de las que prevé el Código penal, en función de cuál sea la causa de inimputabilidad (ver arts. 95.2, 96.2, 101.1, 102.1 y 103.1 CP), y si ello se considera además necesario como respuesta a la peligrosidad del sujeto (art. 6.2 CP).

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, y a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará ese máximo en sentencia*» (ver arts. 101.2, 102.2 y 103.2 CP). Se observa que esta mención legal no se corresponde con la establecida en el art. 6.2 que se refiere «*a la pena abstractamente aplicable al hecho cometido*» para determinar el máximo de duración de la medida de seguridad. Ello genera no pocos problemas de interpretación.

Con todo, la previsión de los arts. 101.2, 102.2 y 103.2 CP se refiere al «*tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiese sido declarado responsable*» como criterio para determinar la duración máxima de la medida de seguridad a imponer, pero tiene otro tipo de implicación que debe ser apuntada con carácter previo. Y es que esta mención legal excluye como presupuesto fáctico legitimador de la aplicación de la medida de seguridad al hecho típico y antijurídico pero no culpable por razón de la concurrencia de una causa de inexigibilidad que se aprecie como eximente completa (por ejemplo, el estado de necesidad exculpante cuando los bienes en conflicto tienen la misma entidad), cometido por un inimputable. Ello porque el sujeto, de haber sido imputable y haber cometido tal hecho inexigible no habría sido declarado responsable. La interpretación del «*hecho previsto como delito*» presupuesto fáctico general de aplicación de las medidas de seguridad del art. 95.1.1 CP que se identifica con el hecho típico y antijurídico debe, por tanto, matizarse en atención a lo expuesto.

En cualquier caso, para determinar el límite máximo de duración de la medida privativa de libertad en estos supuestos caben diferentes interpretaciones. Ello por la falta de congruencia que existe entre las reglas generales del art. 6.2 CP y las específicas de los arts. 101.2, 102.2 y 103.2 CP. A este respecto se proponen dos alternativas:

1ª. 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.

A tal efecto, el juez habrá de fijar dicha pena en sentencia teniendo en cuenta todos los factores que rigen para la determinación e individualización de la pena (ver *supra* lección 32). Es decir, que habrá que considerar la figura

delictiva, el grado de realización de la misma, el grado de participación y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que hubiesen concurrido (salvo que se tratase de un delito imprudente o un delito leve), a excepción, claro está, de la causa de inimputabilidad. Todo ello dará lugar a un marco penal y el juez deberá fijar una cantidad de pena exacta dentro de dicho marco que operará como límite máximo de duración de la medida de seguridad.

2ª. En la práctica jurisprudencial 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 (ver *supra* lección 32) por razón de grado de ejecución alcanzado y la forma de participación y sin considerar las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas que hayan podido concurrir (ver, entre otras, las STSS 1648/2002, de 14 de octubre, y 1176/2003, de 12 de septiembre). Se entiende que el grado de ejecución y la forma de participación constituyen elementos susceptibles de ser incluidos en el concepto de figura delictiva realizada. 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.

Ej. 34.4: Si el sujeto comete un delito consumado de homicidio del art. 138.1 CP y participa en los hechos como autor, el marco penal que le corresponde es de 10 a 15 años de prisión. En el ejemplo propuesto, el juez deberá fijar en 15 años la duración máxima de la medida de seguridad a aplicar.

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. Ello salvo que la pena que se hubiera podido imponer de haber sido el sujeto imputable, fuese la de prisión permanente revisable. En tal caso la duración de la medida de seguridad resulta indeterminada al igual que la de dicha pena.

Ej. 34.5: Si el sujeto comete como autor un delito consumado de asesinato de una persona menor de 16 años, la pena que se debe imponer, si el sujeto es imputable, es la de prisión permanente revisable (art. 140.1.1 CP). En este caso, la medida

de seguridad podría tener una duración indeterminada al igual que la pena de prisión permanente revisable.

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 (ver arts. 101.2, 102.2 y 103.3 CP), de acuerdo con las normas que rigen la ejecución de estas medidas que serán analizadas en el siguiente apartado.

Por otro lado, cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del art. 20 CP, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las reglas del Derecho civil (disposición adicional 1ª CP).

1.1.4. Normas que rigen la ejecución del internamiento

Resultan de aplicación, a este respecto, los arts. 97 y 98 CP. Según el primero, durante la ejecución de la medida privativa de libertad impuesta, el juez o tribunal sentenciador 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 el sujeto.
- c) Sustituir la medida impuesta por otra que se estime más adecuada, siempre que la misma no fuera más gravosa que la pena que se le podría haber impuesto al sujeto por el delito cometido. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.
- 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, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 95 CP (comisión de un hecho previsto como delito y peligrosidad criminal).

El tribunal sentenciador resolverá motivadamente sobre el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la

medida, a la vista de los referidos informes, oída la propia persona sometida a la misma, el Ministerio Fiscal, demás partes, así como las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado.

De acuerdo con lo establecido en el art. 98.1 CP, para que el tribunal sentenciador pueda adoptar durante la ejecución de la medida de seguridad cualquiera de las decisiones a las que se ha hecho referencia, el juez de vigilancia penitenciaria estará obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el juez de vigilancia penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida de seguridad o por las administraciones públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene. La decisión de mantener la medida se puede prolongar hasta alcanzar el límite máximo que en sentencia se haya fijado para la misma conforme a las reglas analizadas más arriba.

En los casos en que la peligrosidad persista tras la extinción de la medida, cabe proceder al internamiento del sujeto a través del procedimiento previsto ante la jurisdicción civil en virtud de lo establecido en el art. 763.1 LEC. Parte de dicho precepto fue declarado inconstitucional por la STC 132/2010 de 2 de diciembre. No obstante, dicha declaración basa la inconstitucionalidad del precepto en cuestiones de forma y no de fondo. Es de esperar que dicho precepto se reemplace por otro que tenga idéntico o similar contenido.

1.1.5. Medidas no privativas de libertad que se pueden imponer además de la medida de internamiento

De acuerdo con lo establecido en el art. 105 CP, además de la medida de internamiento que se haya podido imponer conforme a las reglas analizadas en el apartado anterior, el juez o tribunal podrá imponer, razonadamente, una o varias medidas no privativas de libertad que seguidamente se señalan. A tal efecto, el tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida, así como los informes que le ha de remitir el juez de vigilancia penitenciaria o los servicios de la administración correspondiente.

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 diez años:
 - a) La libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga el Código penal.
 - b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
 - c) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Es de destacar que el legislador ha previsto expresamente que tales medidas se cumplan «*cuando se imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma*». No obstante, se entiende que las medidas no privativas de libertad se podrán aplicar en los casos en que se suspenda la medida privativa de libertad, dado que la efectiva ejecución de la misma hace que aquellas resulten innecesarias o irrealizables.

Ej. 34.6: Un sujeto que está interno en un centro psiquiátrico no puede estar sometido simultáneamente a la custodia familiar, pues serán los empleados de dicho centro los encargados de su cuidado y control. Por otro lado, el internamiento conlleva para el sujeto la imposibilidad de tener o portar armas o conducir vehículos a motor.

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. En tal caso solo se podrán imponer las que menciona el art. 105 CP analizado en el apartado anterior.

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 (arts. 101.1, 102.1 y 103.1 CP). En tal caso, se puede optar por cualquiera de las medidas del art. 96.3 CP que incluyen todas a las que se refiere el art. 105 CP y además la que regula el art. 107 CP.

Dicho precepto permite que el juez o tribunal decrete

razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio o en relación con él, un hecho delictivo y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes.

3º. Cuando la pena que se le hubiese podido imponer, de haber sido considerado imputable, no fuese privativa de libertad (arts. 6.2 y 95.2 CP). En este caso la medida no privativa de libertad no debe ser más gravosa que la pena no privativa de libertad que se le hubiese podido imponer al sujeto (sobre la dificultad de comparar penas y medidas en estos casos, ver apartados anteriores de la presente lección). En estos supuestos se puede imponer cualquiera de las medidas a las que se refiere el art. 96.3 CP.

1.2.2. *Duración de la medida*

El Código penal solo establece los máximos de duración de las medidas de seguridad no privativas de libertad en el art. 105 CP, ya analizado, que rigen en el caso de que las medidas no privativas de libertad se apliquen junto a las privativas de libertad. Algunos entienden que dichos plazos se deben aplicar también en los supuestos en que solo se imponen medidas no privativas de libertad.

No obstante, esta interpretación no tiene en cuenta lo establecido en la regla general contenida en el art. 6.2 CP que prohíbe que las medidas de seguridad sean de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. En este sentido, el límite de duración máxima de la medida de seguridad no privativa de libertad puede ser de cinco o de diez años de acuerdo con el art. 105.1 CP y hay muchos tipos delictivos que tienen previstas penas no privativas de libertad cuya duración máxima es muy inferior a esos límites (por ejemplo, el delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1 CP que se castiga con pena de multa de tres a doce meses). Estamos, por tanto, ante otra incongruencia del sistema de regulación de las medidas de seguridad que el legislador no ha resuelto en las sucesivas y muy numerosas reformas penales que se han sucedido desde la aprobación del vigente Código penal en 1995, y que genera problemas de interpretación.

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, por parte del juez o tribunal sentenciador, de mantener la medida o decretar su cese, sustitución o suspensión una vez iniciada la ejecución de la misma. Igualmente rige la norma del art. 98.3 CP sobre la necesidad de razonar dicha decisión así como la de oír a las partes antes de adoptarla.

La diferencia estriba, con respecto a las normas de ejecución de las medidas privativas de libertad analizadas en lo siguiente: según el art. 98.2 CP, el juez o tribunal sentenciador, a los efectos de adoptar las decisiones mencionadas, recabará directamente de las administraciones, facultativos y profesionales a los que alude el art. 98.1 CP, los oportunos informes acerca de la situación y evolución del individuo sujeto a la medida, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva pero la ley no establece expresamente la periodicidad que el juez debe seguir al recabar dichos informes a efectos de decidir sobre el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida no privativa de libertad impuesta. Como hubo ocasión de comprobar, durante la ejecución de medidas privativas de libertad, el juez de vigilancia penitenciaria debe elevar, al menos anualmente, propuesta a tal efecto al juez o tribunal sentenciador. Cabe aplicar por analogía esa periodicidad a los efectos correspondientes en caso de ejecución de medidas de seguridad no privativas de libertad.

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 en la ley penal, ha sido considerado semiimputable por aplicación del art. 21.1 CP en relación con los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 CP, y tanto por el hecho cometido como por sus circunstancias personales se puede esperar que cometa delitos en el futuro. En tal caso y como ya se advirtió, se pueden 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 como los descritos 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 (ver *supra* lección 32). Ello, obviamente, pasa por considerar la aplicación de la eximente incompleta que se deriva de la situación de semiimputabilidad en que se encuentra el sujeto.

Ej. 34.7: Si Miguel Ángel es considerado autor material de un homicidio consumado del art. 138.1 CP y concurre en su persona la eximente incompleta de anomalía psíquica del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.1 CP, el marco penal que le corresponde sobre el que debe operar la individualización judicial sería de 2 años y 6 meses a 5 años menos 1 día (se ha optado por rebajar los dos grados de acuerdo con lo que permite el art. 68 CP por la concurrencia de la eximente incompleta). Imaginemos que el juez, al individualizar la pena tomando como referencia ese marco penal, impone a Miguel Ángel una pena de prisión de 3 años. Dicha pena refleja, a juicio del juez o tribunal sentenciador, el grado de culpabilidad del sujeto, pero quizá resulte insuficiente desde el punto de vista preventivo especial, en caso de que el sujeto presente una alta peligrosidad criminal. La existencia de este peligro permite la aplicación adicional de la medida de seguridad en los términos que seguidamente se describen.

2º. Además de la pena individualizada, que en el ejemplo propuesto sería de 3 años de prisión, el juez o tribunal puede imponer una medida de seguridad que, en este caso, podría ser privativa de libertad pues la pena impuesta también lo es, si ello resultase necesario en atención a la peligrosidad del sujeto. Se podría proceder al internamiento del sujeto en un centro adecuado a su peligrosidad y a la dolencia que padeciera. Dicho internamiento no podría durar más que «*la pena prevista por el Código penal para el delito*» (art. 104.1 CP). La extensión temporal de la medida puede superar, como habrá ocasión de comprobar, a la de la pena impuesta dado que aquella se establece sobre la base de la peligrosidad del sujeto y esta sobre su grado de culpabilidad tal y como quedó reflejado más arriba.

Así las cosas, a efectos de determinar la duración máxima que pudiera alcanzar la medida de seguridad, es preciso interpretar la expresión «*pena prevista por el Código penal para el delito*». Nos encontramos con una tercera fórmula utilizada por el legislador para determinar la duración máxima que puede tener la medida de seguridad privativa de libertad. Dicha fórmula no se corresponde con la establecida por los

arts. 101.2, 102.2 y 103.2 CP para los casos de inimputabilidad que se refiere al «*tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiese sido declarado responsable*» y tampoco coincide, aunque se asemeja, a la que contempla la regla general del art. 6.2 CP que alude, a estos efectos, a la «*a la pena abstractamente aplicable al hecho cometido*». Sería deseable que el legislador se decantara por una única fórmula para evitar la confusión que esta pluralidad de previsiones genera. Con todo, la interpretación de la expresión «*pena prevista por el Código penal para el delito*» establecida para los supuestos de aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad despierta cierto consenso. La opinión mayoritaria entiende que la misma se corresponde con el límite máximo del marco penal de la figura delictiva cometida por el sujeto en atención al grado de ejecución alcanzado y al grado de participación, sin considerar las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas que pudieran concurrir.

Ej. 34.8: En el ejemplo 34.7 dicho marco penal sería de 10 a 15 años de prisión que es el previsto para el autor del delito consumado de homicidio del art. 138.1 CP. Se toma como referente el límite máximo de dicho marco penal o sea, 15 años de prisión, para determinar la duración máxima de la medida de seguridad que no podrá extenderse más allá de esos 15 años. Si el delito cometido hubiese sido el asesinato consumado de un menor de 16 años, la medida de seguridad podría tener una duración indeterminada pues la pena que se podría haber impuesto en caso de que el sujeto hubiese sido imputable (la pena de prisión permanente revisable), también lo es (art. 140.1.1 CP).

Por otro lado, es preciso recordar que en estos casos de semiimputabilidad en los que se aplica el sistema vicarial rigen las mismas reglas que determinan la naturaleza de medida o medidas a aplicar cuando se trata de sujetos inimputables. La naturaleza de la pena privativa o no privativa de libertad que se podría haber impuesto, así como la peligrosidad criminal que presente el sujeto, serán determinantes para aplicar medidas privativas de libertad (que podrán ir o no acompañadas de medidas no privativas de libertad) o medidas no privativas de libertad.

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 precepto, el juez o tribunal sentenciador ordenará el

cumplimiento de la medida que se abonará al de la pena. Dicho cumplimiento se llevará a cabo de acuerdo con las reglas previstas en los arts. 97 y 98 CP ya analizados. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas de seguridad no privativas de libertad previstas en el art. 96.3 CP.

Ej. 34.9: Volvamos a los ejemplos 34.7 y 34.8. El sujeto semiimputable que cometió un delito de homicidio del art. 138.1 CP empieza cumpliendo una medida de seguridad privativa de libertad y permanece dos años en un centro de internamiento. Supongamos que trascurrido ese tiempo su peligrosidad desaparece por lo que la medida cesa. En ese momento al sujeto solo le quedaría por cumplir un año de la pena de prisión puesto que el tiempo de cumplimiento de la medida se debe abonar al de la pena. Esa pena de prisión de un año podría ejecutarse o bien quedar en suspenso si dicha ejecución pone en peligro los logros obtenidos con la medida.

El vigente Código penal no especifica la regla a seguir de cara a la ejecución de penas y medidas de seguridad impuestas a semiimputables cuando unas y otras no son privativas de libertad. No queda claro si, en estos supuestos, la medida se ha de cumplir antes, durante o después de la pena impuesta ni si el cumplimiento de la medida se abona al de la pena.

Quizá en estos casos habría que optar, siempre que fuera posible, por el cumplimiento simultáneo de penas y medidas aplicando analógicamente lo establecido en el art. 73 CP.

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 cometidos por organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal, en sentencia se podrá o se deberá, según los casos, imponer a los mismos, además de la pena atenuada y la medida de seguridad correspondiente, el cumplimiento de la medida de la libertad vigilada en los términos establecidos, respectivamente, en los arts. 191.2 y

579.3 CP.

En estos casos se podrá aplicar en primer lugar el sistema vicarial de concurrencia de penas y medidas de seguridad, teniendo en cuenta lo explicado en los apartados anteriores y, una vez cumplido el régimen de medidas y penas impuestas, los sujetos deberán cumplir la medida de la libertad vigilada en los términos que se describen más adelante (ver *infra* apartado 4 de la presente lección).

2.4. Semiimputables condenados por otros delitos que permiten la imposición de la libertad vigilada

Nos referimos a los condenados por delitos del Título I, Libro II del CP (art. 140 bis CP), por delitos de lesiones siempre que la víctima sea alguno de los sujetos a los que se refiere el art. 173.2 CP (art. 156 ter CP) o por el delito de violencia física o psíquica habitual del art. 173.2 CP (art. 173.2 CP).

En estos casos se podrá aplicar en primer lugar el sistema vicarial de concurrencia de penas y medidas de seguridad, teniendo en cuenta lo explicado en los apartados anteriores y, una vez cumplido el régimen de medidas y penas impuestas, los sujetos podrán cumplir la medida de la libertad vigilada en los términos que se describen más adelante (ver *infra* apartado VI.4 de la presente lección). No obstante, el vigente Código penal, tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de junio, no determina la forma de proceder en estos casos, ya que solo prevé la forma de ejecución de la libertad vigilada cuando la misma se impone además de una pena privativa de libertad para cumplirse con posterioridad a la misma, es decir en los términos de los arts. 191.2 y 579.3 CP (ver art. 106.2 CP).

3. INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD IMPUESTAS A INIMPUTABLES O SEMIIMPUTABLES

El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el juez o tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado (art. 100.1 CP).

Si se tratare de otras medidas, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento, si esta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad (art. 100.2 CP).

En ambos casos el juez o tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento. Se entiende que el testimonio se ha de deducir por la presunta comisión de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate (art. 100.3 CP). Este último inciso del apartado tercero se introdujo en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio.

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*

Como se desprende de lo expuesto en apartados anteriores, la medida de libertad vigilada se puede o se debe imponer en sentencia, según los casos, a los sujetos condenados a penas de prisión por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o a penas privativas de libertad por la comisión de delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, con una extensión que puede variar en función de la gravedad de la pena impuesta. Los condenados deberán cumplir la libertad vigilada con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad (ver arts. 191.2 y 579.3 CP).

En estos supuestos, según dispone el párrafo segundo del art. 106.2 CP, al menos dos meses antes de la extinción de la pena o penas privativas de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento; el juez de vigilancia penitenciaria elevará la oportuna propuesta al juez o tribunal sentenciador que determinará el contenido concreto de la medida de libertad vigilada fijando las obligaciones o prohibiciones del art. 106 CP (analizadas en apartados anteriores de la presente lección). Por otro lado, el penado a quien se hubieren impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva (ver último párrafo del art. 106.2 CP).

Una vez acordado el contenido concreto de la libertad vigilada, el juez o tribunal sentenciador puede dejar sin efecto la medida antes de que se proceda a su ejecución si esta se considera innecesaria o

contraproducente en atención al pronóstico positivo de reinserción del penado (ver apartado c) del art. 106.3 CP) que se recibiera por parte de las administraciones, facultativos y profesionales a los que alude el art. 98.1 CP.

En caso contrario, se procede a la ejecución de la medida y, durante la misma, el juez o tribunal sentenciador debe recabar informes de las autoridades a las que se hizo alusión en el párrafo anterior 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 o tribunal sentenciador podrá, según se establece en el art. 106.3 CP:

- a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.
- b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

4.1.2. Sujetos condenados por otros delitos que permiten la imposición de la libertad vigilada

Nos referimos a los supuestos introducidos en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que ya han sido analizados. Tal y como se indicó, en estos casos el vigente Código penal no establece si la medida de libertad vigilada se ha de cumplir antes o después de la pena. En este sentido, el art. 106.2 CP solo se refiere a los casos de imposición obligatoria de la libertad vigilada «*para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre, que así lo disponga de manera expresa*» el Código penal. Por su parte, los supuestos que introduce la reforma de 2015 regulados en los arts. 140 bis, 156 ter y 173.2 CP se refieren a casos de imposición potestativa de la libertad vigilada y en los que no necesariamente el sujeto ha sido condenado a una pena privativa de libertad (recordemos que el requisito es haber sido condenado por determinados delitos y, dentro de los mismos, hay muchos que no se conminan con penas de esta naturaleza).

El vigente Código penal deja así un vacío legal puesto que no regula el modo en que la libertad vigilada se ha de ejecutar en estos casos: no se sabe si se debe ejecutar antes, después o durante el cumplimiento de la pena impuesta (por ejemplo, si la pena impuesta es de multa se podría cumplir al mismo tiempo que la medida de libertad vigilada).

En cualquier caso, parece razonable, dado el fundamento con el que se introdujo inicialmente en nuestro ordenamiento la libertad vigilada, que esta se ejecute con posterioridad a la pena si dicha pena es privativa de libertad y, en tal caso, siguiendo el

régimen establecido en los apartados 2 y 3 del art. 106 CP. Si la pena no es privativa de libertad, quizá convendría proceder al cumplimiento simultáneo de pena y medida siempre que ello fuera posible y en atención a una aplicación analógica de lo establecido en el art. 73 CP.

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 o tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, o revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el juez deducirá, además, testimonio por un delito del art. 468 CP (ver art. 106.4 CP).

5. EXTINCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

La extinción de la medida o medidas de seguridad impuestas puede tener lugar por los siguientes motivos de acuerdo con lo establecido en el art. 97 CP:

1. Porque se haya alcanzado el límite máximo de duración que se hubiese establecido para las mismas, tanto si estas se hubiesen establecido como medidas originarias o como medidas sustitutivas de otras inicialmente impuestas.
2. Porque antes de alcanzar dicho límite máximo se hubiera decretado el cese de la medida por parte del juez o tribunal, al haber desaparecido la peligrosidad del sujeto.
3. En caso de que se hubiese acordado la suspensión de la medida, hubiese finalizado el plazo de suspensión y se hubiesen cumplido todas las condiciones establecidas al acordarse la misma.

Con todo, hay que recordar que tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, 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. Ello puede ocurrir, como ya se apuntó, cuando el sujeto comete como autor alguno de los delitos que se castigan con prisión permanente revisable y consuma la infracción.

Esta circunstancia a la que puede abocar la reforma de 2015 nos debe hacer reflexionar, una vez más, sobre la legitimidad de una pena como la prisión permanente revisable. Y es que esta clase de castigo se puede traducir en el encierro a perpetuidad de personas enfermas no culpables, lo que vulneraría su dignidad

(art. 10 CE) y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes ex art. 15 CE.

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

Las penas y las medidas de seguridad no son las únicas consecuencias que pueden derivarse de la comisión de un hecho descrito como delito, ya que cuando este provoca la pérdida de un bien o de cualquier otro modo genera daños o perjuicios evaluables, surge además la obligación de responder por ello. En eso consiste precisamente la responsabilidad civil derivada de la infracción penal, en la obligación de restituir el bien o reparar o indemnizar por los daños o perjuicios que los hechos en que la misma consiste hayan podido provocar.

Las normas que regulan la responsabilidad civil se orientan pues 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. A estos efectos el perjudicado, como habrá ocasión de comprobar, no coincide necesariamente con la víctima de la infracción penal, entendiéndose por víctima, en este contexto, el sujeto pasivo del delito.

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 del tipo de responsabilidad que estamos analizando es, como su propio nombre indica, civil y no penal.

El Código penal utiliza expresamente esta denominación en el Título V del Libro I que lleva por rúbrica «*De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales*». Por su parte, el Código civil confirma la naturaleza civil de esta clase de

obligaciones que pueden derivarse del delito al referirse a las mismas como «obligaciones civiles» (art. 1092 CC).

El hecho de que la responsabilidad civil derivada de la infracción penal se regule en el Código penal (arts. 109 a 126 CP) no cuestiona la naturaleza de la misma sino que responde a una cuestión histórica.

En España, antes de que se aprobase el primer Código civil, se habían aprobado ya cuatro códigos penales (los de 1822, 1848, 1850 y 1870). El legislador penal tuvo, por tanto, que ocuparse de regular las obligaciones civiles que se pudieran derivar de las infracciones penales cuando no existía aún Código civil que regulase dicha materia. Hoy día la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* sigue ubicándose en la que se considera su sede histórica que es el Código penal. Ello no obsta para que la regulación de las obligaciones civiles del Código civil opere, a estos efectos, como derecho supletorio para las cuestiones no previstas por el Código penal.

Por otro lado, que la acción civil se pueda ejercitar en el proceso penal y ante el mismo juez que vaya a decidir sobre la responsabilidad penal derivada del delito cometido, tampoco pone en entredicho la naturaleza civil de la responsabilidad que ahora analizamos.

Esta sustanciación conjunta de acciones penales y civiles en el seno del mismo proceso y a resolver en una única sentencia (ver arts. 112 y 742 LECrim), constituye una particularidad del ordenamiento jurídico español que pretende facilitar al perjudicado por la infracción penal la posibilidad de obtener el correspondiente resarcimiento sin necesidad de tener que incoar, a tal efecto, otro proceso distinto. También la propia Administración de Justicia se ve favorecida por la consiguiente economía procesal que permite el referido sistema de sustanciación conjunta de acciones penales y civiles.

En cualquier caso, el titular de la acción civil siempre puede reservarse el derecho a ejercitar la misma ante la jurisdicción civil, tal y como establece el art. 109.2 CP.

Esta reserva debe hacerse de forma expresa por parte del interesado. En este sentido, el art. 112 LECrim, establece que «... *Ejercitada solo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para poder ejercitada después de*

terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar».

1.2.2. Pena y responsabilidad civil

Son muchas las diferencias que existen entre la pena y la responsabilidad civil y en los siguientes apartados se analizan algunas de ellas.

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 mesurables, extremo que debe ser probado en el proceso y reflejado en la sentencia que establezca este tipo de responsabilidad. Ello significa que solo los comportamientos descritos como infracciones penales que causen daños o perjuicios en el sentido apuntado generan la obligación civil de reparar o indemnizar por los mismos (arts. 109.1, 116.1 CP y 1089 CC).

Por su parte, la pena surge como consecuencia de todo hecho típico, antijurídico, culpable y punible, sin que el mismo necesariamente tenga que haber causado un daño o perjuicio evaluable.

Ej. 35.1: Un delito de peligro como el exceso de velocidad del art. 379.1 CP, se puede castigar con una pena aunque el mismo no haya supuesto siquiera un peligro concreto para ningún bien jurídico. Pensemos en el caso del conductor que circula a 210 km/h en un día despejado por una autopista desierta en un tramo recto de la misma a las seis de la mañana, cuando la velocidad máxima permitida por esa vía es de 120 km/h y no provoca ningún daño o perjuicio evaluable.

En conclusión, la infracción penal propiamente dicha 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, en consecuencia, castigado con una pena. En este sentido, como se verá más adelante, según el art. 118 CP, la concurrencia del error de tipo o de prohibición invencibles, de las causas que excluyen la culpabilidad o de una de las causas de justificación (concretamente, el estado de necesidad), no impide que surja la responsabilidad civil como obligación de reparar el daño que el comportamiento atípico (cuando concurre el error de tipo invencible no hay dolo ni imprudencia que, de acuerdo con la sistemática que se sigue en este Curso, son elementos que integran el tipo de lo injusto), no antijurídico o no culpable haya podido provocar. Por estos motivos, se dice que la responsabilidad civil no encuentra su verdadero origen en el delito propiamente dicho, 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 —circunstancia esta que no se da cuando concurren determinadas causas de justificaci3n que son analizadas en los apartados siguientes de la presente lecci3n—.

En palabras del Tribunal Supremo, «*las obligaciones civiles no nacen propiamente del delito, sino de los hechos que lo configuran en cuanto originadores de las mismas*» (ver STS 298/2003, de 14 de marzo).

B) El principio de personalidad rige en la aplicaci3n de la pena pero no en el r3gimen de cumplimiento de la responsabilidad civil

La pena solo puede imponerse a la persona que resulte penalmente responsable de la infracci3n penal, mientras que la responsabilidad civil puede cumplirla un tercero que no haya intervenido en la misma.

Ej. 35.2: Como habr3a ocasi3n de comprobar, el responsable civil obligado a reparar los daos causados por el autor y responsable penal de un delito de injurias del art. 208 CP, cometido durante la retransmisi3n de un programa de televisi3n, puede ser la persona, natural o jur3dica, que sea titular de la cadena a la que pertenezca dicho programa (arts. 120.2 y 212 CP).

Asimismo, el cumplimiento de la obligaci3n civil por parte de terceros que no hayan intervenido en la infracci3n penal puede derivarse del hecho de que las causas de extinci3n de la responsabilidad penal (ver *infra* lecci3n 36) y de la responsabilidad civil difieren.

Ej. 35.3: La responsabilidad penal se extingue, entre otras causas, por la muerte del reo (art. 130.1.1 CP) mientras que las obligaciones civiles no se extinguen por la muerte de su titular (art. 1156 CC). Por tanto, en caso de que se produzca el 3bito del responsable penal, la responsabilidad civil generada por la infracci3n penal que el mismo hubiese cometido subsiste y podr3n ser sus herederos quienes queden obligados a cumplirla, aun cuando resulten de todo punto ajenos al delito cometido por su causante.

C) La pena y la responsabilidad civil tienen distinto fundamento

Ya se advirti3 en lecciones anteriores del presente Curso que la pena encuentra su fundamento en la retribuci3n (que atiende a la gravedad de la infracci3n penal y el grado de culpabilidad del sujeto responsable) y se orienta a la prevenci3n general y a la prevenci3n

especial. En este sentido, el castigo penal no solo se establece en atención al sujeto infractor sino tomando en consideración intereses públicos del Estado y de la colectividad.

Por su parte, como se puso de manifiesto, la responsabilidad civil se orienta a satisfacer el interés privado de la persona física o jurídica perjudicada por el hecho descrito como delito. La obligación de reparar se establece, en consecuencia, 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. En este sentido, existen infracciones penales de escasa gravedad que generan responsabilidades civiles muy cuantiosas cuando el daño o perjuicio causado es de una entidad considerable.

Ej. 35.4: El delito leve de lesiones del art. 147.2 CP se castiga con una pena leve de multa de uno a tres meses. Sin embargo, el daño causado por esta infracción penal puede considerarse de cierta entidad (pensemos que los hechos consisten en un golpe que provoca una rotura de tímpano que se cura sin necesidad de tratamiento médico, pero que deja unas secuelas al sujeto pasivo —por ejemplo, acufenos—) y generar, en consecuencia, una indemnización cuantiosa.

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 de dicha infracción

Tal y como dispone 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. Esto significa que, en tales casos, el proceso penal que puede culminar con la imposición de pena en virtud de sentencia condenatoria, no depende de la voluntad del ofendido.

Por su parte, en los delitos privados, que requieren para su persecución la interposición de querrela por parte del ofendido o de su representante legal, el perdón que proceda de cualquiera de los dos referidos sujetos extingue la acción penal siempre que se den determinados requisitos (por ejemplo, los delitos de injurias y calumnias —ver art. 215.3 CP en relación con el art. 130.1.5 CP—).

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 la infracción penal (ver art. 108 LECrim).

2. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El art. 110 CP establece que la responsabilidad civil derivada de la infracción penal comprende:

1. La restitución.
2. La reparación del daño.
3. La indemnización de perjuicios materiales o morales.

Estos tres posibles 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. En el caso concreto, la responsabilidad civil podrá abarcar parte o todos los referidos contenidos.

2.1. La restitución

Está prevista en el art. 111.1 CP como la primera forma de resarcimiento por la que se debe optar siempre que sea posible. De lo contrario, habrá que decantarse por las otras dos vías de resarcimiento que prevé el art. 110 CP y que se mencionaron en el apartado anterior (ver SSTS 99/2015, de 24 de febrero, y 1662/2002, de 15 de octubre).

El art. 111.1 CP se refiere expresamente a la restitución del «mismo bien». Esta expresión alude al bien objeto de la infracción penal de manera que la restitución del mismo se interpreta como la obligación de devolverlo a quien lo tuviera antes de que tal infracción se cometiera (ver STS 904/2014, de 26 de diciembre). Ello significa que la restitución es posible cuando en virtud del delito se ha desposeído a un sujeto de un bien material. Si ese bien sigue existiendo después de la perpetración del ilícito penal, es imperativa su devolución al sujeto que resultó desposeído del mismo (ver STS 1727/2002, de 22 de octubre).

La restitución puede tener lugar en los delitos patrimoniales cuando los mismos recaen sobre bienes materiales muebles o inmuebles.

Ej. 35.5: Si un sujeto comete un delito de hurto del art. 234.1 CP apoderándose de un bien mueble de valor superior a los 400 €, como puede ser un reloj, la restitución tendrá por objeto dicho reloj que deberá ser devuelto a la persona a quien perteneciera. Si el objeto del delito patrimonial fuese un bien inmueble, como en el caso del delito de usurpación del art. 245.1 CP, consistente en ocupar una cosa inmueble con violencia o intimidación (por ejemplo, un individuo que ocupa de este modo la vivienda cuya propiedad y posesión corresponden a otra persona), la restitución consistiría en la devolución de la posesión del inmueble a su legítimo titular.

Por otro lado tal y como establece el art. 111.1 CP, la restitución abarca además de la devolución del bien, el abono de los deterioros o menoscabos que el mismo hubiese podido sufrir y que han de ser determinados por el juez o tribunal.

¿Qué ocurre si en lugar de menoscabos o deterioros el bien hubiese generado frutos? Así podría ocurrir por ejemplo, cuando el bien mueble sobre el que recae el delito de hurto consiste en dinero y este hubiese generado intereses tras la comisión del mismo. La opinión mayoritaria entiende que tales intereses no quedan abarcados por la restitución a la que se refiere el art. 111.1 CP, sino que podrán ser objeto de decomiso del art. 127.1 CP en los términos que se analizan *infra* en otros apartados de esta lección.

A su vez, la restitución tendrá lugar en los términos descritos incluso aunque el bien objeto de la misma hubiese sido adquirido legalmente por un tercero de buena fe quien podrá, en tal caso, ejercer su derecho de repetición contra quien corresponda y ser indemnizado por el responsable civil del delito (ver último inciso del art. 111.1 CP). No obstante, tal y como establece el art. 111.2 CP, la restitución no podrá llevarse a cabo si el tercero ha adquirido el bien con los requisitos y en la forma que lo hagan irreivindicable.

Según el art. 464 CC, si el tercero de buena fe hubiese adquirido el bien en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella. También resulta de aplicación, a este respecto, el art. 34 LH según el cual el tercero adquirente de buena fe debe ser mantenido en su derecho si adquirió el bien a título oneroso de persona que apareciese en el Registro con facultades para transmitirlo y, a su vez, hubiese inscrito su correspondiente derecho sobre dicho bien.

2.2. La reparación

La obligación de reparación tiene por objeto el daño causado por la infracción penal tal y como expresamente se establece en el art. 112 CP. Así entendida, la reparación, como toda forma de resarcimiento, se orienta a restaurar la situación jurídica anterior a la infracción penal cuando ya no es posible hacerlo mediante la restitución en los términos analizados *supra*. La opinión dominante considera que, con carácter general, el daño susceptible de reparación es material y puede afectar a bienes muebles o inmuebles de carácter inanimado. El daño que el delito pueda causar directamente a la persona (como un

menoscabo en su integridad física) se considera perjuicio susceptible de indemnización, como se verá en el apartado siguiente. No obstante, el daño causado en la reputación de la persona, derivado de un delito de injurias o calumnias, puede ser susceptible de reparación.

Ej. 35.6: Si un periodista en un debate televisivo imputa la comisión de un delito a un personaje famoso y lo hace con conocimiento de que tal imputación es falsa, podría ser considerado responsable de un delito de calumnia del art. 205 CP. En estos casos, la reparación del daño causado por el delito (el menoscabo en la reputación o imagen pública del personaje famoso) puede consistir en una obligación de hacer como la que prevé expresamente en estos casos el art. 216 CP, consistente en la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria por calumnias a costa del condenado.

La reparación puede consistir en obligaciones de dar, como por ejemplo, la obligación de dar una cantidad determinada de dinero.

Ej. 35.7: Carlos destroza el coche de María incurriendo en un delito de daños en la propiedad del art. 263.1 CP. Es evidente que la mera restitución del vehículo como forma de resarcimiento ya no es posible dado que el mismo ha quedado destrozado. La forma idónea para restaurar la situación jurídica anterior al delito es la reparación del daño, que puede tener lugar mediante el cumplimiento de la obligación de dar una cantidad de dinero necesaria para arreglar el vehículo del que es propietaria la víctima.

Hay ocasiones en que la determinación de la cantidad de dinero necesaria para reparar el daño sufrido por el bien o cosa objeto del delito resulta problemática. En este sentido, tomar como referencia el valor de mercado del bien puede resultar inconveniente.

Ej. 35.8: Si, en el Ej. 35.7, el coche de María fuese muy antiguo, su valor de mercado podría resultar muy bajo e insuficiente para sufragar los gastos de reparación. Por otro lado, optar por entregar a María el importe equivalente al coste de reparación podría suponer un enriquecimiento injusto por la desproporción que pudiera existir entre dicho coste de reparación y el valor del coche. Para resolver la cuestión, algunos entienden que habría que determinar la capacidad de María para sustituir el coche destruido. Pudiera suceder que María, de recibir solo el valor de mercado de su coche, se quedase en efecto sin el

mismo si, dada su capacidad económica, fuese incapaz de adquirir otro vehículo con dicha cantidad. En ese caso la entrega de esta cantidad no supondría una efectiva restauración de la situación anterior al delito, por lo que María debería recibir el importe de la reparación (criterio que siguen algunas sentencias como la SAP de Cádiz 1536/2007, de 11 de octubre) o bien el importe necesario para adquirir otro vehículo de segunda mano similar al que hubiese sido destrozado (criterio que aplica, entre otras, la SAP de Málaga 650/2008, de 27 de octubre).

El juez o tribunal establecerá razonadamente en su resolución las bases en que fundamente la cuantía de los daños pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución (ver art. 115 CP).

Asimismo, la reparación puede consistir en obligaciones de hacer o no hacer.

Ver Ej. 35.6.

Por otro lado, tal y como prevé el art. 112 CP, el juez o tribunal establecerá la obligación en que consista la reparación del daño en atención a la naturaleza del mismo y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por el mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

La referencia del legislador al sujeto «culpable» en la regulación de la reparación del daño genera confusión, dado que, en muchos casos, como ya se ha advertido y como habrá ocasión de comprobar, el responsable civil puede ser una persona distinta del responsable penal. Si ello fuera así, se entiende que sería aquel y no este el obligado a reparar el daño en los términos analizados. El contenido del art. 112 CP resulta, en este sentido, incongruente con los preceptos penales (arts. 116 y ss. CP) que determinan quienes son las personas civilmente responsables del delito. Por otro lado y como ya se indicó, la referencia al sujeto «culpable» es también desafortunada pues la responsabilidad civil puede surgir de un comportamiento no culpable.

2.3. La indemnización de perjuicios materiales y morales

La obligación de indemnizar que recoge el art. 113 CP se refiere a los perjuicios materiales y morales que hubiese causado la infracción penal 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 causados por la infracción penal puede confundirse, por tanto, con la obligación de reparar el daño causado por la misma, consistente en la obligación de entregar una cantidad de dinero necesaria a tal efecto. El legislador penal, como ha habido ocasión de comprobar, diferencia entre una y otra pero no ofrece ningún criterio que permita determinar en qué consiste esa diferencia.

En la legislación civil, los términos «reparación» e «indemnización» se utilizan a veces como sinónimos y en otras ocasiones como expresivos de conceptos distintos, lo cual no ayuda a resolver la referida confusión (ver arts. 1902 y ss. CC).

Lo cierto es que una parte del concepto de *perjuicio material* coincide completamente con el de daño causado por la infracción penal susceptible de ser reparado a los efectos del art. 112 CP, según la opinión dominante a la que se hizo referencia más arriba.

En efecto, dentro del concepto de perjuicio material se engloba tanto el daño emergente, es decir, el provocado directamente por el delito, como el lucro cesante, que se identifica con las ganancias que se hayan dejado de obtener como consecuencia del daño que directamente provocó el delito (ver, entre otras, las SSTS 131/2015, de 10 de marzo, 882/2014, de 19 de diciembre, 832/2014, de 12 de diciembre). Como se desprende del ejemplo que seguidamente se describe, el daño emergente, como perjuicio material causado por el delito a un bien mueble o inmueble de carácter inanimado y susceptible de indemnización, coincide plenamente con el concepto de daño material reparable del art. 112 CP.

Ej. 35.9: Volvamos al coche destrozado de María del Ej. 35.7. Este deterioro puede considerarse como un daño emergente y, en consecuencia, como un perjuicio material indemnizable en los términos del art. 113 CP. Pero al mismo tiempo y como se explicó anteriormente, también se puede entender como un daño reparable mediante una obligación de dar prevista en el art. 112 CP. Por su parte, el lucro cesante que constituye un perjuicio material causado por el delito susceptible de indemnización en los términos del art. 113 CP, resulta conceptualmente distinto al del daño reparable del art. 112 CP. Si María fuese taxista y el vehículo destrozado fuera precisamente el taxi que ella empleaba para trabajar, el lucro cesante estaría constituido por las ganancias que María dejó de obtener desde el momento en que su medio de trabajo quedó inutilizado como consecuencia del delito cometido por Carlos.

Asimismo, el daño material que se causa directamente a la persona física, por ejemplo, en su integridad física o psíquica, es solo susceptible de indemnización y no de reparación, pues esta última, de acuerdo con la opinión dominante que se comparte en el presente Curso, se entiende referida, con carácter general (a salvo lo dicho *supra* respecto del daño causado en la reputación) al daño material causado en la cosa inanimada. Quizá esta interpretación responda al hecho de que cuando el daño se provoca directamente sobre la persona física, la restauración de la situación jurídica anterior casi nunca es posible (quizá la víctima nunca recupere el estado físico que tenía con anterioridad al delito) y, por ello, se entiende que ese daño no resulta «reparable» en sentido estricto.

También el perjuicio moral al que se refiere el art. 113 CP es conceptualmente distinto del daño reparable del art. 112 CP cuyo sentido se circunscribe, como regla general, al deterioro material causado a los bienes muebles o inmuebles inanimados. El problema que surge respecto del perjuicio moral susceptible de indemnización es que el mismo es, a tal efecto, difícil de probar y de cuantificar.

El daño moral se identifica generalmente con el dolor, sufrimiento, pesar o angustia que el delito haya podido provocar. Es preciso demostrar la correspondiente relación de causalidad entre la infracción penal y la referida aflicción para que se pueda proceder a la correspondiente indemnización. En la práctica la existencia de este tipo de sentimientos se considera vinculada a ciertos tipos delictivos que atentan contra bienes jurídicos de carácter personal como la vida, integridad física, libertad o indemnidad sexuales. Se entiende que, en estos casos, las características del hecho delictivo conducen necesariamente a la causación de un daño moral (ver, entre otras, SSTS 231/2015, de 22 de abril, 489/2014, de 10 de junio, 702/2013, de 1 de octubre, 111/2007, de 5 de febrero y 1255/2006, de 20 de diciembre). La prueba de la referida relación causal no plantea problemas en estos casos, pues se presume la existencia de la misma por las razones apuntadas. Más difícil resulta demostrar el daño moral que, más allá del material, provocan otros tipos delictivos como pueden ser los patrimoniales. En estos casos la relación causal entre la infracción y el daño moral no se presume sino que debe quedar convenientemente acreditada (ver, entre otras, la STS 111/2007, de 5 de febrero). Constatada la existencia del daño moral y su vinculación causal con la infracción cometida, habría que proceder a la evaluación del mismo a fin de determinar la cantidad económica necesaria para

resarcir al perjudicado. Ello resulta muy complicado en la práctica ya que no existen criterios legales sobre los que realizar semejante valoración. En este sentido, en la jurisprudencia se pueden encontrar referencias a ideas de tan escasa concreción como «*el juicio global basado en el sentimiento social del dolor producido por la ofensa delictiva*» (ver STS 1692/94, de 26 de septiembre).

En cualquier caso, tanto si se trata de perjuicios materiales como morales, el juez o tribunal deberá establecer razonadamente las bases en que fundamente la cuantía de las correspondientes indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución (ver art. 115 CP). Por último, el art. 113 CP establece que «*la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado a sus familiares o a terceros*». Como ya se adelantó en apartados anteriores de la presente lección, el concepto de perjudicado con derecho a indemnización no se circunscribe, por tanto, al agraviado, término que se entiende referido al sujeto pasivo del delito, sino que puede englobar a otras personas.

En ocasiones la condición de perjudicado y la de sujeto pasivo del delito coinciden en la misma persona.

Ej. 35.10: Si Antonio se apodera del reloj de oro de Luis aprovechando un descuido de este, Antonio podrá ser considerado responsable de un delito de hurto del art. 234.1 CP, siempre que el reloj tenga un valor superior a cuatrocientos euros. Luis será al tiempo sujeto pasivo del delito, por ser el titular del bien jurídico protegido por el mismo (el patrimonio), y perjudicado. Como tal perjudicado tendrá derecho, en concepto de responsabilidad civil, a que le devuelvan el reloj —restitución— o, si ello no fuera posible, a recibir una indemnización o reparación en los términos analizados.

No obstante, en muchos casos los perjudicados con derecho a indemnización son personas distintas del agraviado o sujeto pasivo del delito.

Ej. 35.11: Si Antonio mata a Luis y es considerado responsable de un delito de homicidio del art. 138.1 CP, los perjudicados por este delito que tendrán derecho a recibir una indemnización por el perjuicio material y/o moral que

haya supuesto para ellos el fallecimiento, podrán ser sus familiares o pareja sentimental (ver SSTS de 972/2013, de 23 de octubre, y 1625/2003, de 27 de noviembre).

2.4. La denominada «compensación» o «concurrencia 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 o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización»*. Este precepto viene a dar respaldo positivo a la denominada «compensación de culpas» que constituye una doctrina jurisprudencial consolidada.

Con anterioridad al vigente Código penal en los periodos en los que no se aplicaba la teoría de la imputación objetiva (ver *supra* lección 9) la «concurrencia de culpas» tenía incidencia exclusivamente a efectos de determinar la responsabilidad civil. Hoy día, como habrá ocasión de comprobar, esta concurrencia incide también en la valoración jurídico penal de los hechos que dan lugar a la responsabilidad civil.

En cualquier caso, el contenido actual del art. 114 CP resulta excesivamente amplio pues de acuerdo con su tenor literal, cualquier comportamiento de la víctima que haya contribuido a la producción del daño o perjuicio sufrido, puede ser tenido en cuenta a efectos de moderar el importe de la reparación o indemnización. Resulta preciso, por tanto, delimitar la clase de conductas de la víctima que pueden dar lugar a esta compensación.

El análisis jurisprudencial revela que la contribución de la víctima debe haber supuesto al menos un incremento relevante del riesgo para el bien jurídico que resulte lesionado (STS 300/2014, de 1 de abril). En este sentido, podemos diferenciar entre comportamientos imprudentes y comportamientos dolosos llevados a cabo por la víctima. Es preciso advertir que el análisis que a continuación se describe no abarca, ni mucho menos, todas las posibilidades que se pueden dar en la práctica y solo pretende ofrecer algunas pautas para interpretar la doctrina de la denominada «concurrencia de culpas», tal y como la recoge el art. 114 CP.

Ej. 35.12: Dentro de los comportamientos imprudentes de la víctima, se destaca el del peatón que cruza la calle cuando el semáforo está en rojo para los viandantes y

fallece por el atropello de un coche que, por circular a más velocidad de la permitida para ese tramo, no puede frenar al ver el obstáculo (peatón) como señalan las normas de tráfico (cfr. SAP de Madrid, de 14/05/2005).

Esta conducta del sujeto atropellado se toma en cuenta para moderar la indemnización por los daños causados. Asimismo, este comportamiento imprudente de la víctima puede incidir en la valoración jurídico penal del exceso de velocidad que desemboca en su atropello y muerte. La posibilidad de apreciar responsabilidad penal por delito de homicidio imprudente por imprudencia grave u homicidio imprudente por imprudencia menos grave, con la diferencia penológica que ello implica, se ve condicionada por el comportamiento de la víctima atropellada.

Ej. 35.13: De entre los comportamientos dolosos de la víctima que pueden haber contribuido a la causación del daño, cabe mencionar la conducta agresiva de la víctima consistente en insultar y amenazar al sujeto que acaba golpeándole y provocándole, por ese motivo, unas lesiones constitutivas de delito del art. 147.1 CP. En este caso, el comportamiento de la víctima tiene también incidencia tanto en la valoración jurídico penal de los hechos como en la determinación de las obligaciones civiles que se derivan de los mismos. Así, la conducta de la víctima lesionada consistente en insultar e intimidar podría ser considerada constitutiva de un delito leve de amenazas del art. 171.7 CP. Por su parte, respecto del delito de lesiones cometido por quien golpeó a la víctima que le insultaba, se podría apreciar la legítima defensa como eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.4 CP, al considerar el tribunal que el medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima (el delito leve de amenazas del art. 171.7 CP que llevó a cabo la víctima en primer lugar) no era racionalmente necesario para tal fin (ver art. 20.4 CP apartado segundo). Por otro lado, cabe entender que al amenazar, la víctima contribuyó en la causación del daño que le fue irrogado y, por ello, se puede moderar el importe de la indemnización que de otro modo le hubiera correspondido.

3. LOS SUJETOS CIVILMENTE RESPONSABLES

Los arts. 116 a 122 CP determinan las personas civilmente

responsables. Dentro de las mismas se pueden diferenciar varios grupos que se analizan a continuación.

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 y tribunales determinarán la cuota por la que deba responder cada uno (ver art. 116.1 CP).

Las personas que intervienen en una infracción penal y son consideradas penalmente responsables pueden responder como autores (categoría que, a estos efectos, abarca, según el art. 28 CP, al autor inmediato individual, a los autores mediatos, coautores, inductores y cooperadores necesarios) o como cómplices (art. 29 CP). En caso de que existan varios responsables criminales por unos mismos hechos se tiene en cuenta, a efectos de determinar las cuotas por las que deban responder como responsables civiles, la incidencia que la conducta de cada uno de ellos haya tenido en la producción del daño o perjuicio que se deba reparar o por el que se deba indemnizar (ver STS 318/2003, de 7 de marzo). En la práctica muchas veces no se determinan las cuotas por las que deba responder cada uno de los responsables de la infracción penal y, en tales casos, se entiende que responden por el montante indemnizatorio total a partes iguales (ver STS 1047/2006, de 9 de octubre).

Ej. 35.14: Con el fin de explicar las normas que se acaban de exponer, se parte del siguiente supuesto: Alicia, Juan, Mariano y José cometen un delito de daños del art. 263.1 CP contra Luis, provocando destrozos en su propiedad. Los cuatro son considerados penalmente responsables del delito. Alicia y Juan lo son en calidad de coautores, mientras que Mariano y José lo son en calidad de cómplices. El montante indemnizatorio total asciende a 10.000 €. En la sentencia se establece que, en concepto de responsabilidad civil, Alicia y Juan deben abonar 8.000 de esos 10.000 €, (4.000 € cada uno) y Mariano y José los restantes 2.000 € (1.000 € cada uno).

Determinada la responsabilidad penal de los intervinientes como autores y cómplices y la cuota que le corresponde a cada uno en concepto de responsabilidad civil, se debe proceder a hacerla efectiva del modo que establece el Código penal. A tal efecto el art. 116.2 CP

determina que *«los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices»*.

Tomando como referencia el Ej. 35.14, la regla del art. 116.2 CP implica que Alicia y Juan son responsables civiles directos y solidarios del conjunto de las cuotas que les corresponden como coautores, es decir, del total de 8.000 de los 10.000 €. El hecho de que a cada coautor le corresponda una cuota de 4.000 € no significa que la acción civil deba dirigirse necesariamente contra cada uno de ellos y solo respecto de su cuota, sino que se puede ejercitar contra los dos o contra cualquiera de los dos y por la totalidad de la cuota conjunta de 8.000 € de la que responden solidariamente (ver art. 1137 CC que regula las obligaciones civiles solidarias). En caso de que esta responsabilidad civil directa no pudiera hacerse efectiva con los bienes de Alicia y Juan, los cómplices, Mariano y José, en cuanto tales, responderían como responsables civiles subsidiarios por la cuota de los coautores. Ello significa que la cuota de 8.000 € de la que son responsables directos y solidarios Alicia y Juan, tendría que hacerse efectiva de forma subsidiaria en los bienes de Mariano y José que, a tal efecto, responderían de manera solidaria en el sentido apuntado más arriba.

Por su parte, Mariano y José son responsables civiles directos de su cuota de 2.000 € de la que responden de manera solidaria. En caso de que esta responsabilidad civil directa que asciende a 2.000 € no pudiera hacerse efectiva con los bienes de Mariano y José, los coautores, Alicia y Juan, responderían como responsables civiles subsidiarios por esa cantidad y, a tal efecto, lo harían a su vez de manera solidaria.

En cualquier caso y como señala el último párrafo del art. 116.2 CP, *«tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria, como subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por la cuotas correspondientes a cada uno»*.

Imaginemos que en el ejemplo planteado Alicia acaba pagando la totalidad de los 10.000 € a los que asciende el montante indemnizatorio. En ese caso podría reclamarle a Juan la cantidad de 4.000 € y a Mariano y a José la cantidad de 2.000 € que, a tal efecto, responderían de forma solidaria.

3.1.2. Breve referencia a la «participación lucrativa»

Por su parte, según el art. 122 CP, cuando el sujeto interviene beneficiándose de los efectos de la infracción penal sin haber participado en la comisión de la misma, estará obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

En la práctica este precepto se aplica en casos conocidos como de «participación lucrativa» en que el sujeto que se beneficia de los efectos desconoce el origen ilícito de los mismos pero, al detentarlos, impide que se pueda satisfacer la responsabilidad civil a cargo del sujeto que ejecutó el correspondiente hecho delictivo (cfr. SSTS 227/2015, de 6 de abril, 784/2014, de 20 de noviembre, y 324/2009, de 27 de marzo). El desconocimiento del origen ilícito constituye una exigencia necesaria para diferenciar esta figura de «participación lucrativa» del delito de receptación del art. 298.1 CP. La realización de este tipo podría dar lugar a la declaración de responsabilidad penal y civil en los términos descritos en el art. 116 CP, analizados en el presente apartado.

3.1.3. La persona jurídica penalmente responsable (remisión)

Esta cuestión se explica en la lección 38 junto con el resto de aspectos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3.1.4. Los aseguradores

Según el art. 117 CP, *«Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca un evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda»*.

Las entidades aseguradoras resultan responsables civiles directas de muchos delitos cometidos con ocasión de la utilización de vehículos a motor, respecto de los cuales es preciso contratar al menos un seguro obligatorio que cubra los daños que se puedan producir como consecuencia de su uso y hasta una determinada cantidad máxima.

Las condiciones en que se ha de pactar dicho seguro obligatorio aparecen recogidas en el RD 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de

responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.

Ej. 35.15: Si Antonio comete un delito de lesiones imprudentes contra Ramón por conducir a más velocidad de la permitida y, en consecuencia, provoca también daños en el vehículo de Ramón, el responsable civil directo que debería abonar las cantidades necesarias a efectos de reparación e indemnización por los daños materiales, físicos y morales, no sería Antonio como responsable penal según lo establecido en el art. 116.1 CP, sino la empresa aseguradora con la que este hubiese contratado el seguro de su vehículo, siempre que en el correspondiente contrato se hubiese acordado cobertura para sufragar la reparación e indemnización de los daños causados por un uso imprudente del vehículo. La aseguradora podrá desembolsar la cantidad que, a tal efecto, se hubiese pactado. Si dicha cantidad es insuficiente o si los daños se producen por comportamientos no contemplados en la póliza, la aseguradora podrá, no obstante, abonar las cantidades señaladas en concepto de responsabilidad civil para después reclamar las que corresponda a Antonio (cfr. SSTS 707/2005, de 2 de febrero, y 469/2003, de 28 de marzo, entre otras).

3.1.5. *Los sujetos exentos de responsabilidad penal*

Como ya se adelantó en apartados anteriores de la presente lección, la exención de responsabilidad penal por el hecho descrito como delito no excluye necesariamente la responsabilidad civil que pueda derivarse del mismo. En este sentido, los sujetos declarados exentos de responsabilidad penal pueden, no obstante, resultar civilmente responsables en los términos establecidos en el art. 118 CP que se analizan más adelante. Este precepto se refiere a causas que excluyen la antijuridicidad, la culpabilidad e incluso la tipicidad si nos atenemos a la sistemática del delito a la que se adscribe el presente Curso. La razón por la que en los distintos supuestos a los que se refiere el precepto subsiste la responsabilidad civil es distinta, como se tratará de explicar en las líneas que siguen.

Las únicas causas de exención de responsabilidad penal que también pueden excluir la responsabilidad civil derivada del delito son la legítima defensa (art. 20.4 CP) y el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP). En tales casos se entiende que la causa de justificación hace que el comportamiento típico realizado no se desapruebe. Los efectos de tal comportamiento deben considerarse justificados (en la legítima defensa solo los daños causados al agresor ilegítimo) y, por tanto, no generan obligación de resarcimiento (ver *supra* lecciones 16, 17 y 18).

Por su parte, el estado de necesidad no elimina la responsabilidad civil, aun cuando concurra como causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta. Ello responde a la particularidad que el mismo presenta respecto del resto de causas de justificación. Y es que por razón del estado de necesidad justificante se salvan intereses legítimos mediante un comportamiento típico que, como tal, lesiona o pone en peligro otros intereses que pueden ser igualmente legítimos aunque de menor entidad. El sacrificio del interés legítimo menor genera, no obstante y como habrá ocasión de comprobar, una obligación de resarcimiento por parte del sujeto beneficiado por el estado de necesidad, titular del interés preponderante, pues de lo contrario el mismo se estaría enriqueciendo sin causa o de forma contraria a la equidad, lo cual está prohibido por el Derecho privado.

Asimismo, cuando la exención de responsabilidad penal responde a la concurrencia de una causa que elimina la culpabilidad (por la concurrencia de error de prohibición —art. 14.3 CP—, por la inimputabilidad del sujeto —art. 20 CP apartados 1º, 2º y 3º— o por la inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho —arts. 20.6 y 20.5 CP, este último precepto a tener en cuenta cuando el estado de necesidad se da entre bienes de la misma entidad—), el sujeto declarado exento de responsabilidad podrá resultar civilmente responsable por el hecho antijurídico cometido si del mismo se derivasen daños o perjuicios que necesiten del correspondiente resarcimiento. Tales efectos, a diferencia de lo que sucede cuando concurren causas de justificación como eximentes completas (a salvo la precisión apuntada respecto del estado de necesidad justificante), no pueden considerarse justificados y podrán generar, por tanto, obligación de resarcimiento (ver *supra* lecciones 21, 22, 23 y 24).

Mención especial requiere la referencia al error del art. 118.2 CP como causa de exención de responsabilidad penal que no elimina la responsabilidad civil. El precepto alude expresamente y sin mayores precisiones al art. 14 CP, por lo que su tenor literal comprende tanto el error de tipo como el error sobre la antijuridicidad de la conducta invencibles, dado que son los únicos por los que se puede declarar la exención de responsabilidad a la que alude el art. 118 CP.

Teniendo en cuenta la sistemática de la teoría del delito que acoge el presente Curso, el error sobre la antijuridicidad de la conducta invencible excluye la culpabilidad, por lo que el hecho de que el mismo no elimine necesariamente la responsabilidad civil responde al planteamiento que se expuso más arriba. Sin embargo y de acuerdo, una vez más, con el planteamiento

seguido en la presente obra, el error de tipo invencible al excluir el dolo y la imprudencia, elimina la tipicidad. Así pues, la mera causación objetiva de un daño como elemento integrante del tipo de lo injusto aunque insuficiente para confirmar su existencia, puede hacer surgir la obligación civil de repararlo aunque dicha causación resulte atípica y por tanto, no antijurídica desde una perspectiva penal. Es quizá en estos casos donde se aprecia con más nitidez el carácter predominantemente objetivo que tiene la responsabilidad civil frente a la penal.

Expuestas las razones que explican la subsistencia de la responsabilidad civil en casos en que no existe responsabilidad penal, se procede al estudio del régimen que, a tal efecto, se ha de aplicar en función de cuál sea la concreta causa de exclusión de la misma. Para ello se sigue el orden que, a este respecto, establece el art. 118 CP.

A) La inimputabilidad

El régimen de responsabilidad civil varía en función de cuál sea la causa de inimputabilidad.

a) Inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica (art. 20.1 CP) o por alteraciones en la percepción (art. 20.3 CP). En estos casos, como señala el art. 118.1.1 CP, el inimputable resulta responsable civil directo por el hecho cometido al igual que las personas que lo tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por parte de las mismas.

Por culpa o negligencia se entiende, a estos efectos, la definida en el art. 1104 CC como la «*Omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*». Es decir que no se trata de la imprudencia o del dolo que pueden integrar el tipo de lo injusto en el ámbito penal ya que, de concurrir estos elementos, los cuidadores podrían resultar responsables penales y responsables civiles directos por la participación dolosa o imprudente en el hecho llevado a cabo por el inimputable y, a tal efecto, habría que estar a las reglas generales previstas por el art. 116.1 CP (ver último inciso del primer párrafo del art. 118.1.1 CP). En cualquier caso, «los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos» (ver segundo párrafo del art. 118.1.1 CP).

b) Inimputabilidad por intoxicación plena por consumo de drogas o alcohol (art. 20.2 CP). El art. 118.1.2 CP dispone que «*son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado*». Este precepto implica que los declarados exentos de responsabilidad penal por haber cometido el hecho en el estado de intoxicación plena del art. 20.2 CP responden, no obstante, como responsables civiles directos por los daños que puedan haber ocasionado. En estos casos la responsabilidad civil no se «comparte» con otros sujetos como en el supuesto analizado en el caso anterior.

Sorprende que el precepto no mencione al sujeto declarado exento de responsabilidad penal por cometer el hecho bajo el síndrome de abstinencia debido a su dependencia de las sustancias a las que se refiere el art. 20.2 CP. Se entiende que, en tal caso, el régimen a aplicar sería el mismo previsto para el ebrio y el intoxicado, dado que no tendría sentido, pues nos encontramos ante causas que no eliminan el carácter antijurídico del hecho, excluir la responsabilidad civil.

B) La concurrencia del estado de necesidad

Cuando la exención de responsabilidad penal responde a la concurrencia del estado de necesidad como eximente completa del art. 20.5 CP, es responsable civil directo la persona o personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable, o si no lo fuera, en la que el juez o tribunal establezcan según su prudente arbitrio (ver primer párrafo del art. 118.1.3 CP).

En cualquier caso y según establece el último párrafo del art. 118.3 CP, «*Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales*».

C) El miedo insuperable

Según el art. 118.1.4 CP, cuando la causa de exclusión de la responsabilidad penal fuera el miedo insuperable (art. 20.6 CP), 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, tal y como establece el art. 118.2 CP.

3.1.6. Responsabilidad civil por delitos cometidos por menores de 18 años (remisión)

Por razones de unidad expositiva, esta cuestión se analiza en la lección 37.

3.2. Responsables civiles subsidiarios

Los arts. 120 y 121 CP establecen la responsabilidad civil subsidiaria de determinadas personas físicas y jurídicas. Para que esta responsabilidad se pueda hacer efectiva es preciso que se cumplan una serie de requisitos:

1. Que exista un sujeto criminalmente responsable de una infracción penal que, como tal, resulte responsable civil directo de la misma.
2. Que la responsabilidad civil no pueda hacerse efectiva en la persona de dicho sujeto por resultar este insolvente en todo o en parte. Estamos, por tanto, según el Tribunal Supremo, ante una responsabilidad civil de segundo grado que depende de la existencia previa de una responsabilidad civil directa (ver SSTS 239/2015, de 22 de abril, 227/2015, de 6 de abril, y 1150/2006, de 22 de noviembre). De ahí que el art. 120 CP disponga que la responsabilidad civil subsidiaria, ahora analizada, se establezca en defecto de la que corresponda al responsable criminal.
3. 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 adjudicar (ver apartados 1º y 3º del art. 120 CP). En otros supuestos, se prevé una responsabilidad civil subsidiaria objetiva o de asignación automática (ver apartados 2º y 4º del art. 120 CP). Delimitado pues el concepto de responsabilidad civil subsidiaria, se procede a exponer los supuestos de dicha responsabilidad que contempla el vigente Código penal.

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 dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya

por su parte culpa o negligencia».

Se trata de supuestos de patria potestad prorrogada que regula el art. 171 CC. La asignación de responsabilidad a los padres o tutores no es automática sino que requiere que haya culpa o negligencia por su parte. A los efectos de interpretar los términos «culpa» o «negligencia», nos remitimos a lo manifestado *supra* en relación con los guardadores de los inimputables.

2º. *«Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el art. 212 CP».*

El art. 212 CP se refiere a los supuestos en que los delitos de calumnias e injurias se cometen con publicidad y establece, para tales casos, la responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la injuria o la calumnia. En cualquier caso, la atribución de responsabilidad civil subsidiaria prevista en este apartado 2º del art. 120 CP, al igual que la que regula el apartado 4º del mismo precepto, es automática. Estos artículos establecen una asignación objetiva de responsabilidad a la persona natural o jurídica por el mero hecho de que la misma dispone de la fuente de riesgo que permite la comisión del hecho delictivo: la editorial, el periódico, la revista o la estación de radio o televisión.

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 administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción».*

Es importante tener en cuenta que la responsabilidad civil subsidiaria no es, en estos casos, automática sino que requiere que se den ciertos requisitos. La infracción penal ha de haberse cometido en el establecimiento del que sea titular la persona natural o jurídica y, además, debe existir una infracción de reglamentos o disposiciones de la autoridad por parte de

administradores, dependientes o empleados de la misma que hubiese hecho posible la realización de dicha infracción. Por otro lado y a diferencia de los supuestos a los que se refiere el siguiente apartado, la relación entre el sujeto criminalmente responsable y el responsable civil subsidiario se circunscribe al lugar de comisión de la infracción penal del que es titular este último.

4º. *«Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».*

En este supuesto existe una relación de dependencia y/o control entre el responsable civil subsidiario y el sujeto penalmente responsable, ya que el mismo debe ser dependiente o empleado de aquel y haber cometido la infracción penal en el desempeño de sus obligaciones. La atribución de responsabilidad civil subsidiaria en estos casos es, como ya se advirtió, automática. Con todo, si estuviésemos ante una persona jurídica que resultase penalmente responsable por la infracción penal cometida por sus empleados, teniendo en cuenta lo establecido en los arts. 31 bis y ss. CP, resultaría de aplicación el art. 116.3 CP a efectos de determinar la responsabilidad civil de la misma que ya no sería, por tanto, subsidiaria sino directa.

5º. *«Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas».*

Este apartado regula, como se desprende de lo dicho hasta ahora, una responsabilidad civil subsidiaria objetiva de asignación automática.

3.2.2. *Los responsables civiles subsidiarios del art. 121 CP: Las administraciones públicas*

Según este precepto: *«El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, 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, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que*

les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario».

Este precepto establece la responsabilidad civil subsidiaria y objetiva de las distintas administraciones públicas (ya se trate de la Administración central, autonómica o local). En este sentido, la asignación de responsabilidad es automática siempre que se den los requisitos a los que se refiere el precepto. Si el origen del daño fuese un hecho que no constituyese delito, se podría proceder a la exigencia de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, conforme a las normas del procedimiento administrativo (ver RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial). Semejante posibilidad la recoge expresamente el último inciso del primer párrafo del art. 121 CP.

Por otro lado, algunos entienden que la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas también se puede derivar de lo previsto por el art. 120.3 CP. Ello requeriría que la infracción penal se realizase en un establecimiento del que sean titulares tales administraciones y que los encargados de dirigir o administrar dicho establecimiento hubiesen infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad relacionados con dicha infracción, haciendo posible la misma. En estos casos, como ya se advirtió, la atribución de responsabilidad no sería automática y tampoco existiría la dependencia funcional del autor de la infracción con el Estado, a diferencia de lo previsto por el art. 121 CP.

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 solo perseguibles a instancia de parte. Estos gastos que genera la tramitación del proceso judicial se entienden impuestos por la ley a

los que resulten considerados criminalmente responsables de todo delito (art. 123 CP).

El art. 241 LECrim determina qué gastos tienen la consideración de costas procesales a estos efectos.

Dicho precepto establece que *«...las costas consistirán:*

1º. *En el reintegro del papel sellado empleado en la causa.*

2º. *En el pago de los derechos de arancel.*

3º. *En el de los honorarios devengados por los Abogados y Peritos.*

4º. *En el de las indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono, y en los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa».*

Durante el trascurso del proceso, cada parte irá abonando sus costas y será la sentencia que ponga fin al mismo la que establezca la condena en costas a quien corresponda, teniendo en cuenta lo establecido en los arts. 242 y ss. LECrim.

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. Dicho orden es el siguiente:

1. *«A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios.*
2. *A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa.*
3. *A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago.*
4. *A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.*
5. *A la multa».*

Por su parte, el art. 126.2 CP establece que *«cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado».* En cualquier caso y según establece el art. 125 CP, cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el juez o tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el

período e importe de los plazos.

IV. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

1. CONCEPTO

Se trata de una serie de privaciones de bienes y derechos que, como regla general, acompañan a la pena o condena impuesta por la comisión de una infracción penal y que 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 (arts. 127 a 127 octies y 128 CP).
- b) Medidas que afectan a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier entidad o agrupación de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no puedan considerarse comprendidas en el art. 31 bis CP, siempre que el delito se haya cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de las mismas (art. 129 CP).
- c) La toma de muestras biológicas del condenado por determinados delitos, siempre que se den determinadas circunstancias, para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial (art. 129 bis CP).

2. NATURALEZA JURÍDICA

2.1. Naturaleza jurídica del decomiso o comiso

La opinión mayoritaria sigue considerando el decomiso como una privación de bienes o derechos ligada a la comisión de un hecho constitutivo de delito que, por sus peculiaridades, no termina de identificarse plenamente con ninguna de las consecuencias penales asociadas a la infracción penal, previamente analizadas. Se puede afirmar, por tanto, que el decomiso tiene una naturaleza mixta o *sui generis* respecto de la que se pueden hacer las siguientes consideraciones:

1. Aspectos del decomiso propios de la sanción penal:
 - a) Como regla general exige para su imposición la previa comisión de una infracción penal. Ello es indiscutible en los casos en que aparece ligado a la pena o penas impuestas por la comisión de delitos, lo que implica la realización de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible (ver arts.

- 127.1 CP).
- b) El comiso consiste, como ya se apuntó, en privaciones de bienes previstas por el Código penal y ligadas a la comisión de un hecho descrito como delito. Muchos consideran que tales circunstancias revelan su naturaleza sancionadora similar a la de otras consecuencias de la infracción penal como las penas (ver, entre otras, la SSTS 1528/2002, de 20 de octubre, y 867/2002, de 29 de julio).
 - c) El comiso se orienta, como se verá en el estudio de su fundamento, a fines preventivo especiales y preventivo generales en sentido similar a las penas.
 - d) Para algunos la naturaleza penal del comiso explica que el mismo esté sujeto al sistema de garantías que rige para las penas y las medidas de seguridad. Se considera que, a este respecto, el principio de legalidad junto con las garantías inherentes al mismo debe desplegar toda su eficacia.
2. 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 (ver art. 127 quater CP) y en que puede aplicarse sin necesidad de que se atribuya responsabilidad penal a sujeto alguno ni exista condena (ver art. 127 ter CP).
 - b) Se diferencia de las medidas de seguridad en que si bien su aplicación requiere, como regla general, la comisión de una infracción penal en el sentido apuntado, 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 y perjuicios provocados por el delito pues, en muchos casos, no se aplica con esa finalidad, con independencia de que en ocasiones se oriente a la satisfacción de la responsabilidad civil que se pueda derivar de la infracción penal cometida (art. 127 octies 3 CP).

2.2. La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP tras la reforma de 2010

La naturaleza jurídica del decomiso y de las medidas del art. 129 CP ha sido muy discutida por la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad a la reforma penal de LO 5/2010, de 22 de junio. La opinión mayoritaria entendía que se trataba de consecuencias de naturaleza penal que presentaban diferencias respecto de las penas,

de las medidas de seguridad y de la responsabilidad civil procedente del delito. Se podría decir que, en cierto modo, integraban una cuarta categoría dentro de las consecuencias que se pueden derivar de la infracción penal [Hablamos de «infracción penal» en un sentido laxo puesto que, como ya hemos visto, los hechos atípicos, no antijurídicos o no culpables que no constituyen infracción penal en sentido estricto, pueden generar, no obstante, responsabilidad civil.].

No obstante, tras la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, este planteamiento es predicable solo respecto del decomiso, regulado en los arts. 127 a 127 octies y 128 CP. Y es que el referido cambio legislativo introdujo novedades que afectan de manera directa a la consideración que se debe otorgar a partir del mismo a las consecuencias accesorias del art. 129 CP aplicables a las entidades que carecen de personalidad jurídica.

La reforma de 2010 hizo por primera vez posible que las personas jurídicas puedan ser responsables penales directas de los delitos cometidos en las circunstancias y por los sujetos a los que se refieren los arts. 31 bis y ss. CP. En consonancia con esta novedad legislativa, se introduce el art. 33.7 CP que recoge las penas aplicables a las personas jurídicas (ver *infra* lección 38).

El legislador de 2010 quiso que la mayor parte de dichas penas se puedan imponer a las entidades que carecen de personalidad jurídica cuando en su seno o a través de las mismas, se llevan a cabo infracciones penales. El problema es que el legislador considera que tales entidades, a diferencia de las personas jurídicas del art. 31 bis CP, no pueden resultar penalmente responsables por carecer de personalidad jurídica. Por tanto, no se les pueden aplicar directamente las penas del art. 33.7 CP. Es por ello que el art. 129 CP recoge gran parte de dichas penas como consecuencias accesorias anudadas a la pena impuesta a la persona física penalmente responsable de los delitos cometidos en el seno o a través de estas entidades sin personalidad jurídica.

La diferencia entre las consecuencias accesorias del art. 129 CP y las penas del art. 33.7 CP se reduce a los sujetos que pueden resultar destinatarios de unas y otras porque ambas tienen el mismo contenido. Lo que sucede es que su aplicación a las entidades sin personalidad jurídica del art. 129 CP solo puede tener lugar como consecuencia accesoria anudada a la condena de la persona física que haya cometido el delito en su seno o a través de las mismas. Sin embargo, las penas del art. 33.7 CP pueden aplicarse a las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno o a través de las mismas sin necesidad de que la persona física que haya podido cometer tales hechos resulte, si quiera, individualizada (ver art. 31 ter 1 CP).

En conclusión, la naturaleza, el contenido y fundamento de las

consecuencias accesorias del art. 129 CP coincide, por tanto, con el de las penas del art. 33.7 CP que se orientan principalmente a la prevención especial negativa, aunque también provocan efectos preventivo generales negativos. El estudio de estas sanciones, como penas aplicables a las personas jurídicas que resulten penalmente responsables, se lleva a cabo *infra* en la lección 38 del presente Curso.

3. FUNDAMENTO DEL DECOMISO Y DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ART. 129 CP

Ya hemos adelantado que 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. Tal planteamiento se explica sobre la base de las siguientes consideraciones.

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 por eso idóneos para su futura repetición. Lo mismo se puede decir de las entidades carentes de personalidad jurídica que se ven afectadas por las consecuencias el art. 129 CP, teniendo en cuenta que la comisión de la infracción penal ha tenido lugar en el seno, con la colaboración, a través o por medio de las mismas.

En conclusión, tanto el comiso como las consecuencias del art. 129 CP, en la medida en que pueden tener por objeto bienes o entidades que hicieron posible o facilitaron la comisión de la infracción penal (a las cuales se les puede prohibir que realicen cualquier tipo de actividad en virtud de las referidas consecuencias), tratan de evitar o al menos de 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 también la pérdida de las ganancias provenientes del delito. En este sentido, al privar de la ventaja económica o patrimonial que se pueda derivar de la actividad delictiva, resulta idóneo para disuadir de su comisión a los sujetos que pretendan llevarla a cabo.

Por su parte, las medidas que se pueden aplicar a las entidades carentes de personalidad jurídica que hayan hecho posible o facilitado la comisión de la infracción penal van, como se verá más adelante (ver *infra* lección 38), desde la suspensión de sus actividades hasta la

intervención judicial o la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. El conjunto de sanciones o prohibiciones en cuanto anunciadas por la ley penal y ligadas como desventajas a la comisión del hecho delictivo, son susceptibles de ejercer un efecto disuasorio respecto de la comisión del mismo por parte de los sujetos que quieran perpetrarlo.

4. RÉGIMEN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

4.1. El decomiso

4.1.1. *Concepto*

Como se desprende de lo ya explicado, 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, por tanto, al titular o detentador del bien, del medio o ganancia que se adjudica al Estado para que el mismo les dé el destino que determine la ley.

Se trata de una institución con largo arraigo en la tradición jurídico penal española que han recogido los distintos Códigos penales que se han sucedido desde 1822. En la mayoría de estos textos legales el decomiso aparecía como pena accesoria. Por su parte, el vigente Código penal desde su aprobación en 1995 lo regula como consecuencia accesoria ligada, por lo general, a la pena impuesta.

El decomiso aparece regulado con carácter general por los arts. 127 a 127 octies y 128 CP. De acuerdo con la Circular FGE 1/2005, tales normas generales resultan también de aplicación a los supuestos de comiso previstos en la Parte especial del Código penal (arts. 301.5, 319.3, 362 sexies, 374 y 385 bis CP, previstos, respectivamente, para delitos de receptación y blanqueo de capitales, delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo, delitos contra la salud pública y contra la seguridad vial) y en las leyes especiales (art. 5 LO 12/95, de 12 de febrero, de Represión contra el Contrabando). No obstante, en caso de contradicción entre las normas generales y las normas especiales, serán de aplicación estas últimas, en virtud de la regla 1ª del art. 8 CP.

4.1.2. *Requisitos y principios que rigen su aplicación*

Se diferencian los siguientes:

1º. Comisión de una infracción penal. A este respecto se pueden distinguir dos posibilidades:

a) Que el decomiso se aplique como consecuencia de imposición obligatoria ligada a la pena impuesta por delito doloso. Como regla general el decomiso aparece como consecuencia obligatoria anudada a la pena impuesta por delito doloso (ver art. 127.1 CP). Además, la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo la aplicación potestativa del comiso cuando se comete un delito imprudente que tenga prevista una pena privativa de libertad superior al año (ver art. 127.2 CP).

Esta modificación es fruto de la necesidad de adaptar el Derecho penal español a la normativa de la Unión Europea. En este sentido, la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, obliga a que sea posible acordar el decomiso en casos de infracción penal imprudente cuando la misma esté castigada con pena privativa de libertad superior al año. Algunos entienden que esta modificación resulta de especial importancia como medida a adoptar en casos de delito de blanqueo imprudente del art. 301.3 CP dado que, antes del referido cambio legislativo, no era posible decomisar las ganancias transformadas procedentes de este tipo de infracción. Con todo, se advierte que el decomiso en los delitos imprudentes se puede acordar de forma potestativa por parte del juez o tribunal a diferencia de lo previsto para los delitos dolosos.

b) Que, de acuerdo con el art. 127 ter CP, el decomiso se acuerde aunque no medie sentencia condenatoria pero siempre que se haya acreditado la existencia de una situación patrimonial ilícita en el marco de un proceso contradictorio, y la persona formalmente acusada o imputada con relación a la que existan indicios racionales de criminalidad, se encuentre en algunas de las siguientes situaciones:

- Haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que los hechos puedan prescribir.
- Se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos se puedan enjuiciar en un plazo razonable.
- No se le imponga pena por estar exento de responsabilidad penal o por haberse extinguido esta.

Que se pueda imponer el decomiso en casos en que la responsabilidad se haya extinguido no contradice necesariamente el planteamiento según el cual la comisión de una infracción penal es, como regla general, presupuesto necesario para la imposición de las consecuencias accesorias. Ello porque, en teoría, para que la responsabilidad penal se extinga antes tuvo que existir y la misma solo puede hallar su origen en la comisión del hecho típico, antijurídico, culpable y punible. No obstante y como habrá ocasión de comprobar (ver *infra* lección 36), algunas de las causas de extinción de la responsabilidad penal recogidas por el Código penal no implican la existencia previa de responsabilidad penal en el sentido apuntado. Por otro lado, el art. 127 ter CP permite aplicar el decomiso en casos en que la persona ha quedado exenta de responsabilidad penal y dicho precepto no especifica qué razones pueden haber motivado esa exención de responsabilidad penal. La misma podrá proceder, por tanto, de cualquiera de las causas previstas en el art. 20 CP o del error invencible de tipo o de prohibición que regula el art. 14 CP. Ello significa que el decomiso, en teoría, se podrá aplicar en casos de concurrencia de causas de justificación que excluyen la antijuridicidad del comportamiento (arts. 20.4, 20.5 y 20.7 CP), en supuestos en que se aprecien causas que excluyan la culpabilidad del mismo (arts. 14.3, 20.1, 20.2, 20.3 y 20.6 CP) y en casos de atipicidad por la inexistencia de dolo e imprudencia (art. 14.1 CP). De ello se desprende que el decomiso exigirá al menos y en todo caso, la existencia de la parte objetiva del tipo de injusto y, en este sentido, presenta cierto paralelismo con presupuesto mínimo de la responsabilidad civil *ex delicto* que se analizó *supra* (ver art. 118.2 CP). A este respecto, el legislador, en el preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, considera que el decomiso ampliado, que será objeto de posterior análisis, tiene una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a figuras como el enriquecimiento injusto.

2º. La imposición del decomiso está presidida por el principio de proporcionalidad. En este sentido, el art. 128 CP establece que cuando los efectos e instrumentos que pueden ser objeto de decomiso «*sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho las*

responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente».

Se entiende que la sentencia que imponga el decomiso debe razonar adecuadamente su necesidad y extensión (ver, entre otras, SSTS 301/1997, de 11 de marzo, y 398/1999, de 11 de marzo).

3º. Tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, y a fin de garantizar la efectividad del decomiso, el objeto del mismo podrá ser objeto de aprehensión o embargo y puesto en depósito de la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias (art. 127 octies 1 CP).

4.1.3. Objeto del comiso

A) Regla general: el decomiso directo

Tal y como establece el art. 127.1 CP, el comiso 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, cualesquiera que sean las transformaciones que hubiesen podido experimentar.

Por efectos se entienden los objetos o bienes que hayan sido generados inmediatamente por la infracción penal.

Ej. 35.16: En un delito de falsificación de moneda, el efecto sería la moneda falsificada; en el delito de tráfico de drogas, el efecto vendría constituido por el dinero directamente obtenido de la venta.

Los bienes, medios o instrumentos con que se haya ejecutado o preparado el delito se identifican con los objetos utilizados con esa finalidad.

Ej. 35.17: En el delito de falsificación de moneda los medios o instrumentos serían la tinta y las máquinas empleadas para fabricar el dinero falso; en un delito contra la seguridad vial, el medio instrumento sería el vehículo con el que se llevó a cabo la infracción —art. 385 bis CP—.

Por ganancias se entienden los bienes o beneficios económicos que se hayan obtenido mediatamente por el delito cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

Ej. 35.18: Los bienes adquiridos con el dinero obtenido con la venta de drogas.

B) Decomiso por sustitución (arts. 127.1 y 127 septies CP)

Cuando la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, por la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal deberá o podrá (ver, respectivamente, los art. 127.1 y 127 septies CP), acordar del decomiso de otros bienes (aunque sean de origen lícito), que pertenezcan a los responsables criminales del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado. Del mismo modo se procederá cuando el decomiso se haya hecho efectivo pero el valor de los bienes, efectos o ganancias objeto del mismo sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

El denominado «*decomiso del valor equivalente*» o «*decomiso del valor por sustitución*» se incorporó por primera vez al ordenamiento penal en 1995 en el momento de aprobación del vigente Código penal. De esta manera se introdujeron propuestas planteadas en sedes internacionales que resultan ajenas a la tradición jurídica española, como las expuestas por las Convenciones de las Naciones Unidas de Drogas en 1988, y de Delincuencia Organizada en 2000. Es de destacar que, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, no está clara la naturaleza obligatoria o potestativa del decomiso por sustitución si se dan las circunstancias a las que se acaba de hacer referencia. En este sentido, el art. 127.1 CP se decanta por la primera posibilidad y el art. 127 septies lo hace por la segunda. Esta falta de coherencia es de todo punto inconveniente para la seguridad jurídica.

C) Decomiso ampliado

El objeto de decomiso fue ampliado por la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, en respuesta a la necesidad de adaptar el Derecho penal español al de la Unión Europea. En este sentido, la Decisión marco 2005/212/JAI, anteriormente mencionada, impone, entre otras, la obligación a los Estados miembros de ampliar el decomiso a los bienes de las personas condenadas por determinadas infracciones penales enumeradas en la misma Decisión marco, entre las que se menciona el terrorismo. El legislador español de 2010 fue más allá en el cumplimiento de los compromisos asumidos dado que además de los de terrorismo incluyó a todos los delitos, con independencia de su naturaleza, que se cometieran en el seno de una organización o grupo

criminal o terrorista.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, continúa esta línea de ampliación del objeto del decomiso aumentando su ámbito y dotándola de una regulación más precisa. Todo ello tomando en consideración la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. La característica esencial de este decomiso ampliado, presente desde la regulación de 2010, 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 en modo alguno por un fallo condenatorio. No existe, por tanto, prueba plena que vincule causalmente la actividad ilícita en cuestión y el objeto del decomiso. La presunción de su procedencia ilícita se basa en indicios objetivos fundados establecidos por la ley desde la LO 1/2015, de 30 de marzo, (ver art. 127 bis 2 CP) y se puede enervar [debilitar la fuerza de las razones o argumentos] siempre que se acredite su origen lícito.

Ya desde 2010 se consideró que este tipo de previsiones eran contrarias al principio de presunción de inocencia consagrado por el art. 24.2 CE, toda vez que la procedencia ilícita de los bienes se basa en meros indicios, sin que las mejoras técnicas introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, supongan un cambio sustancial al respecto. No obstante, el Legislador de 2015 ha querido responder a estas objeciones poniendo de manifiesto, en el preámbulo de la referida ley, que este decomiso ampliado *«no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal, pues dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción»*.

Así las cosas, el decomiso ampliado puede recaer sobre:

a) Bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos mencionados en los apartados del a) al r) del art. 127 bis CP. Se advierte una más que notable ampliación respecto de los delitos afectados por la regulación del decomiso ampliado de la reforma de 2010.

Así el decomiso ampliado afecta a los condenados por delitos de

trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 CP y artículo 264 CP, delitos contra el patrimonio y contra el orden socio económico, en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia, delitos relativos a las insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual o industrial, delitos de corrupción en los negocios, delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298 CP, delitos de blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313 CP, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373 CP, delitos de falsificación de moneda, delitos de cohecho, delitos de malversación, delitos de terrorismo y delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Esta ampliación del elenco de delitos que pueden dar lugar al decomiso ampliado responde al hecho de que se trata de infracciones de las que se pueden derivar grandes beneficios económicos, según ha manifestado el legislador en el preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En estos casos se puede proceder al decomiso ampliado aun cuando se den las circunstancias del art. 127 ter CP analizado *supra*.

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, siempre que se den los requisitos que, al efecto, establece el art. 127 quater CP.

c) Bienes efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado cuando se cumplan los requisitos que establece el art. 127 quinquies CP.

Esta modificación, fruto de la LO 1/2015, de 30 de marzo, vino a respaldar una práctica jurisprudencial previa del Tribunal Supremo. Este alto tribunal admitía, tras Acuerdo de Pleno de 5 de octubre de 1998, el decomiso de bienes que procedieran de otras actividades anteriores al hecho delictivo enjuiciado, en casos de tráfico de drogas y en relación con el art. 374 CP. En los casos de delito de blanqueo el Tribunal Supremo se pronunció en consonancia con el referido Acuerdo (ver, entre otras, la STS 1142/2005, de 20 de septiembre). Por su parte la STS de

51/2009, de 27 de enero, extendió esta interpretación a cualquier delito.

4.1.4. Destino de los objetos decomisados

El apartado 3º del art. 127 octies CP establece que los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.

La venta de bienes decomisados de lícito comercio se llevará a cabo mediante pública subasta de acuerdo con lo establecido en los arts. 643 y ss. LEC. Por su parte, el art. 374 CP describe el procedimiento de destrucción de la droga decomisada como efecto de los delitos contra la salud pública de los arts. 368 a 372 CP.

4.2. Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica

Explicada ya la naturaleza y el fundamento de las consecuencias accesorias del art. 129 CP aplicables a entidades sin personalidad jurídica tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, se procede a analizar ahora los presupuestos y principios que rigen su aplicación. A tal efecto, habrá que distinguir si dichas consecuencias se aplican anudadas a la pena impuesta a la persona física responsable de la infracción penal en el correspondiente fallo condenatorio o si las mismas se acuerdan como medidas cautelares por parte del juez instructor.

El contenido de estas consecuencias, al ser idéntico al de las penas aplicables a las personas jurídicas, se analiza *infra* en la lección 38 de la presente obra dedicada al estudio de la responsabilidad penal de las mismas.

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 de las consecuencias con el contenido descrito en los apartados c) a g) del art. 33.7 CP así como la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita, a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis CP.

A tal efecto se tendrán que cumplir los siguientes requisitos:

a) Comisión de un delito en el seno, con la colaboración, a través o por medio de tales entidades (art. 129.1 CP).

b) Que el Código penal prevea expresamente la aplicación de estas consecuencias a las referidas entidades o que se trate de delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas (art. 129.2 CP).

c) La imposición de estas consecuencias se prevé como potestativa por parte del juez o tribunal. Ello exige que el fallo condenatorio motive la necesidad de su imposición, lo cual se establece expresamente en el art. 129.1 CP. Por otro lado, la opinión mayoritaria entiende que aunque el referido precepto no lo señale de manera específica, la imposición de estas consecuencias debe estar presidida por el principio de proporcionalidad, así como quedar sujeta a los principios acusatorio, de inmediación y contradicción.

Algunos entienden que, por analogía con la regulación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el juez o tribunal, al decidir sobre el tipo de consecuencia del art. 129 CP a aplicar así como su duración, podrá tener en cuenta circunstancias tales como el pronóstico de peligrosidad instrumental futuro de la entidad en atención a las circunstancias en que se haya llevado a cabo el hecho, así como las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal aplicables a las personas jurídicas que aparecen previstas en el art. 31 quater CP.

d) Las consecuencias descritas se podrán imponer como accesorias a la pena que corresponda al autor del delito (último inciso del art. 129.1 CP). Este último requisito se debe interpretar en conexión con el primero al que se hizo alusión arriba, que se refiere a la comisión previa de un delito.

Si nos atenemos al tenor literal del art. 129.1 CP debemos concluir considerando que las consecuencias accesorias aplicables a las entidades sin personalidad jurídica exigen la comisión de un delito por parte de una persona física que ha debido ser condenada por ello, puesto que tales consecuencias solo se pueden imponer como accesorias *a la pena que le corresponda* a la misma. No obstante, esta interpretación que, insistimos, se ajusta escrupulosamente a la letra de la ley, no se corresponde con las reglas que rigen la imposición de otras consecuencias accesorias como el decomiso, dado que el mismo

se puede acordar sin necesidad de que una persona física resulte penalmente responsable del hecho que motiva su aplicación (ver art. 127 ter CP).

Además, la referida exégesis se aleja en exceso de los criterios de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas tras la reforma de 2010. En este sentido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede ser directa e independiente de la de la persona física que opere en su seno que, a tal efecto, no tiene que resultar siquiera individualizada (ver art. 31 ter CP). Con todo, no cabe una plena asimilación de los presupuestos de aplicación de las consecuencias accesorias aplicables a las entidades sin personalidad jurídica y las penas aplicables a las personas jurídicas penalmente responsables. Se trata de sujetos distintos, como se puso de manifiesto *supra*, o al menos así los concibe el legislador cuando ha decidido que las entidades sin personalidad jurídica no pueden ser destinatarias de penas sino de consecuencias accesorias, por mucho que estas tengan idéntico contenido que aquellas, tras la reforma de 2010. Por todo ello se entiende que la interpretación literal del art. 129.1 CP, que exige la imposición de pena a la persona física por el delito cometido en el seno o a través de la entidad sin personalidad jurídica, resulta en cierto modo incongruente con las reglas generales que rigen en materia de consecuencias accesorias como el decomiso y se aleja en exceso de los criterios de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En conclusión, parece adecuado optar por una solución intermedia entre la plena asimilación a los criterios de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas y la exigencia de imposición de pena a la persona física, a fin de determinar los presupuestos de aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP. En este sentido y tomando como referencia las reglas del decomiso (ver art. 127 ter CP) debería exigirse como mínimo la realización de la parte objetiva del tipo de injusto por parte de una persona física que resulte a tal efecto debidamente individualizada.

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 sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el art. 33.7*».

La imposición de consecuencias accesorias como medidas cautelares exige, como regla general, la concurrencia de una serie de requisitos (ver, entre otros, los arts. 503 y ss. y 589 y ss. LECrim). Entre los mismos podemos destacar los siguientes:

1º. Que exista una atribución del hecho punible a un sujeto determinado a consecuencia de indicios racionales de criminalidad. Dicha atribución podrá presentar distintas formas en función del tipo de procedimiento en el que se acuerde la medida cautelar (de citación como imputado en el Procedimiento Abreviado, o de auto de procesamiento en el Procedimiento Ordinario).

2º. Debe existir un peligro de daño por el retraso en el procedimiento. Es decir, que exista riesgo de que el imputado o procesado aproveche la pendencia del proceso penal para ocultar pruebas o patrimonio, o para fugarse de la justicia.

4.3. La consecuencia accesoria del art. 129 bis CP

Tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, 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, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas. Ello siempre que de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

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, que deberán ser, en todo caso, proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

Esta consecuencia accesoria tiene como finalidad incorporar las previsiones del *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y ratificado por España el 22 de julio de 2010, así como la jurisprudencia del

TEDH.

LECCIÓN 36. LA EXTINCIÓN DE LA PRESPONSABILIDAD 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 Capítulo I del Título VII del Libro I del Código penal lleva por rúbrica «*De la extinción de la responsabilidad penal y sus efectos*», y dentro del mismo, el art. 130 establece: «**1.** *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, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 87.*

4º. *Por el indulto.*

5º. *Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea.*

6º. *Por la prescripción del delito.*

7º. *Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad».*

Según la RAE algo se extingue cuando «cesa», cuando «se acaba del todo». De esta definición se colige que, para que algo, como un derecho o una obligación, se extinga, tiene que haber existido antes. Cabría esperar, según este planteamiento, que las causas de extinción que enumera el art. 130.1 CP hacen desaparecer la responsabilidad penal que, de acuerdo con lo que se ha plasmado en este Curso, surge del comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible y que consiste en la obligación de cumplir una pena. Cabría esperar, además, que la existencia de la responsabilidad penal así entendida, haya sido confirmada por una sentencia condenatoria.

Sin embargo estas circunstancias se dan solo respecto de algunas de las causas que enumera el art. 130.1 CP como la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena, una vez cumplidas las condiciones a las que se sometió la suspensión de la ejecución de la misma, el indulto y la prescripción de la pena. Sin embargo, otras de las causas que contempla el art. 130.1 CP no extinguen la responsabilidad penal en el sentido descrito. Algunas de las mismas operan sobre una responsabilidad penal que, desde el

punto de vista jurídico, aún no ha nacido pues su existencia no ha sido confirmada por un fallo judicial previo. Así, por ejemplo, la prescripción del delito y el perdón del ofendido, que despliegan sus efectos antes de que se haya dictado la correspondiente sentencia condenatoria. Por su parte, la prescripción de la medida de seguridad tampoco extingue la responsabilidad penal propiamente dicha o al menos no necesariamente. Y es que, por ejemplo, cuando la medida de seguridad se aplica a un inimputable que ha sido considerado exento de responsabilidad penal por razón de su anomalía psíquica (art. 20.1 CP), difícilmente la prescripción de dicha medida puede hacer cesar una responsabilidad penal que nunca existió, teniendo en cuenta que el sujeto quedó exento de la misma.

Por todo lo expuesto, no todas las causas previstas por el art. 130.1 CP extinguen la responsabilidad penal propiamente dicha, es decir, la que surge, insistimos, de la comisión del comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible y cuya existencia es confirmada por una sentencia condenatoria. Se podría afirmar, entonces, que el común denominador de las distintas causas que enumera este precepto es otro. Lo que sucede cuando concurre cualquiera de estas causas es que la Administración de Justicia ya no va a pretender que el sujeto cumpla con la pena o medida de seguridad que, como consecuencias penales, se derivan de la comisión de una infracción penal. Esta renuncia de la Administración de Justicia puede obedecer a distintas razones y se puede llevar a cabo de diferentes maneras.

Ej. 36.1: Cuando el sujeto ha cumplido con su condena se entiende que ya no tiene que rendir más cuentas de naturaleza penal ante la justicia (más allá de lo que, en este sentido, puedan suponer los antecedentes penales), mientras que cuando la infracción penal ha prescrito se considera que el trascurso del tiempo hace innecesaria o difícil de cumplir con todas las garantías, no ya el cumplimiento de la pena, sino la verificación de la responsabilidad penal derivada de dicha infracción que hubiera conducido a la imposición del referido castigo.

De acuerdo con el planteamiento que se acaba de exponer se podría decir, además, que el contenido del art. 130.1 CP resulta incompleto ya que existen circunstancias, que este precepto no menciona, cuya concurrencia acarrea las mismas consecuencias que algunas de las causas previstas por el mismo.

Ej. 36.2: El cese de la medida de seguridad cuando desaparece la peligrosidad del sujeto antes de que la misma alcance su límite máximo de duración (ver art. 97.b) CP), o la aprobación

de una ley posterior a la comisión de los hechos que destipifica los mismos.

Para terminar el presente apartado, es preciso insistir algo más en una idea que se desprende de lo ya explicado. Y es que el ámbito sobre el que operan las causas del art. 130.1 CP es el de las penas y las medidas de seguridad como consecuencias penales que se derivan de la infracción penal. El resto de las consecuencias o efectos que pueden surgir de la misma, como la responsabilidad civil y las consecuencias accesorias, quedan fuera de su alcance como hubo ocasión de comprobar (ver *supra* lección 35).

Ya se advirtió que el decomiso, como consecuencia accesoria, y la responsabilidad civil se pueden acordar o declarar aunque la responsabilidad penal se haya extinguido o se declare inexistente (ver *supra* lección 35). Por otro lado, la sentencia firme que impone al sujeto una pena o una medida de seguridad debe inscribirse en el Registro Central de Penados y Rebeldes. Esta inscripción del antecedente penal despliega sus efectos con posterioridad a la extinción de tales consecuencias penales, efectos que, por tanto, no desaparecen en dichos casos con la extinción de la responsabilidad penal y que serán analizados en el último apartado de la presente lección.

Así las cosas, se procede al estudio de cada una de las causas que, de acuerdo con lo establecido expresamente por el vigente Código penal, extinguen la responsabilidad penal. El análisis se lleva a cabo respecto del efecto de tales causas cuando los que han cometido la infracción penal son personas físicas mayores de edad y también menores (de acuerdo con lo establecido, a este respecto, en la LORPM [Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores]).

2. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

2.1. La muerte del reo

El art. 130.1.1 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 consiste en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o encefálicas (ver art. 10.2 RD 2070/1999 de 30 de diciembre). El óbito solo puede ser acreditado por el correspondiente certificado médico.

Ni la declaración civil de fallecimiento que se basa en una presunción de muerte (ver arts. 193 y ss. CC), ni la declaración legal de ausencia que ni siquiera parte de dicha presunción (ver arts. 181 y ss. CC), son suficientes en este sentido. No obstante, estas declaraciones pueden dar lugar al archivo provisional de la causa penal.

b) El término «reo» se refiere únicamente al sujeto condenado por sentencia. Ello significa que el fallecimiento se ha tenido que producir con posterioridad a este fallo condenatorio. En tal caso, por el principio de personalidad de las penas, ya no se podrá imponer la pena a la persona fallecida y tampoco a sus parientes o herederos.

¿Qué sucede si el fallecimiento se produce antes de que se dicte el fallo condenatorio? En tal caso lo que se extingue no es la responsabilidad penal sino la acción penal, de acuerdo con lo establecido en el art. 115 LECrim.

Desaparece así la necesidad o la posibilidad de verificar con todas las garantías la responsabilidad penal de la persona fallecida, dado que la misma no puede ejercer su derecho a la defensa. Cuando en los hechos han intervenido varias personas y una de ellas fallece antes de que se dicte la sentencia condenatoria que confirme el comportamiento realizado por la misma así como su responsabilidad penal, la acción penal se extingue únicamente respecto del sujeto fallecido. El problema que puede surgir es que quizá sea necesario concretar en qué consistió la intervención del finado para determinar la responsabilidad penal del resto de intervinientes.

Ej. 36.3: Sí el fallecido era el presunto autor y el resto de los sujetos supuestamente intervinieron en los hechos como cómplices, inductores o cooperadores necesarios, el principio de accesoriedad al que está sujeta esta forma de participación criminal exige confirmar al menos la realización del hecho principal típico a manos del autor (de acuerdo con la sistemática que sigue el presente Curso). En estos casos se recomienda encontrar un equilibrio entre el respeto por el fallecido, que no tiene posibilidad de defenderse, y la necesidad de que el proceso penal siga su curso respecto del resto de imputados o procesados. Así, la determinación del comportamiento del fallecido solo se realizará en la medida en que ello resulte necesario para determinar la responsabilidad penal de los demás partícipes.

Se entiende que la muerte del menor de edad produce efectos análogos a los descritos respecto de la responsabilidad penal de la persona física mayor de edad, por mucho que la LORPM no establezca previsión alguna al respecto, y máxime teniendo en cuenta que la Disposición Final 1ª de dicha ley señala como norma supletoria de la misma el Código penal.

2.2. El cumplimiento de la condena

El art. 130.1.2 CP se refiere al cumplimiento de la condena como otra de las causas que extinguen la responsabilidad penal. Se entiende que cuando el sujeto cumple su condena en los términos establecidos en la sentencia condenatoria, satisface la responsabilidad penal que, por tanto, desaparece. Es por ello que algunos consideran que la referencia al cumplimiento de la condena como causa de extinción de la responsabilidad penal resulta superflua.

La opinión doctrinal mayoritaria interpreta los términos «*cumplimiento de condena*» en un sentido amplio referido tanto a las penas como a las medidas de seguridad impuestas. Dentro de las primeras se incluye el cumplimiento de las penas sustitutivas (ver arts. 71.2 y 89 CP) y el de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (ver art. 53.4 CP).

La inclusión del cumplimiento de la medida de seguridad como causa de extinción de la responsabilidad penal resulta, hasta cierto punto, cuestionable al menos desde un punto de vista terminológico. Está claro que cuando el sujeto cumple la medida de seguridad, bien porque se llega al límite temporal máximo establecido para la misma o porque cesa su peligrosidad antes de que se alcance tal momento (ver art. 97.b) CP), su responsabilidad como sujeto obligado a someterse a dicha medida penal desaparece. Pero no se puede hablar de una responsabilidad penal en sentido estricto en el caso de que el sujeto sea inimputable y haya quedado exento de dicha responsabilidad por ese motivo (ver *supra* primer apartado de la presente lección).

En el caso de menores, los efectos del cumplimiento de la medida que se les haya impuesto aparecen previstos en el art. 53 LORPM.

De acuerdo con dicho precepto, el cumplimiento de la medida conlleva el archivo de la causa sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, pueda adoptar las medidas necesarias de protección del menor conforme a las normas del Código civil si así lo requiriera el

interés de aquel.

2.3. Remisión definitiva de la pena suspendida

La remisión de la pena que, como causa de extinción de la responsabilidad penal aparece prevista en el art. 130.1.3 CP, se refiere a la de la pena suspendida en los términos establecidos en los apartados 1 y 2 del art. 87 CP. De acuerdo con este precepto, si al sujeto se le condenó a una pena privativa de libertad y se acordó la suspensión de la ejecución de la misma (cualquiera que sea el régimen de suspensión acordado), transcurrido el plazo de suspensión fijado habiéndose cumplido todas las condiciones a las que esta se sometió, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena inicialmente impuesta.

Algunos echan en falta, por parte del art. 130.1.3 CP, la mención de los supuestos de suspensión de la ejecución de la medida de seguridad en los términos que establece el art. 97.d) CP, por mucho que, en algunos de estos casos, no se pueda hablar, en sentido estricto, de la extinción de la responsabilidad penal.

Por lo que respecta a menores y teniendo en cuenta el art. 40 LORPM, cabe pensar que el cumplimiento del plazo de suspensión de la ejecución del fallo, habiéndose observado todas las condiciones a las que se hubiese sometido dicha suspensión, produciría efectos análogos a la remisión de la pena respecto de los adultos. No obstante, el referido precepto nada dice expresamente al respecto.

2.4. El indulto

El art. 130.1.4 CP establece que la responsabilidad penal se extingue por el indulto.

La regulación principal del indulto aparece prevista en la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la Gracia del Indulto (en adelante Ley 1870). No obstante, también la Constitución española, el Código penal, el RD 190/1996, la LEC y la Orden de 10 de septiembre de 1993 contienen normas relativas a esta institución.

2.4.1. Concepto

Hoy día 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 (el art. 62 CE prohíbe los indultos generales). 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.

La amnistía, a diferencia del indulto, constituye una declaración general del poder legislativo, permanente o transitoria, en virtud de la cual se dejan de considerar delictivas ciertas conductas o se decide no penarlas. La amnistía se ha concedido en ocasiones como consecuencia de un cambio en el régimen político de un Estado.

Ej. 36.4: En España, durante la Transición, se aprobaron leyes que amnistiaron algunos actos considerados delictivos durante la dictadura que debían dejar de serlo en el nuevo régimen democrático (ver art. primero de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía).

El alcance de la amnistía era, por tanto, mayor que el que puede tener hoy día el indulto ya que, como consecuencia de la misma, se eliminaban todos los efectos derivados de la comisión de los actos amnistiados: cesaba su persecución judicial o policial así como el cumplimiento de las penas que se estuviesen cumpliendo por los mismos, y se cancelaban los antecedentes penales. En este sentido, algunos entienden que la amnistía produce, como el propio término indica, el olvido del delito como si jamás se hubiese producido.

En la actualidad la amnistía no se recoge ni en la Constitución ni en el Código penal, razón por la que algunos niegan su vigencia. Además, se entiende que el hecho de que el art. 62 CE prohíba expresamente los indultos generales, concedidos de manera indiscriminada a un grupo de personas, refuerza este argumento dada la similitud que esta clase de indultos presenta respecto de la amnistía. No obstante, otros sectores se pronuncian en sentido contrario identificando la amnistía con el derecho del poder legislativo de dictar leyes que destipifiquen determinados comportamientos. Según este planteamiento, la aplicación retroactiva de estas leyes a hechos anteriores a su entrada en vigor produciría los mismos efectos que los que tuvieron las leyes de amnistía en el pasado.

Ej. 36.5: Con la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, el homicidio por imprudencia leve ha dejado de ser una infracción penal. Antes de este cambio legislativo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, el homicidio por imprudencia leve era constitutivo de una infracción penal: concretamente de una falta prevista en el derogado art.

621.2 CP. Tras la entrada en vigor de la referida reforma, el homicidio por imprudencia leve pasa a ser un ilícito civil de manera que ya no puede castigarse con la pena prevista por el precepto derogado.

Por otro lado el indulto, como decisión de clemencia que en el supuesto particular puede adoptar el poder ejecutivo, plantea, según algunos, los siguientes problemas:

1. Por un lado, puede suponer una quiebra del principio de separación de poderes pues es el poder ejecutivo el que decide no aplicar la pena o parte de la pena que el poder judicial ha impuesto en virtud de la potestad que el ordenamiento jurídico le confiere.
2. Por otro lado, puede implicar una quiebra del Estado de Derecho y del principio de legalidad pues la concesión del indulto conlleva dejar de aplicar total o parcialmente la pena cuya imposición exige la ley.

No obstante, se trata de una institución universal y de gran arraigo histórico cuyo fundamento en nuestro sistema puede tener diversa naturaleza como habrá ocasión de comprobar.

2.4.2. Fundamento

El sistema legal vigente no establece motivos tasados en los que se deba fundamentar el indulto. Solo se exige, como regla general, que el tribunal sentenciador que impuso la pena objeto del mismo, emita un informe en que consten las razones a su favor que deben ser de «*justicia, equidad o conveniencia pública*» (ver arts. 11 y 25 Ley 1870).

En la práctica 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.

El propio Código penal, en su art. 4.3, establece que el juez o tribunal solicitará al Gobierno la concesión del indulto cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada, en el ejercicio de su jurisdicción, una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o «*cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo*».

2º. Existencia de dilaciones indebidas en el procedimiento no imputables al penado.

En el pasado se concedían indultos, por lo general parciales, cuando el proceso penal se demoraba en exceso y ello suponía una quiebra del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que consagra el art. 24.2 CE. Así lo reflejó el Tribunal Supremo en el acuerdo de Sala General de 2 de octubre de 1992. Sin embargo, con el paso del tiempo, este retraso en el procedimiento encontró también respuesta en la apreciación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, en virtud de la cual se conseguía una rebaja de pena que, en la práctica, tenía similar efecto al del indulto parcial. El propio Tribunal Supremo, cambiando de parecer, acabó por adoptar este criterio tras su acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 (criterio que han seguido, entre otras, la SSTS 338/2007, de 25 de abril y 981/2009, de 17 de octubre).

La reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, dio respaldo positivo a esta última postura del Tribunal Supremo al incorporar de manera expresa a las dilaciones indebidas en el catálogo de circunstancias atenuantes genéricas (ver art. 21.6 CP y *supra* lección 25). Ello hace innecesaria la solicitud de indulto parcial en estos supuestos.

3º. Comportamiento del reo tras la sentencia.

El indulto puede encontrar su fundamento en razones de prevención especial cuando el penado ha desarrollado una conducta ejemplar durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad en un centro penitenciario. Normalmente a ello se puede responder a través de la clasificación dentro del tercer grado penitenciario o mediante la concesión de la libertad condicional, como hubo ocasión de comprobar (ver *supra* lecciones 29 y 33). Sin embargo, en supuestos verdaderamente excepcionales las referidas medidas se consideran insuficientes y el indulto se perfila como la mejor respuesta a los mismos. Así, el art. 206 RD 190/1996 permite que la propia Administración penitenciaria solicite el indulto (que, obviamente, será parcial pues el mismo, de ser concedido, opera para poner fin a una pena que, en parte, ya se ha cumplido) en casos en que de manera continuada, durante al menos dos años y en un grado que se pueda considerar extraordinario, el penado haya presentado buena conducta, desempeñado una actividad laboral normal y participado en actividades de reeducación y reinserción social.

4º. Motivos ajenos al hecho delictivo como exceso de población penitenciaria o efemérides.

Ha habido ocasiones en las que el indulto se ha basado en razones que nada tienen que ver con la gravedad de los hechos cometidos por el penado, con sus circunstancias personales o con su comportamiento postdelictual. Por ejemplo, el 1 de diciembre de 2000 se concedieron a la vez 1.443 indultos personales basados en su mayoría en la cercanía del milenio o en la proximidad del vigésimo segundo aniversario de la Constitución Española. La opinión doctrinal mayoritaria sostiene, con razón, que semejantes motivos no pueden justificar el indulto pues no guardan relación alguna con los fines o funciones que la pena tiene en nuestro sistema legal. Por otro lado, el indulto ha de ser personal y basarse en razones concretas vinculadas al penado o a los hechos que este cometió. En este sentido, los 1.443 indultos se consideran como un indulto general encubierto cuya inconstitucionalidad resulta evidente, teniendo en cuenta el art. 62 CE que prohíbe expresamente, como ya se apuntó, los indultos generales.

2.4.3. Efectos

El indulto produce la remisión de la pena o penas impuestas en sentencia. En función del concreto alcance que tenga esta remisión, el art. 4 Ley 1870 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. Este último efecto, atribuido al indulto parcial por la Ley 1870, también se puede producir a través de la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses en los términos del art. 71.2 CP.

Por otro lado y según establecen los arts. 6 y 7 Ley 1870, el indulto de la pena principal no llevará consigo necesariamente el de la accesoria ni viceversa, salvo que su naturaleza y efectos resulten inseparables.

En cualquier caso, para que el indulto afecte a las penas de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para empleo o cargo público y derecho de sufragio pasivo, cuando estas se impongan como accesorias, se deberá hacer mención expresa al respecto en la decisión de concesión del mismo.

El indulto no afecta a la devolución de la multa ya satisfecha, a la responsabilidad civil, a las costas procesales (ver, respectivamente, arts. 8, 6 y 9 Ley 1870), ni a los antecedentes penales (ver art. 136 y ss. CP).

Por último, es de destacar que el indulto tampoco afecta a las medidas de seguridad ni a las medidas impuestas a menores previstas en la LORPM.

Ninguna de las disposiciones que regulan esta institución se refiere a estas consecuencias de la infracción penal. Algunos consideran, no obstante, que en el caso de las medidas impuestas a menores, en tanto en cuanto suponen un reconocimiento al menos parcial de la responsabilidad penal por el hecho cometido, deberían poder ser también objeto de indulto del mismo modo que las penas aplicables a los adultos.

2.4.4. Requisitos para la concesión

De acuerdo con el sistema legal vigente la concesión del indulto exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º. La persona para quien se solicite el indulto debe haber sido condenada por sentencia firme (art. 2.1 Ley 1870).

En principio, los reos de cualquier clase de delitos pueden ser indultados (art. 1 Ley 1870), pero a este respecto se exceptúan:

a) Los sentenciados que no estuvieren a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena (art. 2.2 Ley 1870).

b) Los reincidentes en el mismo o en cualquier otro delito por el que hubiesen sido condenados por sentencia firme, salvo que a juicio del tribunal sentenciador hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia (art. 2.3 Ley 1870).

c) El Presidente y el resto de los miembros del Gobierno (art. 102.3 CE).

d) Si el condenado lo ha sido en virtud de sentencia firme dictada por un Tribunal penal internacional, la concesión del indulto depende de la regulación de dicho tribunal.

Ej. 36.6: El art. 27 de la Resolución 955 (1994) del Consejo General de Naciones Unidas, crea el Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda. De acuerdo con dicho precepto, si un sujeto ha sido condenado como responsable de violaciones graves

del Derecho internacional humanitario en dicho territorio, solo podría resultar indultado si así lo decidiese el referido Tribunal internacional previa consulta al poder ejecutivo del Estado en el que el sentenciado tuviese que cumplir condena.

2º. Que el indulto no cause perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos (art. 15.1 Ley 1870).

Ej. 36.7: Ello podría suceder, por ejemplo, si la pena consiste en la prohibición de acercarse a la víctima (art. 48.2 CP) y la seguridad de la misma se resintiese por la concesión del indulto.

3º. Que haya sido oída la parte ofendida cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte (art. 15.2 Ley 1870).

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, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación (art. 19 Ley 1870).
- b) El tribunal sentenciador de acuerdo con lo establecido en el art. 4.3 CP, cuyo contenido, a este respecto, sustituye a lo dispuesto por el art. 20 Ley 1870.
- c) El Gobierno para la concesión de indultos que no hubiesen sido solicitados por los particulares ni propuestos por el tribunal sentenciador (art. 21 Ley 1870).
- d) La Junta de Tratamiento penitenciario a través del JVP de acuerdo con lo establecido en el art. 206 RD 190/1996.

B) La tramitación del indulto

Las solicitudes de indulto se dirigirán al Ministro de Justicia (art. 22 Ley 1870) que requerirá informe del tribunal sentenciador pronunciándose sobre la justicia, conveniencia y forma de concesión del mismo, tras haber oído al Ministerio Fiscal y a la parte ofendida por el delito si la hubiere (arts. 24 y 25 Ley 1870).

Como regla general, resulta preceptivo a efectos de concesión del indulto que el tribunal sentenciador emita el informe al que se hizo referencia en el párrafo anterior. No obstante, existe una excepción a dicha regla aplicable a las peticiones de indulto por

los delitos previstos en el art. 29 Ley 1870. Este precepto se refiere, entre otros, a los delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos organismos de la nación y forma de Gobierno, tal y como aparecían previstos en el anterior Código penal de 1973, por lo que sería preciso establecer cuáles son sus equivalentes en el vigente Código penal.

C) La concesión y aplicación del indulto

Será el Consejo de Ministros quien decida conceder o no el indulto. La decisión se llevará a cabo mediante Real Decreto que habrá de publicarse en el BOE (art. 30 Ley 1870). La concesión del indulto podrá someterse al cumplimiento, por parte del reo, de las condiciones que «*la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen*» (art. 16 Ley 1870).

El Consejo de Ministros decide de forma autónoma sobre la concesión del indulto y, en este sentido, no queda vinculado por el informe del tribunal sentenciador. No obstante, un informe negativo de este tribunal puede imposibilitar la concesión del indulto total teniendo en cuenta lo establecido en los arts. 11 y 12 Ley 1870. De acuerdo con estos preceptos, el indulto total se otorgará a los penados tan solo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del tribunal sentenciador. En los demás casos se concederá tan solo el parcial.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, modificó la Ley 1870 añadiendo a la misma una disposición adicional en virtud de la cual se establece la obligación del Gobierno de remitir semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre la concesión y denegación de indultos. Para la presentación de los datos que contenga este informe, y previa revisión del mismo, un alto cargo del Ministerio de Justicia solicitará su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.

Por su parte, la aplicación del indulto es competencia del tribunal sentenciador de acuerdo con lo establecido en los arts. 17 y 31 Ley 1870.

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 (art. 130.1.5 CP) 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, en consecuencia, se imponga pena por su comisión.

El sistema penal español se concibe desde una perspectiva eminentemente pública por lo que la eficacia del perdón del ofendido de cara a extinguir la responsabilidad penal es muy limitada. Es por ello que la misma solo se da respecto de un grupo reducido de delitos que afectan, generalmente, a bienes jurídicos eminentemente personales. Se entiende que el interés que tenga el titular de los mismos en que no se persigan ni se castiguen tales infracciones debe prevalecer sobre los intereses públicos que puedan existir al respecto.

2.5.2. *Ámbito de eficacia del perdón*

Tal y como expresamente se indica en el vigente Código penal, el perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal «*cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea*» (ver primer párrafo del art. 130.1.5 CP).

Como delitos leves perseguibles a instancia de parte previstos por el vigente Código penal se pueden mencionar los siguientes:

- Delito leve de lesiones del art. 147.2 CP.
- Delito leve de maltrato de obra del art. 147.3 CP.
- Delito leve de amenazas del art. 171.7 CP.
- Delito leve de coacciones del art. 172.3 CP.
- Delito leve de vejación o injuria del art. 173.4 CP excluyendo los supuestos del art. 84.2 CP.

Fuera de los casos de delitos leves perseguibles a instancia de parte, para que el perdón del ofendido tenga eficacia ello debe estar previsto en la regulación de la infracción penal de que se trate.

Previsiones de semejante naturaleza aparecen en la regulación de los siguientes delitos:

- 1.** Delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.3 CP).
- 2.** Delitos de calumnia e injuria (art. 215.3 CP).
- 3.** Delito de daños imprudentes graves por cuantía superior a 80.000 € (art. 267).

La mayoría de las infracciones señaladas son solo perseguibles a instancia de parte (salvo los delitos de descubrimiento y revelación de secretos que afecten a una pluralidad de personas —art. 201.2 CP—), es decir que solo se pueden perseguir si el ofendido por las mismas o su representante legal o el Ministerio Fiscal, cuando aquel es menor o persona discapacitada

necesitada de especial protección, interponen denuncia o querrela. No obstante, existen otros delitos solo perseguibles a instancia de parte respecto de los cuales el perdón del ofendido carece de eficacia, como por ejemplo las agresiones, abusos y acoso sexuales (art. 191.1 CP) o los de reproducción asistida sin consentimiento (art. 161.2 CP).

2.5.3. Requisitos

Para que el perdón del ofendido pueda extinguir la responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el art. 130.1.5 CP, es preciso que concurran los siguientes requisitos:

1º. Ha de tratarse de un perdón libre y expreso.

Se entiende que el perdón del ofendido, como cualquier declaración de voluntad que vaya a tener efectos jurídicos, debe ser libre y no fruto de engaño, amenaza, coacción o violencia, por mucho que el vigente Código penal no exija de forma expresa la concurrencia de esta circunstancia. Por otro lado, es necesario y a este respecto sí existe previsión legal en el Código penal, que el perdón se otorgue de forma expresa (ver primer párrafo del art. 130.1.5 CP). Por tanto, no cabe el perdón tácito o por actos concluyentes (por ejemplo, el abandono de la querrela interpuesta por parte del ofendido).

2º. Se ha de otorgar antes de que se haya dictado sentencia.

Tras la reforma por LO 15/2003, de 25 de noviembre, el perdón como causa de extinción de la responsabilidad penal solo es eficaz si se otorga antes de que se dicte la sentencia. Es por ello que el perdón del ofendido no extingue, en sentido estricto, ni la responsabilidad penal ni la pena, dado que en el momento en que se otorga y despliega sus efectos, no se ha dictado aún sentencia condenatoria que confirme la existencia de aquella e imponga esta. Del planteamiento expuesto se desprende que el perdón del ofendido extingue, en realidad, la acción penal pues, una vez se otorga, la pretensión de verificar la responsabilidad penal por la comisión de la infracción penal ya no puede continuar. Así pues, queda claro hasta qué momento se puede otorgar el perdón pero no desde cuándo. Se entiende que el perdón se puede conceder desde que se comete el hecho delictivo pero no antes ni durante la comisión del mismo pues, en tal caso, habría que hablar de consentimiento del ofendido por el delito y no de perdón. Sobre los efectos que dicho

consentimiento puede tener en el plano jurídico penal ver *supra* lección 18.

3º. El perdón debe prestarlo, en principio, el ofendido por el delito. No obstante, cuando el mismo no esté en condiciones de prestarlo válidamente por ser menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, podrá hacerlo, en su lugar, su representante legal. El juez o tribunal puede rechazar la eficacia del perdón prestado por el representante legal en el sentido que seguidamente se analiza.

De acuerdo con los párrafos segundo y tercero del art. 130.1.5 CP, en los delitos contra los menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección, los jueces y tribunales podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes legales de aquellos una vez hayan oído tanto al Ministerio Fiscal como, nuevamente, a dichos representantes. Se entiende que el rechazo debe estar motivado en el interés del menor o del discapacitado. Rechazada la eficacia del perdón, los jueces y tribunales ordenarán la continuación del procedimiento, con la intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena (cabe plantear que no tiene sentido que la ley se refiera al «cumplimiento de condena» en este contexto; ello porque el perdón se debe otorgar antes de que se dicte sentencia por lo que, si el mismo se considera ineficaz por parte del juez o tribunal, el paso procesal inmediatamente posterior a esta decisión judicial no puede ser el cumplimiento de una condena que aún no se ha dictado).

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. Es decir, que en caso de pluralidad de infracciones, el perdón solo afectará a la o a las que expresamente se refiera y, en caso de pluralidad de infractores, el perdón resultará eficaz solo para quienes se otorgue.

Por tanto, el perdón puede ser selectivo de manera que el ofendido tiene capacidad de decidir los delitos y los sujetos a los que afecta en supuestos de pluralidad de unos y otros (cfr. SAP de Pontevedra 15/2001, de 18 de mayo, que sigue el criterio de las SSTS de 10/03/1952 y de 19/11/1962, entre otras).

No obstante, una vez otorgado con los requisitos legalmente

establecidos, el perdón es irrevocable y no puede ser sometido a condición.

2.5.5. Referencia a los menores

La LORPM prevé en su art. 19 una institución de naturaleza y efectos similares al perdón del ofendido regulado en el Código penal como causa de extinción de la responsabilidad penal de las personas físicas mayores de edad. Dentro de dicho precepto se prevé 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, de modo particular a la ausencia de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos. Dicha conciliación se entiende producida cuando, además de la concurrencia de otras circunstancias, el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y esta acepte sus disculpas (art. 19.2 LORPM).

También la corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORPM) tiene efectos análogos a los de la conciliación, como se verá *infra* en la lección 37.

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. 130.1.6 CP. Se dice que, con carácter general, 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 si, iniciado este, el mismo se paraliza o termina sin condena y dicha situación se prolonga durante un determinado periodo temporal. Este transcurso de tiempo impide verificar la responsabilidad penal que se pudiese derivar de los hechos y, por tanto, imponer las consecuencias penales ligadas a dicha responsabilidad.

Así pues, 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. A tal efecto, el vigente Código penal establece unos plazos que varían en función de la gravedad de la infracción penal, dejando fuera de este sistema a ciertos delitos que considera imprescriptibles cuando se dan determinadas circunstancias. Por tanto, como regla general, excepción hecha del referido grupo de delitos imprescriptibles, pasado cierto tiempo sin que tengan lugar determinados actos procesales, no cabe verificar la responsabilidad penal que se pueda derivar de la infracción penal. Ello significa que la

prescripción, en realidad, no extingue la responsabilidad penal propiamente dicha pues cuando aquella despliega sus efectos la existencia de esta no ha sido confirmada por un fallo condenatorio.

Es por ello que la LECrim (ver arts. 666 y ss.) contempla la prescripción como artículo de previo pronunciamiento o cuestión previa que cualquiera de las partes pueden alegar con anterioridad a la celebración del juicio oral produciéndose el sobreseimiento libre de la causa en caso de ser estimada (art. 675 LECrim). La jurisprudencia también considera que la prescripción puede ser apreciada de oficio por parte del tribunal y en cualquier momento durante el procedimiento (ver, entre otras, SSTS 194/2015, de 31 de marzo, 1211/1997, de 7 de octubre y 931/2000, de 30 de junio).

Así las cosas, la naturaleza jurídica de la prescripción ha sido muy discutida. Algunos, que en España representan un sector minoritario, entienden que es procesal o adjetiva dado que la misma impide que el proceso penal continúe y se verifique la existencia de la responsabilidad penal. La vigencia de la prescripción indica que los interesados en perseguir un delito cuentan, como regla general, con un determinado plazo para que se declare responsable del mismo al infractor y se le impongan las consecuencias penales previstas, a tal efecto, por el ordenamiento jurídico. Transcurrido este lapso temporal no pueden llevar a cabo estas pretensiones. La prescripción no dice nada sobre la comisión de la infracción penal ni la responsabilidad penal que de la misma se pueda derivar, sino que simplemente impide que esta pueda ser verificada. Se trata, desde esta perspectiva, de una cuestión de procedibilidad.

No obstante, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia en nuestro país consideran que la prescripción tiene una naturaleza material o al menos mixta pero predominantemente material y ubican esta institución en el plano de la punibilidad.

Ello por varios motivos:

1º. Aparece regulada en el Código penal.

2º. Su fundamento, en parte, tiene que ver con la seguridad jurídica y con los fines y funciones de la pena, aspectos estos vinculados al Derecho penal sustantivo o material.

3º. El hecho de que al estar regulada en el Código penal y poder incidir sobre derechos fundamentales, puede verse afectada por el principio de irretroactividad de la disposición posterior desfavorable del art. 9.3 CE (por

ejemplo, si se dicta una disposición que aumenta los plazos de prescripción con posterioridad a la comisión de los hechos, lo que puede afectar a los intereses del imputado). En cualquier caso, se entiende que tales argumentos no son del todo convincentes por los motivos que seguidamente se exponen.

El hecho de que una institución esté regulada en el Código penal no significa necesariamente que su naturaleza sea penal sustantiva. Se puede pensar, por ejemplo, en la responsabilidad civil *ex delicto* [derivado de la comisión de un delito o falta], cuya naturaleza es civil y se regula en el Código penal por cuestiones históricas (ver *supra* lección 35). Por otro lado, es cierto que parte de los fundamentos que justifican o explican la existencia de la prescripción son propios del Derecho penal sustantivo o material, en tanto que cuestionan la necesidad de perseguir y castigar la infracción penal trascurrido cierto tiempo. Pero ello no necesariamente significa que esta institución tenga una naturaleza material pues el fundamento material puede encontrarse en muchas instituciones procesales dado que esta rama del ordenamiento jurídico no se puede deslindar absolutamente del Derecho sustantivo.

Ej. 36.8: Todas las normas que se derivan de la garantía jurisdiccional se identifican con los límites formales al *ius puniendi* y sin ellos, el contenido material del Derecho penal quedaría desvirtuado —ver *supra* lección 2—.

Por otro lado y como habrá ocasión de comprobar, también pueden encontrarse fundamentos de naturaleza procesal para justificar la prescripción.

De todo lo apuntado se desprende que existen argumentos para defender tanto la naturaleza material como la naturaleza procesal de la prescripción. Son muchas y muy diversas las implicaciones que tiene esta institución y es difícil determinar cuáles han de tener más peso. Por todo ello se entiende que lo más conveniente es tener en cuenta todas ellas y dejar abierta, hasta cierto punto, la cuestión relativa a la naturaleza de la prescripción.

2.6.2. Fundamento

Una vez definido el concepto y la naturaleza jurídica de la prescripción, cabe preguntarse por el fundamento de la misma o, en otras palabras: ¿Por qué pasado cierto tiempo, sin que tengan lugar determinados actos procesales, no cabe, como regla general, verificar la

responsabilidad penal que se puede derivar de la infracción penal?

Son numerosas y muy distintas las razones que doctrina y jurisprudencia han expuesto para fundamentar la prescripción. En este sentido y teniendo en cuenta lo que ya se apuntó respecto de la imposibilidad de deslindar absolutamente el plano procesal y el material, se pueden identificar argumentos más ligados al primero y otros más estrechamente relacionados con el segundo. Unos y otros no se excluyen entre sí sino que deben ser tenidos en cuenta conjuntamente a fin de encontrar el fundamento a la compleja y polémica institución que ahora se analiza.

Dentro de los argumentos de naturaleza predominantemente procesal se han esgrimido los siguientes:

1. El paso del tiempo hace más difícil y costoso llevar a cabo la actividad probatoria necesaria para enervar la presunción de inocencia y también para ejercer, con todas las garantías, el derecho a la defensa (art. 24.2 CE).

2. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) comprendido en el más amplio de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), exige que la Administración de justicia deba operar dentro de unos determinados marcos temporales. Estas reglas tratan de prevenir actuaciones negligentes por parte de los jueces y tribunales y, al tiempo, se orientan a la racional utilización de estos recursos públicos que son escasos y que deben asignarse, por tanto, a los asuntos más recientes.

Entre las razones más directamente ligadas al plano jurídico material o sustantivo, se destacan las siguientes:

1. El derecho del ciudadano a la seguridad jurídica que exige que el mismo no pueda ser objeto de un proceso fuera de determinados plazos razonables. En ciertos casos el paso del tiempo sin actividad procesal se puede interpretar como una renuncia del Estado a ejercer el *ius puniendi*, a perseguir el hecho delictivo cometido por el sujeto y esta exégesis de la ausencia de actividad de la Administración de Justicia resulta razonable.

2. 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 con la misma intensidad. El hecho pretérito, como perteneciente al pasado, se torna menos dañino a medida que va pasando el tiempo. Es por ello que la necesidad de su castigo va igualmente decreciendo desde el punto de vista retributivo.

No obstante, es preciso tener en cuenta que existen delitos imprescriptibles (art. 131.3 CP). Se entiende que la extrema gravedad de los mismos no se ve alterada por el paso del tiempo. Por otro lado, los plazos de prescripción, como habrá ocasión de comprobar, carecen de límites temporales absolutos de manera que se pueden interrumpir sucesivamente mediante distintos actos procesales y convertirse, a la postre, en eternos. Ello significa que el sistema legal vigente no participa del todo de la idea según la cual la lesividad del hecho se va reduciendo con el paso del tiempo.

3º. El trascurso del tiempo reduce también el efecto preventivo general de la pena dado que la misma se basa en la asociación cognitiva entre la comisión de la infracción penal y su correspondiente sanción, y cuando más tiempo transcurre entre lo primero y lo segundo, más débil y difícil se torna la referida asociación para el conjunto de la colectividad.

Ej. 36.9: Puede decirse que el mensaje que se da con la pena que se impone treinta años después de la comisión de un delito se está dirigiendo, en realidad, a una generación distinta de aquella que lo vivió y que necesitaba de dicho mensaje.

4º. También la necesidad preventivo especial de la pena puede haberse perdido o debilitado con el paso del tiempo. Es posible que el sujeto ya no sea el mismo que cometió el hecho delictivo y que, por tanto, la pena no resulte necesaria para que no vuelva a cometer delitos en el futuro. También pudiera ocurrir que tras ese lapso temporal el sujeto se encontrase plenamente resocializado y de ello diera cuenta la ausencia de reincidencia durante el mismo.

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.

En este sentido, dicho precepto establece la regla general en virtud de la cual los delitos prescriben (art. 131.1 CP):

- A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.
- A los quince años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de

- diez y menos de quince años.
- A los diez años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez años.
- A los cinco años, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.

Se observa como el legislador se refiere a veces a «*la pena máxima señalada **al delito***» y en ocasiones alude a «*la pena máxima señalada **por la ley***». Con independencia de que hubiera sido deseable la utilización de una misma expresión para evitar dudas de interpretación, la opinión dominante considera que es preciso tener en cuenta el límite máximo del marco penal abstracto señalado en la ley para la infracción de que se trate, sin tener en cuenta ni el grado de ejecución alcanzado por el sujeto, ni su forma de intervención, ni la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (ver *supra* lección 32, y los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 29/04/1997 y de 16/12/2008 y, entre otras, la STS 651/2012, de 24 de julio).

Por otro lado, se considera que por delito hay que entender el hecho descrito en la ley penal cuya realización puede derivar en la imposición de una pena, pero también de una medida de seguridad. Es decir, que la expresión hay que entenderla en un sentido laxo y no como acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Ello encaja con la naturaleza jurídica que en este Curso se da a la prescripción, en el sentido de que la misma impide verificar la responsabilidad penal o la existencia de una acción típica y antijurídica como presupuesto de la aplicación de una medida de seguridad.

Por otro lado, el referido art. 131 CP, en sus apartados 2, 3 y 4 establece las siguientes reglas especiales:

- Supuestos de penas compuestas (art. 131.2 CP). Cuando la pena señalada por la ley fuese compuesta, se estará a la que exija mayor tiempo para la prescripción de cara a la aplicación de las reglas generales descritas *supra*.
- Supuestos de concursos de infracciones o infracciones conexas (art. 131.4 CP). En estos casos, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.
- Los delitos imprescriptibles: De acuerdo con el art. 131.3 CP, los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el art. 614 CP, no prescribirán en ningún

caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona.

Por último, es preciso advertir que la LORPM establece asimismo plazos de prescripción para los hechos delictivos cometidos por menores (ver *infra* lección 37).

2.6.4. *El cómputo del plazo de la prescripción*

A) El inicio del plazo

a) Las reglas generales: Como regla general, los plazos previstos en el art. 131 CP empiezan a computar desde el día en que se haya cometido la infracción punible (art. 132.1 CP).

Así pues, el plazo de prescripción comienza a contar desde el día en que se comete la acción o se omite el acto que el sujeto estaba obligado a realizar (resulta de aplicación el art. 7 CP que rige también para determinar el ámbito temporal de la ley penal —ver *supra* lección 3—). No obstante, en los casos en que el resultado del delito se produce en un momento temporal posterior al de la acción u omisión llevada a cabo por el sujeto, surgen dudas respecto a qué momento, si el de la acción u omisión o el del acaecimiento del resultado, se debe tener en cuenta a efectos de inicio del plazo de prescripción. Aunque ninguna de las dos soluciones está exenta de problemas, se suele optar por aplicar el criterio del día de comisión de la acción o de la omisión del acto debido puesto que a dicho criterio se refiere expresamente el art. 7 CP.

En los casos 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 (ver último párrafo del art. 132.1 CP).

En los casos de habitualidad y de continuidad delictiva la solución que da el legislador puede generar problemas. Ello sucede cuando entre el último y el penúltimo acto que componen la habitualidad o la continuidad existe un amplio lapso temporal durante el cual el hecho anterior puede haber prescrito. De darse esta circunstancia, se entiende que el acaecimiento del hecho nuevo no puede hacer renacer el anterior que ya ha prescrito (ver, entre otras, la STS 592/1998, de 4 de diciembre). Por otro lado, cabe preguntarse cuál sería la solución más adecuada para

los supuestos de intervención de partícipes en un hecho ajeno.

Ej. 36.10: Si José, cooperador necesario, interviene el 13 de abril de 2015 entregándole a Juan, autor material, un instrumento sin el cual este no hubiera podido llevar a cabo el hecho delictivo, circunstancia que tiene lugar el 13 de mayo de 2015, ¿cuándo empezaría a contar el plazo de prescripción para José: el 13 de abril o el 13 de mayo de 2015? La opinión mayoritaria entiende que, salvo supuestos excepcionales, el plazo de prescripción para el partícipe no empieza a contar hasta que no lo haga el que corresponda al autor (en este caso el 13 de mayo de 2015).

b) La regla especial cuando la víctima fuere menor de edad: En determinados supuestos 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. En este sentido el párrafo segundo del art. 132.1 CP establece: *«En la tentativa de homicidio y en 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, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento».*

Se observa que esta regla no es aplicable respecto de cualquier delito que se cometa contra un menor de edad sino solo en relación con un grupo reducido de delitos que atentan contra bienes jurídicos eminentemente personales (STS 1041/2014, de 8 de enero).

B) La interrupción de la prescripción

a) La interrupción por resolución judicial: Antes de la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, la ley establecía, sin más, que la prescripción se interrumpía, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, *«cuando el procedimiento se dirige contra el culpable»* (ver primer párrafo del art. 132.2 CP antes de ser reformado por la LO 5/2010). Al margen de lo desafortunado que resultaba emplear el término «culpable» en este contexto (pues cuando la prescripción se interrumpe el sujeto no puede ser considerado culpable dado que su responsabilidad penal no ha sido aún verificada), esta fórmula provocó un intenso debate tanto

en sede doctrinal como en sede jurisprudencial, sobre qué acto procesal debía acaecer para entender que el procedimiento se dirigía contra el culpable, a efectos de considerar interrumpido el plazo de prescripción.

Muy inconveniente, por la inseguridad jurídica que suscitó, resultó la polémica entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que interpretaban la escueta fórmula legal previa a la reforma de 2010 en sentido divergente. Así, el primero consideraba que el acto de interposición de denuncia o querrela resultaba suficiente para interrumpir la prescripción (ver, por todas, la STS 751/2003, de 28 de noviembre). Por su parte, el Tribunal Constitucional, entendió que la mera actuación del particular no podía ser suficiente para interrumpir la prescripción sino que ello necesitaba de un acto de interposición o intermediación judicial (ver, entre otras muchas, las SSTC 63/2005, de 14 de marzo, 195/2009, de 28 de septiembre, y 206/2009, de 23 de noviembre).

El legislador de 2010, como pone de manifiesto en la Exposición de Motivos que precede a la LO 5/2010, de 22 de junio, optó *«por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos»* y logre aumentar la seguridad jurídica. La modificación legislativa se acerca a la postura del Tribunal Constitucional al exigir, *«cuando menos, una actuación material del Juez instructor»* para interrumpir el plazo de prescripción. Así, 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. A tal efecto, el requisito descrito se entiende satisfecho desde el momento en que, al incoar la causa o con anterioridad, se dicte una resolución motivada en la que se atribuya a la persona su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito (ver regla 1ª art. 132.2 CP).

b) Efecto de interposición de denuncia o querrela: En su afán por aumentar la seguridad jurídica y zanjar las posibles discusiones y disensos que la prescripción suscitó en el pasado, el legislador de 2010 consideró necesario también abordar la regulación de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la interposición de denuncias o querellas.

En este sentido, siempre que dicha interposición se formule ante un órgano judicial y en la misma se atribuya a una persona determinada

la participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, la misma suspenderá el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses, a contar desde la fecha de presentación de la querrela o formulación de la denuncia (ver regla 2ª art. 132.2 CP). Durante este plazo se pueden dar cualquiera de las situaciones siguientes (ver párrafos segundo y tercero de la regla 2ª art. 132.2 CP):

- Que se dicte contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones anteriormente mencionadas (resolución judicial motivada en la que se atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito). En tal caso, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o formulación de la denuncia.
- Que al término de los seis meses recaiga una resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona denunciada o querrelada. 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 a las que se ha hecho referencia. 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: A los efectos de las reglas descritas en los apartados anteriores, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se les atribuya el hecho (ver regla 3ª art. 132.2 CP).

Esta regla constituye otra de las novedades introducidas por la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio. En esta ocasión el legislador de 2010 siguió un criterio establecido por el Tribunal Supremo, en virtud del cual, cabe la interrupción de la prescripción respecto de hechos cometidos por personas no individualmente identificadas pero que podrían serlo, más adelante, con los datos que se incluyen en la resolución judicial que interrumpe la prescripción (ver, entre otras, STS 1559/2003, de 19 de noviembre). Con esta fórmula se trata de evitar la

impunidad a la que pueden conducir las estructuras criminales complejas dentro de la delincuencia organizada. Es preciso advertir que la regla descrita se aplica respecto de la resolución judicial que interrumpe la prescripción y no en relación con la denuncia o querrela interpuestas para obtener la suspensión de plazo de prescripción al que se hizo referencia en el apartado anterior. Como ya se advirtió, en la denuncia o querrela deberá constar la atribución del hecho que pueda ser constitutivo de delito a una persona determinada (no se dice determinable).

2.7. La prescripción de la pena o de la medida de seguridad

El art. 130.1.7 CP establece que la responsabilidad penal se extingue por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad. El fundamento y el régimen de prescripción de una y otra presentan ciertas diferencias que justifican su estudio independiente, el cual se aborda en los siguientes apartados.

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, iniciado dicho cumplimiento, el sujeto quebranta la condena y no la vuelve a cumplir durante un lapso temporal. Ese trascurso de tiempo hace que la responsabilidad penal se extinga y, con ella, la posibilidad de imponer la obligación penal que deriva de la misma: la ejecución de la pena total o parcialmente incumplida. No obstante, es preciso advertir que, a este respecto, existen excepciones dado que el vigente sistema legal determina la imprescriptibilidad de ciertas penas, de igual modo que lo hace en relación con ciertos delitos.

De lo expuesto se desprende que la prescripción de la pena extingue la responsabilidad penal en sentido estricto ya que, cuando la misma despliega sus efectos, hace que cese este tipo de responsabilidad cuya existencia ha tenido que ser necesariamente confirmada por una sentencia condenatoria firme.

B) Fundamento

¿Por qué, como regla general, el trascurso del tiempo sin que se cumpla la pena impuesta por sentencia firme extingue la responsabilidad penal y, con ello, la posibilidad de que dicha pena se pueda ejecutar? A este respecto se pueden traer a colación los argumentos vinculados al Derecho penal sustantivo o material que fueron expuestos para explicar el fundamento de la prescripción de la

infracción penal. Baste recordar que el paso del tiempo cuestiona o debilita la necesidad de la pena en su triple vertiente retributiva, preventivo general y preventivo especial (ver *supra* apartado 2.6.2 de la presente lección).

No obstante, como ya se adelantó, las penas impuestas por determinados delitos no prescriben nunca (ver art. 133.2 CP) dado que la lesividad de los mismos es tan grave o tan intensa, que el legislador considera que ni desaparece ni se debilita con el paso del tiempo. En estos casos se entiende que la pena sigue siendo necesaria al menos desde el punto de vista retributivo y preventivo general.

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 art. 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 seis años y que no excedan de 10 años, y las de prisión por más de cinco años 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 términos descritos se establecen para las penas principales dado que los de las accesorias van ligados a los mismos. Por otro lado, se observa que los plazos de prescripción de las penas son superiores a los establecidos para la prescripción de los delitos y ello responde a que la situación del sujeto en uno y otro caso es diferente: Mientras que la prescripción de la pena opera respecto de un sujeto que ha sido condenado por sentencia firme y de cuya responsabilidad penal, por tanto, no se puede dudar, la prescripción de la infracción penal lo hace respecto de un sujeto cuya responsabilidad penal aún no ha sido confirmada por un fallo judicial condenatorio y, en consecuencia, dicho sujeto goza del derecho a la presunción de inocencia.

Por otro lado y al igual que sucede respecto de los plazos de prescripción de los delitos, los de las penas guardan relación con la duración de las mismas. No obstante, la pena de referencia a efectos de determinar el plazo de prescripción no es el límite máximo del

marco penal abstracto previsto por la ley para la infracción penal, sino la pena exacta impuesta por la sentencia firme (ver, entre otras, SSTs de 845/1999, de 29 de mayo, y 921/2001, de 23 de mayo).

A este respecto, sin embargo, doctrina y jurisprudencia, admiten dos excepciones:

- En caso de concesión de indulto parcial, debe considerarse «pena impuesta» a efectos de prescripción, la parte de la misma que no se vea afectada por el indulto ya que este constituye, como ya se advirtió, una causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.1.4 CP).
- En caso de que el reo haya cumplido parte de la pena habrá que tener en cuenta, a efectos de calcular el plazo de prescripción, la duración de la que le quede por cumplir y no la duración de la pena impuesta en sentencia.

Hay que advertir, no obstante, que si bien doctrina y jurisprudencia se muestran prácticamente unánimes respecto de la regla a aplicar en los casos de indulto parcial, no manifiestan el mismo grado de consenso respecto de los supuestos de cumplimiento parcial de la pena impuesta.

En el caso de menores, la LORPM establece plazos especiales de prescripción respecto de las medidas que se pueden aplicar a estos sujetos (ver *infra* lección 37).

b) Reglas especiales: supuestos de imprescriptibilidad: El primer párrafo del art. 133.2 CP establece que 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, salvo los castigados en el art. 614 CP, no prescribirán nunca. Por su parte, el párrafo segundo del referido precepto dispone que las penas impuestas por delitos de terrorismo en los que se haya causado la muerte de una persona, tampoco prescribirán.

D) El cómputo del plazo de prescripción

a) El inicio del cómputo: De acuerdo con el art. 134.1 CP, el tiempo de prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubiese empezado a cumplirse. En los casos de indulto parcial se entiende que el plazo comienza a contar desde que se hace efectivo el indulto.

Antes de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, el Código penal no establecía de manera expresa las reglas a seguir en caso de que la sentencia firme condene a varias penas que el sujeto haya que cumplir

de forma sucesiva.

Ej. 36.11: En caso de concurso real cuando el sujeto ha sido condenado a dos penas de prisión, una de 5 y otra de 3 años, que tendrán que cumplirse de manera sucesiva. Si se entendiese que el plazo de prescripción de esa segunda pena de prisión de 3 años comenzase a contar desde que se dictase la sentencia condenatoria, la misma podría haber prescrito antes de que el sujeto estuviese en condiciones de cumplirla. Ello sucedería siempre que el sujeto hubiese cumplido la primera pena de 5 años, período durante el cual la pena de 3 años habría prescrito (de acuerdo con el art. 133.1 CP las penas menos graves, como la prisión de 3 años, prescriben a los 5 años).

Para evitar el absurdo de situaciones como la descrita, el apartado b) del art. 134.2 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que el plazo de prescripción de la pena queda en suspenso durante el cumplimiento de otras penas cuando resulte aplicable lo dispuesto en el art. 75 CP, precepto que se refiere precisamente a los casos en los que las distintas penas impuestas al sujeto se han de cumplir de forma sucesiva.

En caso de que la sentencia condene a varias penas de cumplimiento simultáneo, habrá que valorar cada pena por separado a efectos de determinar su plazo de prescripción teniendo en cuenta las reglas generales que, a este respecto, establece el art. 133.1 CP. No cabe, por tanto, aplicar la regla que rige para determinar el plazo de prescripción de la infracción penal castigada con penas compuestas, en virtud de la cual, hay que estar al término de prescripción establecido para la más grave (art. 131.3 CP). Ello porque no se trata de establecer el plazo de prescripción de una infracción penal teniendo en cuenta las penas compuestas previstas en abstracto por la ley para la misma, sino de fijar el término de prescripción de penas efectivamente impuestas al sujeto responsable penal de la infracción penal.

b) Interrupción del cómputo de prescripción: Tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, el Código penal establece en su art. 134.2 que el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso durante el cumplimiento de otras penas en el sentido explicado *supra* y durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena.

Al haber hecho de la suspensión de la ejecución de la pena una causa de interrupción del plazo de prescripción de la misma, el legislador de

2015 ha tratado de dar respuesta a situaciones problemáticas que sucedían en la práctica, como la que seguidamente se describe.

Ej. 36.12: Gabriel es condenado a una pena de localización permanente de 2 meses. La sentencia deviene firme el 1 de mayo de 2014. El 30 de junio de 2014 se acuerda la suspensión de la ejecución de dicha pena por un plazo de 1 año. El plazo de prescripción de la pena termina el 1 de mayo de 2015, mientras que el plazo de suspensión finaliza el 30 de junio de 2015. ¿Qué sucede si Gabriel comete un delito el 15 de junio de 2015? ¿Tiene Gabriel que cumplir la pena de localización permanente cuya ejecución se suspendió, toda vez que Gabriel ha delinquirido durante el plazo de suspensión? ¿Se puede considerar que no cabe imponer a Gabriel la pena de localización permanente, por mucho que Gabriel haya delinquirido durante el plazo de suspensión, teniendo en cuenta que esa pena ha prescrito? Antes de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, los principios de legalidad e *in dubio pro reo* apoyaban esta última solución que no resultaba satisfactoria. Tras el cambio legislativo la cuestión está clara: el plazo de prescripción de la pena se interrumpe durante la suspensión de su ejecución. De este modo, si el sujeto delinque durante el plazo de suspensión, la pena cuya ejecución se suspendió no habrá prescrito y ello ya no podrá ser, por tanto, obstáculo para su cumplimiento.

Por otro lado, la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, desvirtúa la previsión del art. 60 CP que prevé la suspensión de la ejecución de la pena por enfermedad sobrevenida del penado. Este precepto establece que «*restablecida la salud del penado, este cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito*». Algo que, tras el referido cambio legislativo, no puede suceder puesto que la suspensión de la pena interrumpe el plazo de prescripción.

2.7.2. La prescripción de la medida de seguridad

A) Concepto y naturaleza jurídica

Se dice que la medida de seguridad prescribe cuando transcurre un tiempo sin que la misma se cumpla desde que es impuesta por sentencia firme. Lo mismo sucede respecto de la medida de seguridad que debiera aplicarse tras el cumplimiento de otra medida o de una pena si, una vez que ello tiene lugar, la misma no se ejecuta durante un determinado lapso temporal. A este respecto y a diferencia de lo que ocurre con las penas, no existen medidas de seguridad

imprescriptibles.

Como ya se puso de manifiesto, el vigente Código penal establece expresamente que la prescripción de la medida de seguridad extingue la responsabilidad penal. Semejante expresión no es del todo afortunada y es preciso matizarla. Ello porque el presupuesto legitimador de la medida de seguridad es la peligrosidad del sujeto a quien se impone y no su responsabilidad penal por el hecho cometido.

Ello resulta especialmente evidente, como ya se advirtió, cuando las medidas de seguridad se imponen a sujetos inimputables que han sido declarados exentos de responsabilidad penal por la anomalía o alteración psíquica que padeciesen en el momento de cometer la infracción penal (ver art. 20.1 en relación con los arts. 101.1 y ss. CP). Y lo mismo cabe decir respecto de los sujetos semiimputables o imputables a los que se les imponen conjuntamente penas y medidas de seguridad. La aplicación de estas no responde a un reproche basado en la responsabilidad penal por el hecho cometido sino a una necesidad preventivo especial que genera la peligrosidad del sujeto. Por otro lado, como las medidas de seguridad no tienen naturaleza de pena por los motivos expuestos, no se puede decir que la prescripción de las mismas afecte a la punibilidad del comportamiento cometido por el sujeto, si la misma se entiende como la condición de dicho comportamiento que le hace susceptible de ser castigado con una pena por ser ello necesario y posible.

Con todo, la medida de seguridad no deja de constituir una consecuencia penal que se deriva de la infracción penal (entendida, al menos, como hecho típico y antijurídico) y que resulta de obligado cumplimiento cuando se cumplen los requisitos que la ley establece para ello. En este sentido, la prescripción de la medida de seguridad impide, por el mero paso del tiempo, que se pueda dar cumplimiento a la misma como obligación penal que surge del hecho cometido por el sujeto.

B) Fundamento

¿Por qué el paso del tiempo impide en todo caso aplicar la medida de seguridad impuesta en sentencia firme? A este respecto hay que advertir que seguramente ese lapso temporal haga desaparecer el único fundamento legitimador de las medidas de seguridad que es la peligrosidad del sujeto. Ello quizá explique por qué el legislador no prevé medidas de seguridad imprescriptibles.

C) Plazos de prescripción y cómputo de los mismos

El art. 135.1 CP establece los siguientes plazos de prescripción para las medidas de seguridad: «*Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años atuvieran otro contenido*».

Por su parte, respecto del inicio del cómputo de tales plazos, el art. 135.2 CP establece que 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. Por su parte, el art. 135.3 CP dispone que si la medida de seguridad había de cumplirse con posterioridad a una pena, el plazo de prescripción de aquella comenzará desde el momento en que esta se extinga.

Cabe advertir, por último, que las medidas aplicables a sujetos menores de edad conforme a la LORPM, también prescriben (ver *infra* lección 37).

3. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (REMISIÓN)

La cuestión relativa a la extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se explica, por razones sistemáticas, en la lección 38.

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 o tribunal sentenciador al Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia para su correspondiente inscripción. A tal efecto, se debe hacer constar, entre otras cuestiones, la fecha de firmeza, las penas o medidas impuestas, la fecha de la extinción de las mismas, en caso de que se procediese a su efectivo cumplimiento (ver art. 2.3.a) RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el *Sistema de registros administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia*), y la fecha de remisión de la pena en caso de que su ejecución se haya suspendido (ver STS 10/02/2002).

La inscripción de estos antecedentes penales despliega los siguientes efectos en el ámbito jurídico penal:

1. Apreciación de la agravante por reincidencia del art. 22.8 CP, lo cual puede tener efectos en el ámbito de la determinación de la

pena pudiéndose llegar a aplicar, en el caso de delitos dolosos graves y menos graves, la pena superior en grado a la que le hubiera correspondido al sujeto de no concurrir esta circunstancia (ver art. 66.5 CP).

2. Imposibilidad de beneficiarse de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad teniendo en cuenta que la misma exige que el condenado haya delinquido por primera vez, según establece el art. 80.2.1 CP. Ello salvo que los antecedentes lo sean por delitos imprudentes, delitos leves o correspondientes a delitos que, por su naturaleza y circunstancias carezcan de relevancia para valorar la comisión de delitos futuros por parte del sujeto.

Los efectos de los antecedentes penales inscritos trascienden el orden jurídico penal y pueden afectar al condenado en otras facetas de su vida. En este sentido, el carecer de antecedentes penales se exige como requisito para ingresar en la Administración o desempeñar determinados oficios (por ejemplo, el acceso a militar de tropa y marinería exige carecer de antecedentes penales además de no tener abierto, en calidad de procesado o imputado, ningún procedimiento judicial por delito doloso —ver art. 3.1.c) de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería—).

A fin de que los antecedentes penales cumplan las funciones que tienen por ley asignadas y no constituyan un motivo injusto de discriminación para el condenado, más allá del que de por sí acarrear, según algunos, toda vez que implican un gravamen para el sujeto que excede de la pena que le corresponde por el delito cometido, el art. 136.4 CP establece que las inscripciones que se lleven a cabo en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante la vigencia de tales inscripciones solo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la ley.

Por otro lado y para que los antecedentes penales inscritos no desplieguen sus efectos de forma ilimitada en el tiempo, el vigente Código penal establece un sistema de cancelación de los mismos que será objeto de análisis en los siguientes apartados.

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 del Ministerio del Justicia la cancelación de sus antecedentes penales, tal y como expresamente dispone el art. 136.1 CP.

Dicha cancelación puede llevarse a cabo de tres formas distintas:

1. A instancia de parte, cuando es el propio interesado el que realiza la correspondiente solicitud de cancelación ante la Administración de Justicia (ver art. 136.1 CP).
2. De oficio por parte del encargado del Registro Central de Penados y Rebeldes, cuando el mismo considere que se dan los requisitos para proceder a la cancelación elevando propuesta, en este sentido, al Ministerio de Justicia (ver art. 136.1 CP).
3. En los casos en que aunque se hayan cumplido los requisitos para la cancelación y esta no se hubiera producido, el juez o tribunal, acreditadas estas circunstancias, ordenará la correspondiente cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes (ver art. 136.5 CP).

Cuando este precepto alude al «juez o tribunal», se está refiriendo a la instancia judicial que debería tener en cuenta los antecedentes del sujeto a los efectos jurídico penales consistentes en apreciar la agravante por reincidencia o decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Es por ello que los preceptos que regulan estas cuestiones establecen que los jueces y tribunales no tendrán en cuenta los antecedentes cancelados o que debieran serlo (ver, por ejemplo, art. 80.2.1 CP y, entre otras, las SSTs 13/2015, de 23 de enero, y 636/2014, de 14 de octubre).

4.2.2. Requisitos para la cancelación

Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos (art. 136.1 CP):

- Seis meses para las penas leves.
- Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.
- Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años.
- Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años.
- Diez años para las penas graves.

Los plazos descritos son fruto de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, que los ha prolongado considerablemente respecto de la regulación anterior. Antes de este cambio legislativo, el plazo máximo era de cinco años y se establecía solo para las penas graves. Por otro lado, los plazos para las penas menos graves superiores a doce meses y no impuestas por delitos imprudentes eran, en todo caso, de tres años.

Para calcular estos plazos la jurisprudencia suele tener en cuenta la pena concreta impuesta en sentencia y no la prevista en abstracto por la ley para la figura delictiva en cuestión (ver, entre otras, SSTS 13/2015, de 23 de enero, y 636/2014, de 14 de octubre). Estos términos se empiezan a contar desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena.

Cuando esta circunstancia sucede mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión (ver art. 136.2 CP).

Las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 CP se cancelarán en el plazo que corresponda de acuerdo con la regla prevista en el apartado 1 del art. 136 CP, salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibición definitiva de actividades. En estos últimos casos, se cancelarán las anotaciones transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.

Estas normas que afectan a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica mencionadas en el art. 129 CP, son fruto de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo. Sorprende por excesivo el plazo de cancelación de cincuenta años que se establece para algunos casos.

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 y que fueron descritos en los apartados anteriores. A tal efecto, una vez cancelados, los antecedentes desaparecen del lugar del Registro en el que hubiesen sido inscritos. No obstante y según establece el art. 19.3 RD 95/2009, *«la información relativa a las inscripciones canceladas se conservará en una sección especial y separada a disposición únicamente de los Juzgados y Tribunales españoles»*.

4.3. La cancelación de las medidas de seguridad

La cancelación de las medidas de seguridad aparece prevista en el art. 137 CP que, a tal efecto, establece: *«Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones*

que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley».

4.4. Referencia a los menores

La Disposición Adicional 3ª de la LORPM establece el registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto por dicha ley. A tal efecto, dicho precepto dispone que 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.

Es preciso advertir que, a diferencia de lo que sucede respecto de los antecedentes penales en el caso de los sujetos adultos, los efectos de la inscripción de sentencias firmes dictadas en aplicación de la LORPM no son necesariamente negativos puesto que tales datos se tienen en cuenta durante la tramitación del procedimiento en la medida en que puedan resultar relevantes para decidir sobre la medida a imponer al menor.

CUARTA PARTE: TRATAMIENTO PENAL DE LOS MENORES

LECCIÓN 37. EL DERECHO PENAL JUVENIL

I. EL MENOR ANTE EL DERECHO PENAL

La minoría de edad es el periodo en el que el sujeto forma su personalidad como individuo y como miembro de la sociedad. Se trata de una fase en la que se van asentando los rasgos psicológicos y del carácter que van a influir decisivamente en la socialización del individuo. Este hecho incrementa la importancia del fenómeno de la delincuencia juvenil para el Derecho penal que, como instrumento de control social, debe prestar especial atención a las manifestaciones delictivas de los sujetos más jóvenes.

Conjugando los objetivos del Derecho penal con las especiales características de este grupo social, se entiende que la respuesta a los supuestos en que los menores delinquen requiera de medidas específicas que van más allá de la imposición de una pena tal y como la hemos descrito hasta el momento.

Por una parte, se precisa la creación de un marco sancionador

orientado principalmente a la prevención especial en su vertiente positiva, resocializadora. Los procesos de formación de la personalidad del menor nos ofrecen una oportunidad inestimable para trabajar en esta línea, evitando que el progresivo asentamiento de la personalidad sea base del fortalecimiento de los hábitos criminales.

Pero además, la regulación del fenómeno criminal juvenil necesita de un marco procesal especialmente orientado a la salvaguarda de los derechos e intereses del menor que ha delinquido que, expuesto ante la sociedad a la aplicación del Derecho penal, puede quedar estigmatizado.

Estas necesidades son conocidas desde antaño, pero solo desde finales del siglo XIX se ha producido un esfuerzo serio por trasladarlas a la regulación positiva, a veces excesivamente escorada hacia un malentendido paternalismo y a veces inclinada hacia el defensismo. En el momento actual, el art. 19 CP nos da las primeras pautas a seguir en este terreno al establecer que los menores de dieciocho años no son responsables con arreglo al Código penal sino a una ley penal específica, esto es, extrayendo a todos los menores de edad del ámbito del Derecho penal común.

La puesta en práctica de esta previsión no llegó hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que ha supuesto la creación de un auténtico Derecho penal especial juvenil, con un importante grado de autonomía con respecto a las normas generales.

Esta regulación y, en concreto, su compatibilidad con los objetivos de la prevención especial y del respeto de los derechos e intereses del menor como principios básicos fundamentales que han de presidir la aplicación del Derecho penal en este ámbito, será objeto de estudio en las próximas páginas.

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, obviando antecedentes más remotos, podemos distinguir tres fases: la de la codificación durante el siglo XIX; la formada por las reformas del siglo XX, que supone la introducción de los Tribunales tutelares de menores; y la 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 es que

estuvo presidida por dos criterios de aplicación distintos: el cronológico y el del discernimiento. Conjugando ambos se decidía si al menor se le debían de aplicar las leyes penales o no.

En primer lugar se establecían unos límites de edad heredados del Derecho romano, que distinguía entre infantes, impúberes y menores. Dentro de estos tres grupos, a los impúberes se les aplicaba el criterio corrector del discernimiento, mientras que los infantes quedaban excluidos de la aplicación del Derecho penal y los menores bajo su imperio en todo caso.

1.1. Los menores de edad en el Código penal de 1822

El Código penal de 1822 fijaba en siete años el límite por debajo del cual los menores estaban exentos de responsabilidad criminal, por encima de este límite y siempre que no hubieran alcanzado los diecisiete años se aplicaba el criterio del discernimiento —«*obrar con discernimiento y malicia*»— para establecer si se les consideraba penalmente responsables o no. A partir de los diecisiete años de edad se entendía que el menor era penalmente responsable.

1.2. Los menores de edad en los Códigos penales de 1848, 1850 y 1870

El Código penal de 1848 inicia una nueva etapa en el tratamiento de los menores delincuentes, que se prolonga en las versiones de 1850 y 1870. El límite por debajo del cual el menor se consideraba inimputable y por tanto exento de toda pena pasó de los siete a los nueve años. A partir de ahí se trazaban dos grupos de edad: desde los nueve años y mientras no hubiera cumplido los quince se consideraba al menor exento de responsabilidad salvo que tuviera discernimiento, supuesto en el que se le aplicaba la pena inferior en dos grados a la prevista para los adultos. Al menor de dieciocho que ya hubiera cumplido los quince se le aplicaba en todo caso la pena inferior en un grado.

La principal crítica a los sistemas trazados por los códigos penales del XIX se centraba precisamente en la utilización del criterio del discernimiento. En primer lugar porque no existía acuerdo sobre cuál era su contenido; se discutía si bastaba con que el menor tuviera capacidad para conocer la inmoralidad de su conducta o si era necesario que pudiera conocer su ilicitud o incluso la punibilidad de la misma. La consecuencia de este sistema era un alto nivel de inseguridad jurídica en la valoración de los casos concretos. Por otra parte, se argüía con razón que la aplicación del criterio del discernimiento suponía equiparar a los

menores con los locos o dementes; sin tener en cuenta las especiales características del desarrollo de su personalidad.

Más allá de estas deficiencias conceptuales, lo más cuestionable del modelo era que, una vez superado el umbral cronológico y valorada positivamente la capacidad de discernimiento, el menor pasaba a formar parte del engranaje penal general. La nueva situación, lejos de cualquier efecto preventivo especial, resocializador, suponía una casi segura agravación de la vulnerabilidad del menor frente al fenómeno criminal, puesto que se veía introducido en una realidad que frecuentemente superaba con creces sus anteriores vivencias.

Pero el modelo del siglo XIX aún encerraba una disfunción de mayor gravedad: durante la detención y la prisión preventiva previas a la determinación de la capacidad de discernimiento, el menor era también internado en un centro penitenciario de adultos.

2. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL JUVENIL DURANTE EL SIGLO XX: EL MODELO TUTELAR

El aumento de la delincuencia juvenil y, fundamentalmente, una nueva consideración del menor y su realidad tanto desde una perspectiva científica como social, se encuentran en el origen, a finales del siglo XIX, de un importante movimiento en pro de la creación de Tribunales tutelares de menores que alejaran a estos de la práctica del Derecho penal de adultos. Paralelamente se abandona el criterio del discernimiento y se produce una elevación en los límites de edad establecidos durante el siglo XIX.

2.1. Los menores de edad en los Códigos penales del siglo XX

La regulación en materia de menores de los Códigos penales durante el siglo XX es heredera de las críticas al sistema mantenido durante el siglo anterior.

Ya el Real Decreto de 14 de noviembre de 1925 modificó el Código penal vigente, elevando el límite de la mayoría de edad penal a los dieciséis años. Pero el salto fundamental se dio con los Códigos penales de 1928 y 1932 que abandonaron definitivamente el criterio del discernimiento. Desde este momento el modelo español de aplicación del Derecho penal a los menores está en función exclusivamente del criterio cronológico.

El sistema adoptado por los Códigos penales de 1944 y 1973 establece tres grupos de edad: a partir de los dieciséis años de edad y mientras no se cumplan los dieciocho se establece una

atenuación de la pena en uno o dos grados y su posible sustitución por el ingreso en una institución especial de reforma; los menores de dieciséis años que hubieran cumplido los doce se consideran exentos de responsabilidad criminal pero los Tribunales tutelares y jueces de menores pueden imponerles medidas de seguridad; por último, a los menores de doce años únicamente cabe aplicarles medidas de carácter administrativo. Se consolida de este modo el criterio cronológico que, con variaciones en los límites de edad, se mantiene en la actualidad.

2.2. La implantación y evolución de los Tribunales tutelares de menores durante el siglo XX

No menos importante que la modificación de los criterios de determinación de la aplicabilidad del Derecho penal es la cuestión de la creación de un procedimiento y unas instituciones específicas para los menores. Es en este punto donde entran en juego los conocidos como Tribunales tutelares de menores.

El movimiento por la constitución de tribunales especiales para los menores tuvo sus primeros éxitos en Estados Unidos —*Child Save Movement*—, donde en 1899 se creó el de Chicago, y pronto arraigó en Europa, abriendo sus puertas los primeros en Bélgica y Francia. En la España de principios de siglo hubo que esperar hasta la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños, aprobada por Real Decreto de 25 de noviembre de 1918, para que se constituyera el primero de ellos en Bilbao en 1920.

De acuerdo con la regulación penal original, los denominados por entonces Tribunales especiales para niños, tenían competencia para conocer de los hechos delictivos cometidos por menores de quince años y sus procesos se caracterizaban por la ausencia de formalidades; tal era así que salvo el Presidente, sus miembros no habían siquiera de ser licenciados en Derecho.

A lo largo de los siguientes años la regulación de los Tribunales tutelares sufrió diversas transformaciones, adaptándose al nuevo límite de la minoría de edad penal, situado desde 1925 en los dieciséis años, y sufriendo nuevas reforma de la mano de la Ley de 13 de diciembre de 1940 y del Texto refundido de la legislación sobre Tribunales tutelares de menores aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948. Ya a partir de los años setenta se produjo una paulatina sustitución de los Tribunales por jueces unipersonales miembros de la carrera judicial.

El ámbito competencial de los Tribunales tutelares de menores giraba en torno a las conductas de los menores, pero no solo. Dentro de su facultad reformadora conocían de los ilícitos

penales llevados a cabo por los menores de dieciséis años siempre que hubieran cumplido los doce, de las infracciones cometidas por menores que estuviesen consignadas en leyes municipales y provinciales, de los casos de menores prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos e incluso de aquellos supuestos de menores indisciplinados denunciados por sus padres, confundiendo el tratamiento de los menores que delinquían con aquellos que simplemente se encontraban en una situación de riesgo de exclusión social. Además, en ejercicio de su facultad represiva conocían de las faltas del art. 584 CP 1973, cometidas por adultos con respecto a menores. Por último, contaban con la facultad protectora de aquellos menores de dieciséis años que sufrieran las consecuencias de un indigno ejercicio de los derechos de guarda y educación, de los que podían ser privados sus padres.

El art. 17 de la LTTM establecía las medidas que se podían imponer, que eran las siguientes:

- a) Amonestación o breve internamiento.
- b) Libertad vigilada.
- c) Colocación bajo la custodia de otra persona.
- d) Ingreso en establecimiento oficial o privado, de observación, de educación, de reforma o de tipo correctivo o de semilibertad.
- e) Ingreso en un establecimiento especial para menores anormales.

El procedimiento, de carácter inquisitivo, se caracterizaba por la supresión de la vista pública y su sencillez: no era necesaria la intervención del abogado defensor ni del Ministerio Fiscal. Sus decisiones se denominaban acuerdos.

Es precisamente en este punto donde radica uno de los principales defectos del modelo tutelar. El sistema seguía imbuido por la concepción de que el menor delincuente era un enfermo necesitado de cura. La actitud paternalista que se desprende de esta idea se traducían en la ausencia de vista pública y en que la misma persona ejerciera de juez, de defensor y de acusador, vulnerándose las garantías jurídicas más esenciales.

3. LA LEY ORGÁNICA 4/1992 REGULADORA DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE MENORES

Las debilidades del sistema anterior se encuentran en la base de la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que

declaraba inconstitucional el art. 15 LTTM, donde se regulaba el procedimiento seguido por los Tribunales tutelares. Según el Alto Tribunal, este precepto infringía los principios de seguridad jurídica e igualdad de los arts. 9.3 y 14 CE y muy especialmente las garantías procesales que exigía el art. 24 CE. Junto a ello, la sentencia 36/1991 daba pautas para la interpretación del art. 16 LTTM, limitando la discrecionalidad que hasta el momento imperaba en la aplicación de las leyes penales a los menores.

Urgía pues una reforma de la LTTM, que finalmente se produjo con la aprobación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

El primer cambio fue de denominación. Con ello se adaptaba la terminología a los cambios introducidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en 1985 había creado en la jurisdicción ordinaria los juzgados de menores.

Pero la reforma no supuso un mero cambio de etiquetas; su carácter de reforma urgente y parcial no impidió que la transformación no solo afectara al procedimiento sino al Derecho sustantivo.

Se produjo una judicialización del sistema de justicia juvenil, con la creación de un auténtico procedimiento, que introduce el sistema acusatorio como garantía de los derechos del menor y que a la vez incide en su consideración como responsable de sus actos. Ello no impidió que se procurara mantener la flexibilidad del sistema, existiendo la posibilidad de dar por concluido el procedimiento en distintas fases del mismo. De especial importancia fue la introducción de la figura de la suspensión del fallo, que permitía someter al menor a un periodo de prueba de hasta dos años antes de dictar sentencia.

El ámbito de aplicación no variaba, abarcaba a los menores desde los doce años hasta el cumplimiento de los dieciséis, pero se extraían del ámbito competencial de los juzgados de menores los casos de simple vagabundeo, conducta licenciosa y las infracciones administrativas, dando por concluida la confusión anterior. Los asuntos relativos a menores de doce años se mantenían en manos de las instituciones administrativas de protección de menores, tal y como preveía el art. 9.1 LOJM.

También el catálogo de medidas del antiguo art. 17 LTTM fue objeto de una revisión no solo terminológica sino de contenido. Según el nuevo art. 17 LOJM: *«El Juez de Menores podrá acordar, con respecto a éstos, las medidas siguientes:*

1ª. *Amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana.*

2ª. Libertad vigilada.

3ª. Acogimiento por otra persona o núcleo familiar.

4ª. Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor.

5ª. Prestación de servicios en beneficio de la Comunidad.

6ª. Tratamiento ambulatorio o ingreso en un Centro de carácter terapéutico.

7ª. Ingreso en un Centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado.

En el ejercicio de la facultad de enjuiciar las faltas a que se refiere el apartado 2º del artículo 9 se aplicarán las penas señaladas en el Código Penal».

El tiempo máximo de cumplimiento para todas estas medidas, salvo para las del número primero, era de dos años. Y en cuanto a su naturaleza, se trataba de auténticas medidas de seguridad. Destaca el espacio que se otorgó a la reparación a la víctima: se introdujo la reparación extrajudicial como una carga o tarea en caso de suspensión del fallo y la posibilidad de que el juez, a propuesta del fiscal, diera por concluida la tramitación de todas las actuaciones cuando el menor hubiera reparado o se comprometiera a reparar el daño causado.

III. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

El importante número de reformas que había sufrido la regulación de la responsabilidad penal de los menores a lo largo de menos de un siglo no fue óbice [obstáculo, impedimento] para que el Código penal de 1995 apostara por un nuevo cambio de rumbo. Con la entrada en vigor del denominado «Código penal de la democracia» se da paso a un proyecto de transformación de las bases sobre las que hasta el momento se había construido la responsabilidad penal de los menores. Dicho proceso está influido en gran medida por los compromisos adquiridos tras la ratificación por España, el 30 de noviembre de 1990, de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Según el art. 40.3 de dicha Convención, los Estados Parte habían de tomar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haberlas infringido. Esta exigencia se tradujo en la redacción del vigente art. 19 CP, según el cual: «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código».

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor».

Hasta su entrada en vigor —que incluye el tiempo que hubo que esperar hasta contar con una nueva ley— los menores de dieciocho años que hubieran cumplido los dieciséis seguían sujetos a las leyes penales generales, siendo considerados semiimputables. El art. 19 CP da por tanto un giro radical al establecer que los menores de dieciocho años no serán penalmente responsables con arreglo al Código en ningún caso.

Ello no significa su irresponsabilidad, se abre la puerta a que sean responsables de acuerdo a una ley específica, a una ley penal para menores. Dicha regulación llegó con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Pero no acababan aquí las previsiones sobre la responsabilidad penal juvenil en el Código penal de 1995, el modelo trazado por el nuevo código se completaba con el art. 69 CP, que incluía la posibilidad de extender la aplicación de la ley penal del menor a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno. Según el mismo: *«Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga».*

Dicha ampliación a los denominados «jóvenes» quedó a su vez recogida en los arts. 1.2, 1.4 y 4 LORPM. Sin embargo, hoy por hoy esta posibilidad ha desaparecido del escenario penal español con la derogación de los citados artículos de la LORPM. El ámbito de aplicación del Derecho penal juvenil queda pues limitado a los menores de dieciocho años.

La regulación de la extensión de la LORPM a los jóvenes de dieciocho a veintiún años pasó por sucesivas fases hasta su definitiva derogación a principios de 2007.

Distintas razones, entre las que se encontraban las considerables dificultades de aplicación práctica de estos preceptos, determinaron que se suspendiera su entrada en vigor en dos ocasiones. La primera por la disposición transitoria única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, que postergaba el inicio de la aplicación de los mismos hasta el 13 de enero de 2003. Y la segunda, por la Ley Orgánica 9/2002, cuya disposición transitoria establecía un nuevo plazo que dilataba la suspensión hasta el 1 de enero de 2007.

Sin embargo, la situación cambió drásticamente con la entrada

en vigor de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORPM. Esta ley derogó expresamente los arts. 1.2, 1.4 y 4 de la LORPM, con lo que desaparece la posibilidad de que se aplique la legislación penal de menores a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno.

Si bien su Exposición de Motivos evita hacer referencia a las razones de esta concreta supresión, junto a los problemas de aplicación práctica —el importante número de delincuentes en dicho segmento de edad—, hemos de incluir para entenderla el giro retributivo y preventivo general que dio la LO 8/2006 al conjunto de la regulación.

Con ello se produce un importante retroceso desde el punto de vista político criminal y de la subsidiariedad de la sanción penal —principio que también afecta a la medida de la misma—.

Por último señalar que se planteó el curioso caso de que la LO 8/2006 entró en vigor el cinco de febrero de 2007, por lo que durante algo más de un mes las previsiones sobre los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno estuvieron en vigor; se trata de un supuesto de vigencia de una ley intermedia más favorable.

IV. EL DERECHO PENAL JUVENIL EN EL SIGLO XXI: LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

En cumplimiento de las previsiones del Código penal de 1995 se desarrolló un nuevo sistema de justicia penal de menores, que recoge la LORPM. La complejidad de la transformación que trajo consigo tiene reflejo en el periodo de *vacatio legis* previsto para su entrada en vigor, de un año, y en el hecho de que durante el transcurso de este tiempo se planteó en varias ocasiones la posibilidad de ampliar el mismo debido a las dificultades de implantación de las reformas. Finalmente se mantuvo el plazo previsto y la LORPM entró en vigor el 13 de enero de 2001.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La LORPM supone una transformación radical del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho penal de menores. Vamos a analizar tanto este aspecto como el de su ámbito objetivo de aplicación.

1.1. Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores

Establecido por el art. 19 CP el límite superior de la aplicación de la

LORPM en los dieciocho años —sin tener en cuenta la derogada posibilidad de aumentar dicho límite hasta los veintiuno—, restaba por determinar el límite mínimo, por debajo del cual el menor será considerado plenamente inimputable y, consecuentemente, ajeno al Derecho penal.

El art. 1.1 LORPM fija dicho límite inferior en los catorce años de edad; la ley será por tanto aplicable a los menores a partir de dicha edad y hasta los dieciocho. Según este precepto: «**1. Declaración general. 1. Esta Ley se aplicará para exigir a responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas [Esta referencia a las faltas se entiende derogada por la LO 1/2015.] en el Código Penal o las leyes penales especiales**».

Por su parte, el art. 3 LORPM establece que a los menores de catorce años les será de aplicación las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y el resto de disposiciones vigentes.

Ya dentro del grupo de menores afectados por la ley, para determinar las medidas sancionadoras educativas aplicables se distingue en algunos casos entre los menores de catorce y quince años de edad y los que han cumplido dieciséis o diecisiete, creándose por tanto dos grupos en los que será distinta la trascendencia de la comisión de un delito.

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, recogidas en los arts. 1.1 y 5.1 LORPM, 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. Según el art. 5.1 LORPM: «**5. Bases de la responsabilidad de los menores. 1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código penal**».

En este ámbito será por tanto necesario dirigirse al Derecho penal común; 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 —en ese sentido, la disposición final primera LORPM concede carácter de normas supletorias en el ámbito sustantivo al Código penal y las leyes penales especiales—. Ahora bien, ello no significa que la responsabilidad penal de los menores sea una versión atenuada de la

de los adultos, se trata de una responsabilidad *sui generis*, influida, como veremos, por las especiales características del desarrollo de su personalidad.

2. MINORÍA DE EDAD PENAL Y TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA IMPUTABILIDAD

Las bases de la responsabilidad de los menores, esto es, haber cometido una conducta tipificada como delito y que no concurra en ellos ninguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal, nos llevan a la cuestión del análisis de la teoría jurídica del delito en el ámbito del Derecho penal juvenil. Las consecuencias jurídicas son distintas, pero ¿y los diferentes elementos de la estructura del delito? ¿Presentan alguna especialidad cuando los referimos a los menores?

Los caracteres de acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad y punibilidad no plantean grandes diferencias conceptuales en el caso de los menores. Habrá que tener en cuenta las concretas características del hecho objeto de análisis y de su autor así como las especialidades que marque la ley —por ejemplo en materia de aplicación de circunstancias atenuantes y agravantes o de causas de inimputabilidad—, pero los conceptos básicos son los mismos. El problema se plantea en el ámbito de la culpabilidad y, en concreto, con la concurrencia de los elementos que fundamentan la imputabilidad del menor.

Y es que definida con carácter general 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 determinado desarrollo o madurez de la personalidad, que le permita no solo comprender el carácter antijurídico de su comportamiento, sino actuar de acuerdo a dicha comprensión. Se abre pues la polémica en torno a la situación de los menores de edad penal con respecto a este requisito de la responsabilidad penal.

2.1. La imputabilidad de los menores en el sistema jurídico penal español

El análisis de este punto precisa en primer lugar de una visión de conjunto de la regulación de la responsabilidad de los menores en la historia más reciente del sistema penal español. En este ámbito hay que destacar la cesura que se produce en el momento en que entra en vigor la LORPM, por lo que podemos distinguir dos periodos marcados por la misma.

2.1.1. La imputabilidad de los menores en el Código penal de 1973

La regulación del Código penal de 1973 situaba el núcleo de la discusión sobre la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años directamente en el ámbito de la imputabilidad. Se establecían dos grupos por razón de la edad: en el caso de que el menor tuviera menos de dieciséis años, el art. 8.2 CP 1973 lo declaraba exento de responsabilidad criminal, confiándolo a los Tribunales tutelares de menores; mientras, si se trataba de un menor de dieciocho años, el art. 9.3 CP 1973 le reservaba la atenuación de la pena que estableciera el régimen común. Esta atenuación tenía un carácter privilegiado y podía llevar consigo consecuencias extraordinarias, ya que, cerrando el modelo descrito por los dos artículos citados, el art. 65 CP 1973 establecía: «*Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se le aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable*».

Es decir, el menor de dieciséis años, por una presunción *iuris et de iure* [es una presunción que se establece por ley y que no admite prueba en contrario] era considerado inimputable, falto del necesario desarrollo y madurez, y consecuentemente se excluía su responsabilidad penal. Por el contrario, a quien ya había cumplido dieciséis años pero era menor de dieciocho, se le consideraba semiimputable y, si bien se le mantenía en el ámbito del Derecho penal común, se le aplicaba una pena atenuada o una medida de seguridad de carácter educativo.

Por último, como sabemos, a los menores de doce años no solo se les consideraba inimputables, sino que tampoco eran puestos a disposición de los Tribunales tutelares de menores, siendo exclusivamente objeto de protección administrativa.

En definitiva, el sistema del anterior Código penal trataba la responsabilidad penal del menor como un problema específico del ámbito de la imputabilidad, dejando a un amplio segmento de los jóvenes dentro del sistema penal general.

2.1.2. La imputabilidad de los menores en el Código penal de 1995

El modelo previsto por el Código penal de 1995 rompe de raíz con la situación descrita. Con la entrada en vigor de la LORPM, la previsión del párrafo segundo del art. 19 CP adquiere todo su significado, abriéndose bis puertas a un nuevo modelo en el que ya no es posible afirmar que el menor de dieciocho años y mayor de catorce sea inimputable o semiimputable.

Alejándose del círculo del Derecho penal común, se crea un sistema de sanciones distinto al de los adultos, en el que tienen un papel decisivo

las razones de prevención especial, pero en el que no se olvidan las de carácter preventivo general ni la retribución. En definitiva todo ello supone que, como veremos inmediatamente, a pesar del cambio en la nomenclatura, las medidas sancionadoras educativas tengan la naturaleza de auténticas penas.

Es pues en la frontera de los menores de catorce años donde sí es posible considerar que concurre una auténtica causa de inimputabilidad. El sistema vigente estima que estos carecen de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de actuar conforme a dicha comprensión, por lo que quedan al margen del Derecho penal, tanto del sistema común como del desarrollado específicamente para los menores.

En cuanto a la caracterización de la imputabilidad de los mayores de catorce y menores de dieciocho, se discute si es plena o si para la ley penal se trata de semiimputables. Pese a algunas opiniones en contra es más correcto considerar que no estamos ante un supuesto de semiimputabilidad: se trata de un caso de imputabilidad plena, si bien dotada de características específicas derivadas de la propia naturaleza del desarrollo de la personalidad de los menores. Este hecho se ve reflejado en la propia regulación en al menos dos cuestiones.

Por un lado, de tratarse de auténticos semiimputables bastaría con aplicarles la pena prevista en el Derecho penal común atenuada junto con algún tipo de medida de seguridad en caso de que fuera necesaria; modelo que, como hemos visto, ha sido abandonado por la LORPM.

Pero, además, resulta altamente clarificador el párrafo segundo del art. 8 LORPM según el cual: «...*Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad..., en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal*».

Es decir, la duración de las medidas sancionadoras educativas privativas de libertad no siempre ha de suponer una disminución de la pena aplicable al adulto en las mismas circunstancias, lo que sería insoslayable de considerarse que los menores son semiimputables, e incluso no se excluye la posibilidad de imponer una medida no privativa de libertad más gravosa que la correspondiente a un adulto.

Las reformas que se han ido introduciendo en el sistema de responsabilidad penal del menor apuntan por tanto a una clara desvinculación del concepto de menor responsable de la idea de la imputabilidad. Solo frente a aquellos menores de edad penal que quedan fuera de la regulación —menores de catorce años— podremos afirmar que son declarados inimputables de modo general. Frente al

resto, que se encuentran bajo el paraguas de la aplicación de la LORPM, al margen del sistema penal común, lo único que podemos decir es que, siendo imputables, determinadas razones, fundamentalmente preventivo especiales en su vertiente educativa, así como la salvaguardia de los derechos e intereses del menor, hacen necesario un tratamiento específico, en el que las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión del delito estén adaptadas a su concreta realidad. Se refuerza así la idea del menor responsable de sus actos.

En definitiva, podemos afirmar que los menores que han cumplido los catorce años y aún no tienen dieciocho 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

En el apartado anterior se ha descrito la situación legal de la imputabilidad de los menores en el actual sistema español. Es momento de analizar la realidad que subyace a la misma, como método para valorar la idoneidad del sistema adoptado por el legislador.

2.2.1. *Las etapas del desarrollo del ser humano*

Tomando como referencia el concepto de imputabilidad, el primer foco de atención se ha de situar de nuevo en que 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, solo así se es capaz de comprender el carácter antijurídico de la conducta y actuar conforme a esa comprensión. Esta última afirmación conecta directamente la imputabilidad con la edad y nos sitúa de lleno en el campo de la responsabilidad penal del menor. Se abre pues la discusión en torno a los periodos que es posible determinar en el desarrollo del menor en relación con su capacidad de entender la ilicitud del comportamiento y de actuar conforme a dicho entendimiento.

En este sentido, podemos delimitar al menos dos etapas en el desarrollo de la personalidad del ser humano. Delimitación en la que, junto a aspectos directamente relacionados con el concepto de imputabilidad, no son ajenas razones de carácter político criminal.

A) La infancia y la primera adolescencia

La primera etapa viene constituida por la infancia y la primera adolescencia. Se trata del periodo que llega hasta los catorce años de

edad. El niño y el adolescente en su primera etapa no cuentan aún con la madurez suficiente para captar la contrariedad al Derecho de sus conductas y en los supuestos en que se ha alcanzado dicho desarrollo generalmente faltan los mecanismos de inhibición necesarios para actuar conforme a dicha comprensión.

B) A partir de los catorce años

A partir de los catorce años se suceden etapas muy distintas en el desarrollo de la personalidad. Sin embargo, tienen un elemento en común y es que se entiende que el sujeto ya ha desarrollado la capacidad de comprender que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico y de actuar de un modo acorde con dicha comprensión. Se trata por tanto y en principio de auténticos imputables, de modo que las diferencias que tracemos en el campo de la responsabilidad penal no atienden en puridad a razones de su capacidad de imputabilidad sino de la conveniencia de aplicar uno u otro tipo de consecuencias desde un punto de vista preventivo educacional.

En este marco, se suelen distinguir tres etapas:

- a) Adolescencia: La adolescencia abarca de los catorce a los dieciocho años de edad. Siguiendo este esquema, el adolescente es, salvo que concorra una causa de inimputabilidad, plenamente imputable. Son las señaladas razones de política criminal las que determinan que se considere que la sanción debe tener unas características específicas.
- b) Juventud: Se trata del periodo que va de los dieciocho a los veintiún años de edad. También estamos en principio ante sujetos plenamente culpables pero la posibilidad de influir en su formación determina, en este caso de un modo más restringido, que en algunos supuestos sea recomendable su separación del Derecho penal de adultos.
- c) Edad adulta: A partir de los veintiún años de edad se considera que el sujeto es adulto y que ya no tiene sentido aplicarle un sistema específico; pasa a ser objeto del tratamiento penal común.

2.2.2. *Las etapas del desarrollo del ser humano en el modelo penal español: valoración crítica*

La primera lectura parece clara: el modelo español —a salvo de la derogación de la posibilidad de aplicar la legislación penal de menores a los mayores de dieciocho y menores de veintiuno—, se adapta a la situación descrita. Ahora bien, si ahondamos un poco en el análisis, resulta evidente que la propia naturaleza del desarrollo de la personalidad choca con el establecimiento de un límite objetivo, de

una presunción *iuris et de iure*, en la exigencia de responsabilidad penal.

En este ámbito las opiniones se dividen. Un sector de la doctrina considera correcto establecer una frontera fija, objetiva, que determine de un modo claro dónde comienza y dónde acaba la imputabilidad por razón de la edad —frontera a la que en cualquier caso no son ajenas consideraciones político criminales—; pero también hay quien considera que este elemento objetivo de la culpabilidad no es la mejor solución.

En nuestra opinión el modelo adoptado por el legislador español no resulta convincente. Si bien es cierto que se adapta en general a las etapas que se distinguen en el desarrollo de la personalidad del menor, es evidente que pueden existir numerosas excepciones cuando trasladamos la regla general a los casos concretos, objeto de la aplicación del Derecho penal y línea básica en la determinación de la culpabilidad del individuo.

Es posible encontrar menores que ya han superado la frontera de los catorce años de edad y que pese a ello carecen de la capacidad de entender el carácter ilícito de su conducta o de adaptar su proceder a dicho entendimiento. Y, sin embargo, si nos atenemos a la regulación de la LORPM, es difícil fundamentar lo contrario. ¿Qué hacer?

A) Valoración de *lege lata* [según ley dada o existente]

La primera opción que se abre en el actual marco legal es la de acudir al catálogo general de eximentes y contemplar la posibilidad de aplicar alguna de las causas de inimputabilidad expresamente recogidas en el art. 20 CP. El problema radica en que, salvo que efectivamente se trate de un supuesto de anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena, síndrome de abstinencia o alteraciones en la percepción, no podemos aplicar directamente causa de inimputabilidad alguna: no es correcto concluir que quien simplemente sufre un retraso más o menos acusado en el desarrollo de su personalidad se encuentra automáticamente inmerso en una situación de anomalía, enfermedad o trastorno mental transitorio; la utilización de una fórmula mixta, psiquiátrico-psicológica, en la redacción de las causas de inimputabilidad del art. 20 CP lo impide.

En definitiva, 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 bien como completa bien como incompleta. Sin embargo, el carácter objetivo del límite de los catorce años resulta demasiado rígido y simplificador para afirmar que todo menor que ha cumplido esa edad y no cuenta con la capacidad de entender el carácter ilícito de la conducta o de actuar conforme a dicho entendimiento sea «anómalo» desde un punto de

vista psicológico.

La segunda posibilidad de *lege lata* la podríamos situar en la aplicación analógica de la eximente de anomalía o alteración psíquica al resto de casos en los que no cupiera su aplicación directa. Pero, como vimos en la lección 2, se interpreta generalmente que, a salvo de las atenuantes por analogía del art. 20.7 CP, no cabe en nuestro Código aplicación analógica alguna de la ley. En el supuesto de que el juez o Tribunal se encontrara en la tesitura de aplicar una medida sancionadora educativa a un menor de más de catorce años de edad y considerara que no concurría en el mismo la necesaria capacidad de culpabilidad, podría acudir al Gobierno, pero habría en todo caso de ejecutar la sentencia, produciéndose una grave vulneración del principio de culpabilidad.

B) Propuesta de *lege ferenda* [para una futura reforma de la ley]

Es por ello que solo nos queda una opción de *lege ferenda*, que pasa por la petición de una flexibilización del límite objetivo recogido en la LORPM. Debería incluirse una referencia expresa a la necesidad de que el menor sancionado contara en cualquier caso con la capacidad de culpabilidad. Analizándose de un modo efectivo si el desarrollo de la personalidad del menor autor de una conducta antijurídica le permitía entender el carácter ilícito de la misma y actuar en consecuencia.

La exigencia de este nuevo requisito no supone en ningún caso una vuelta al tan denostado sistema del discernimiento, que como vimos caracterizó buena parte del desarrollo del tratamiento penal de los menores durante el siglo XIX y principios del XX y que suponía la introducción del menor en el ámbito del Derecho penal de adultos.

En el sistema aquí propuesto la concurrencia de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a dicha comprensión mantiene al menor en el ámbito del Derecho penal juvenil. Implica que, establecido un límite objetivo a partir del cual se considera que el menor es responsable, la comprobación de su imputabilidad se incorporaría como requisito adicional, imprescindible para la imposición de una medida sancionadora educativa. Si el sujeto no tiene la necesaria capacidad de culpabilidad, a pesar de haber superado una determinada barrera de edad, no podrá ser objeto de la aplicación de medidas que, como veremos inmediatamente, tienen naturaleza de pena. Con ello la realización del principio de culpabilidad es plena.

Por otra parte, la adopción de este modelo no es ajena a nuestro entorno jurídico, sino que es derecho vigente, por ejemplo, en el

sistema alemán, donde el § 3 de la Ley de Tribunales juveniles exige expresamente para establecer la responsabilidad penal que en el momento de realizar el hecho el menor comprenda la ilicitud del mismo y pueda actuar conforme a dicha comprensión. El Código penal italiano en su artículo 98 incluye también una previsión sobre la necesaria imputabilidad de los mayores de catorce años y menores de dieciocho, exigiendo que el menor haya cumplido los catorce años y, siguiendo la fórmula de la imputabilidad que recoge el Código penal italiano, tenga capacidad de entender y querer.

Como conclusión, podemos afirmar que, a pesar de que la responsabilidad jurídico penal de los menores de edad puede plantear y de hecho plantea problemas concretos en el ámbito de la imputabilidad, no es en sí un problema de imputabilidad. Superando esa cuestión, se trata de definir un modelo propio de responsabilidad, que se adapte a las características específicas de este segmento de la población, que tenga en cuenta sus distintos estadios de desarrollo y que aproveche las posibilidades que ofrece una personalidad aún en formación de cara a su integración.

3. MINORÍA DE EDAD PENAL Y CONSECUENCIAS JURÍDICO PENALES DEL DELITO: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS SANCIONADORAS EDUCATIVAS

Analizados los perfiles de la teoría jurídica del delito aplicada a los menores, es momento de estudiar las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de su comisión. Se trata de una cuestión de la mayor importancia pues el componente preventivo especial del sistema penal de menores descansa —o debería descansar— en el sistema de medidas que se apliquen tras la comisión del ilícito penal.

Distinguiremos en este punto entre medidas sancionadoras educativas, cuyo referente en el Derecho penal común son las penas, y las medidas de seguridad y reinserción social que se puedan en su caso imponer a menores declarados inimputables o semiimputables.

3.1. Las medidas sancionadoras educativas

La principal consecuencia jurídico penal de la comisión de un delito por una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años es la imposición una medida sancionadora educativa. Tras esta terminología —la LORPM habla de medidas «de naturaleza sancionadora-educativa» y más comúnmente de «medidas»— se encuentra un esfuerzo por evitar el término pena en el ámbito del Derecho penal juvenil y los efectos estigmatizantes asociados al mismo. La nueva nomenclatura

nos coloca en la tesitura de comprobar cuál es la auténtica naturaleza de estas medidas, cuestión a la que vamos a dedicar nuestra atención antes de analizar el catálogo de las mismas.

3.1.1. *Fundamento y naturaleza de las medidas sancionadoras educativas*

La creación de un sistema autónomo de responsabilidad penal del menor gira como sabemos sobre dos ejes, el preventivo especial en su vertiente educativa y el de la mayor garantía y salvaguarda del menor infractor. Desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas de la comisión de una conducta constitutiva de delito, ello se traduce en dos ámbitos: uno formal, que afecta a la propia denominación de las sanciones, y otro material, el de su fundamento y naturaleza.

Es claro que la primera de ambas perspectivas se ha tenido en cuenta en la intitulación de las sanciones para menores: medidas sancionadoras educativas. Queda pues por ver si tras esta denominación hay algo distinto de las penas o, como desgraciadamente ocurre en tantas otras ocasiones, se trata de un simple eufemismo.

Para ello es preciso analizar si la aplicación de las medidas sancionadoras educativas persigue y en qué medida los fines propios de las penas que, como vimos en la primera lección de este Curso, giran en torno a los conceptos de retribución, prevención general y prevención especial.

El apartado séptimo de la Exposición de Motivos de la LORPM señala: *«...la reacción jurídica dirigida al menor infractor [pretende] una intervención educativa... rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma...»*.

El texto es claro: se rechaza de modo expreso cualquier vinculación entre medida sancionadora educativa y retribución o prevención general. Según esto nos encontramos ante consecuencias jurídicas del delito de naturaleza más cercana a las clásicas medidas de seguridad que a las penas.

Sin embargo, un análisis aun superficial del desarrollo de la ley permite comprobar que esta afirmación se queda en un mero *desiderátum*. Tanto la retribución como la prevención general y la prevención especial negativa están fuertemente presentes en un articulado que, más allá de las concretas características del menor infractor, obliga a imponer medidas de cierta gravedad en función del tipo de delito o del ámbito en que se ejecute.

Confirmando esa línea y de un modo abierto, la reforma de la LORPM por LO 8/2006, incidió en el reforzamiento de las consideraciones de

naturaleza retributiva y preventivo general en la regulación de la responsabilidad penal del menor frente a las de carácter preventivo especial. Su Exposición de Motivos abandona el terreno de los eufemismos y, en respuesta a la «...*gran preocupación social y [al desgaste de] la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores...*», declara expresamente «...*pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido*», ampliando «...*los supuestos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores, añadiendo al ya existente los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor pertenezca o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades...*». Como ejemplo de esta tendencia, tras la reforma es posible imponer la medida de inhabilitación absoluta por un periodo de hasta veintitrés años «...*atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor*», duración que puede llegar a los veinticinco años en caso de concurso de infracciones.

En definitiva, 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, no solo en su vertiente preventivo especial positiva sino haciendo hincapié en la prevención general y en la prevención especial negativa. Podemos pues afirmar que, si bien como veremos con un componente preventivo especial en su vertiente educativa más acusado aunque no en todo caso, las medidas sancionadoras educativas previstas en la LORPM son auténticas penas.

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. Las ordena según la naturaleza de los derechos que restringen.

Por su parte, el art. 9 LORPM recoge el régimen general de aplicación y la duración de estas medidas, distinguiendo, entre otros aspectos; en función de la gravedad de las infracciones penales que sirven de base a su imposición. Este régimen ha quedado desdibujado con la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, que, como sabemos, suprime la categoría de las faltas. Frente a esta nueva situación la LORPM sigue recogiendo la referencia a las mismas y nada se ha previsto sobre la nueva categoría de los delitos leves. Ello impide la aplicación de los límites de duración que estaban previstos para las faltas a los delitos leves, por lo que indirectamente

se ha producido un aumento de la gravedad de las sanciones para los casos en que simplemente se ha producido un cambio de nomenclatura. Se hace por tanto necesario que el legislador tome en consideración esta cuestión y, en su caso, proceda a reformarla.

Entrando ya en materia y siguiendo el orden establecido en la ley podemos mencionar las siguientes medidas sancionadoras educativas:

A) Internamiento [art. 7.1 a), b), c) y d) LORPM]

El art. 7.1 LORPM menciona en primer lugar el internamiento del menor. Se distinguen hasta cuatro tipos: en régimen cerrado, semiabierto, abierto e internamiento terapéutico.

La medida de internamiento supone en cualquier caso que el sujeto resida en el centro que se determine. Las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio tendrán lugar dentro o fuera del mismo según el mayor o menor régimen de apertura que se haya establecido. En el caso del régimen semiabierto la realización de actividades en el exterior estará condicionada por la evolución del menor y el cumplimiento de los objetivos de las mismas, pudiéndolas suspender el Juez de menores por tiempo determinado.

El internamiento terapéutico está dirigido a menores que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia. Puede a su vez ser cerrado, semiabierto y abierto y nada impide que junto a su aplicación en casos de declaración de inimputabilidad o semiimputabilidad, pueda imponerse a menores plenamente imputables en los que concurren las circunstancias descritas. Esto es, puede ser aplicado con la doble naturaleza de medida sancionadora educativa y medida de seguridad y reinserción social. Si el menor rechaza un tratamiento de deshabituación el Juez deberá aplicarle otra medida.

El art. 7.2 LORPM establece que estas medidas vengan seguidas de un periodo de libertad vigilada, que se computará de cara a observar los límites de duración impuestos por los arts. 9 y 10 LORPM.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación, según el art. 9.1 LORPM ninguna de las versiones del internamiento se puede aplicar a las faltas, siendo este uno de los puntos en los que se hace necesario que el legislador determine si la exclusión del internamiento se aplica a la nueva categoría de los delitos leves o si, por el contrario, es posible imponer alguna de las formas del internamiento a los mismos, tal y como se desprende de la regulación vigente.

También existen restricciones concretas para el internamiento en régimen cerrado. Según el art. 9.2 LORPM, esta medida solo será aplicable en los casos en 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 de las personas o se han cometido en grupo o el menor perteneciera o actuara al servicio de una banda, organización o asociación, aun de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Tampoco es aplicable a las acciones u omisiones imprudentes.

La duración general de las medidas de internamiento es de dos años. Sin embargo, en los casos que acabamos de mencionar —los recogidos en el art. 9.2 LORPM— este limite pasará a ser de tres si el menor tuviera catorce o quince años o de seis si hubiera cumplido los dieciséis o diecisiete.

Por otra parte 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 dieciséis o diecisiete años, se den las circunstancias recogidas por el 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 con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Se entienden supuestos de extrema gravedad todos aquellos en los que se aprecie reincidencia. Esta medida solo podrá ser modificada o sustituida cuando haya transcurrido su primer año de cumplimiento efectivo.
- b) Cuando el menor tenga catorce o quince años y haya cometido homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), violación (arts. 179 y s. CP), alguno de los delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 CP) u otro delito para el que se prevea pena de prisión igual o superior a quince años, se le impondrá internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años complementado en su caso con la medida de libertad vigilada de hasta tres años.
- c) En las mismas circunstancias del supuesto anterior, si el menor tuviera dieciséis o diecisiete años de edad se le impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. Dicha medida no podrá ser modificada, suspendida o sustituida hasta que haya trascurrido al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Ello determina que el máximo de duración de la medida sancionadora educativa de internamiento en régimen cerrado por la comisión de un único delito sea de ocho años. Ahora bien, aún es posible aplicarla con una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años

y de seis para los menores de esa edad si se tratara de un concurso de infracciones conexas en el que una de ellas fuera homicidio, asesinato, violación, alguno de los delitos de terrorismo u otro delito para el que se prevea pena igual o superior a quince años (art. 11.1 LORPM).

Por último, en caso de que se trate de infracciones no conexas, el Juez refundirá las medidas aplicables hasta el límite del doble de la más grave, por lo que podríamos encontrarnos con una medida de internamiento de hasta veinte años de duración (art. 47.2 LORPM).

B) Tratamiento ambulatorio [art. 7.1.e) LORPM]

Se trata también de una medida que puede aparecer como consecuencia de la declaración de inimputabilidad o semiimputabilidad del menor, pero que también puede ser aplicada a un menor plenamente imputable. Puede concurrir por tanto con naturaleza de medida sancionadora educativa o de medida de seguridad.

Los requisitos de aplicación son similares a los del internamiento terapéutico, si bien en este caso el sujeto no ha de residir en el centro sino asistir al mismo con la periodicidad requerida por los facultativos. Al igual que en aquellos, si el menor rechaza un tratamiento de deshabitación será preciso aplicarle otra medida.

La duración máxima general por la que puede ser impuesta esta medida es de dos años y de nuevo su aplicación estaba excluida para las faltas, por lo que también en este punto sería recomendable que se tomara una decisión en el mismo sentido para evitar su aplicación a la nueva categoría de los delitos leves.

En los casos recogidos en el art. 9.2 LORPM —esto es, en todos aquellos en que los hechos estén tipificados como delitos graves o en aquellos que lo estén como menos graves, siempre que en este caso se haya empleado en su ejecución violencia o intimidación, se haya generado riesgo para la vida o la integridad física de las personas o se hayan cometido en grupo o el menor perteneciera o actuara al servicio de una banda, organización o asociación, aun de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades—, el límite máximo se elevará a tres años si el menor tuviera catorce o quince años de edad y a seis si ya ha cumplido los dieciséis o diecisiete.

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, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

Su duración máxima general es de dos años y tampoco se podía imponer en caso de la comisión de una mera falta, dándose una situación idéntica a la ya descrita con respecto a los delitos leves.

Al igual que en la medida anterior, el límite general pasa a ser de tres o seis años si concurren los requisitos del art. 9.2 LORPM y el menor tiene respectivamente catorce o quince años de edad o dieciséis o diecisiete.

D) Permanencia de fin de semana [art. 7.1.g) LORPM]

Medida de contenido similar a la antigua pena de arresto de fin de semana del Derecho penal de adultos y en parte a la vigente pena de localización permanente, y que incluye también elementos de las prestaciones en beneficio de la comunidad. El menor ha de permanecer un máximo de treinta y seis horas en su domicilio o en un centro entre la tarde del viernes y la noche del domingo. Podrá salir para llevar a cabo las tareas socio-educativas que le haya asignado el Juez.

Su duración máxima, con carácter general, es de ocho fines de semana, que en el caso de las desaparecidas faltas se limitaba a cuatro, límite que, como ya hemos dicho, en principio no es posible aplicar a la sanción de los delitos leves.

De nuevo, en los supuestos recogidos por el art. 9.2 LORPM, los límites de aplicación máxima aumentan: si el menor tiene catorce o quince años de edad es de doce fines de semana y si tiene dieciséis o diecisiete, de dieciséis fines de semana.

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.

En aplicación de esta medida el menor quedará obligado a cumplir las pautas socio-educativas que le señale la entidad pública o el profesional que se encargue de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto, que ha de ser aprobado por el Juez de Menores. Para ello el menor estará obligado a mantener con el profesional encargado las entrevistas que establezca dicho programa.

Pero además, el Juez de Menores le podrá imponer una serie de reglas de conducta que recoge de modo muy amplio el art. 7.1.h) LORPM: asistencia al centro escolar, seguimiento de programas formativos o profesionales, prohibición de acudir a determinados lugares, prohibición de ausentarse del lugar de residencia, obligación de residir en un lugar determinado, obligación de comparecer ante el Juzgado de Menores o el profesional que se designe, y cualquier otro tipo de obligaciones que se estimen convenientes para la reinserción social del menor.

La duración máxima de esta medida es de dos años con carácter general. Pero existen varias excepciones:

- a) Cuando era consecuencia de la comisión de desaparecidas faltas, para las que se establecía un límite de seis meses, con lo que de nuevo se plantea el problema del tratamiento de los delitos leves, a los que no se hace referencia alguna y que en principio seguirán el régimen general.
- b) Cuando se den los requisitos del art. 9.2 LORPM, supuestos en los que será de tres años para menores de catorce o quince años y de seis para los que tengan dieciséis o diecisiete.
- c) Cuando se aplique como segundo periodo de una medida de internamiento. En estos supuestos con carácter general la duración la habrá de decidir el Juez en la sentencia ajustándose a los límites ya señalados. No obstante, en los casos en que la libertad vigilada complementa al internamiento en régimen cerrado del art. 10.1 LORPM se impondrá por un máximo de cinco años y si se trata del internamiento en régimen cerrado del art. 10.2 LORPM, derivado de la comisión de delitos de homicidio, asesinato, violación, de terrorismo o que prevean penas de prisión iguales o mayores a quince años, el límite máximo de aplicación será de tres años, cuando el menor tuviera catorce o quince años, y de hasta cinco años, cuando el menor hubiera cumplido los dieciséis o diecisiete años de edad.

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]

Introducida por la LO 8/2006, esta medida impide al menor acercarse o mantener contacto por cualquier medio de comunicación, informático o telemático con las personas que determine el Juez. En los casos en que suponga la imposibilidad de que el menor siga viviendo con sus padres, tutores o guardadores el Ministerio Fiscal deberá comunicarlo a la entidad pública de protección del menor.

Esta medida se puede aplicar con carácter general por un máximo de dos años, salvo en el supuesto de las antiguas faltas, para las que se establecía un máximo de duración de seis meses, con lo que de nuevo se abre el problema de la transformación de aquellas en delitos leves.

En el caso de que concurren los requisitos del art. 9.2 LORPM el límite máximo pasará a ser de tres años si el menor tuviera catorce o quince años y de seis si ya ha cumplido los dieciséis o los diecisiete.

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 y no

se permitía su aplicación en el caso de faltas; en la actualidad nada impide que sea aplicada a los delitos leves. De nuevo se podrá imponer por un tiempo de hasta tres años en caso de menores de catorce o quince años y de hasta seis si tienen dieciséis o diecisiete años, siempre que se den los requisitos del art. 9.2 LORPM.

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 cien horas, si bien para los casos de faltas se reducía a cincuenta. Cuando concurren las circunstancias del art. 9.2 LORPM el máximo para autores de catorce o quince años es de ciento cincuenta horas y si tienen dieciséis o diecisiete años de doscientas.

I) Realización de tareas socio-educativas [art. 7.1.l) LORPM]

Se trata de realizar tareas de contenido educativo sin necesidad de imponer el 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, si bien en el caso de las faltas se establecía el límite de los seis meses. Se aplica también la excepción para los casos especialmente graves que recoge el art. 9.2 LORPM: si el menor tiene catorce o quince años, la medida se podrá prolongar hasta los tres años de duración y si tiene dieciséis o diecisiete hasta los seis.

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 privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas es una medida sancionadora educativa de carácter accesorio que se impondrá en aquellos casos en que el delito haya sido cometido utilizando un ciclomotor o vehículo a motor o un arma.

La duración general máxima de esta medida es de dos años, y de nuevo se preveía un límite de un año para el caso de su aplicación a las desaparecidas faltas, sin que se haya tomado decisión expresa alguna sobre los delitos leves, que quedarán sometidos al régimen general. Si se dan las circunstancias del art. 9.2 LORPM se podrá

aumentar hasta los tres o seis años en función de que el menor tenga catorce o quince años o ya haya cumplido los dieciséis o diecisiete.

L) Inhabilitación absoluta [art. 7.1.ñ) LORPM]

Con el mismo contenido que la pena paralela, produce la privación definitiva al sancionado de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el sancionado aunque sean electivos, así como la capacidad para obtener otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. Fue introducida por la LO 8/2006.

Tampoco cabía aplicarla en caso de faltas. Su duración general es de dos años, pero de nuevo se puede imponer por un periodo de tres, si el menor tiene catorce o quince años de edad, o de seis años, en caso de que haya cumplido los dieciséis o diecisiete y se den los requisitos del art. 9.2 LORPM.

Además, para los delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580 CP se deberá imponer en cualquier caso por un periodo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento impuesta; es decir, se puede llegar a imponer una medida de inhabilitación absoluta de hasta veintitrés años de duración. Esta duración se determinará atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de infracciones penales cometidas y a las circunstancias concurrentes en el menor. En estos supuestos, en caso de concurso de delitos conexos, los límites que acabamos de señalar se aplicarán respecto a una medida de internamiento en régimen cerrado de un máximo de seis años para los menores de catorce y quince años y de diez para los mayores de esa edad, por lo que se podrá llegar a un total de veinticinco años de inhabilitación absoluta.

3.1.3. *Reglas de determinación de las medidas sancionadoras educativas*

El proceso de determinación de las medidas sancionadoras educativas tiene también peculiaridades con respecto al de adultos.

A) Reglas generales: el principio de flexibilidad

Según el art. 7.3 y .4 LORPM, 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, pudiéndose imponer varias medidas de distinta clase por unos mismos hechos. Junto a ello el art. 39.1 LORPM hace especial referencia a la valoración de que el sujeto haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

Ello significa que en caso de que concurren agravantes y/o atenuantes —incluidas las eximentes incompletas— no existe una correspondencia formal con el Derecho penal común. Es terreno del arbitrio judicial. Las reglas contenidas en el Código penal únicamente podrán ser tenidas en cuenta como orientación en el marco del ejercicio de dicho arbitrio judicial.

No obstante, el principio de flexibilidad queda en gran parte desnaturalizado por la regulación del art. 10 LORPM que, como hemos visto, establece con claridad las medidas sancionadoras educativas que se deben imponer en todo caso para determinados delitos de cierta gravedad.

Junto a ello 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 —internamiento y permanencia de fin de semana— 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: El art. 11.1 LORPM establece que en el caso de que el menor haya cometido dos o más infracciones conexas o se trate de una infracción continuada se sigan manteniendo los límites penales establecidos en los arts. 9 y 10 LORPM.
- b) Existe una excepción para los casos en que alguno de los delitos sea de homicidio, asesinato, violación, alguno de los delitos de terrorismo u otro delito para el que se prevea pena de prisión igual o superior a quince años. En estos supuestos la medida de internamiento en régimen cerrado podrá llegar hasta los seis años si el menor tiene catorce o quince años y hasta los diez si es mayor de esa edad.
- c) Refundición de medidas impuestas por infracciones que no guarden conexión: el art. 4 7 LORPM recoge las reglas para refundir las medidas de la misma naturaleza hayan sido impuestas en diferentes resoluciones judiciales y no sean conexas. 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 dictada de acuerdo con el procedimiento y se ejecutarán en la forma prescrita en la ley (art. 43 LORPM). El control de la ejecución se encuentra en manos del Juez de Menores (art. 44 LORPM) y la competencia administrativa en las Comunidades Autónomas y en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (art. 45 LORPM).

La ley regula una serie de instituciones que atienden especialmente a las necesidades preventivo especiales durante la ejecución de la condena. Existe la posibilidad de modificar y sustituir las medidas sancionadoras educativas inicialmente impuestas (arts. 13 y 51.1 LORPM). Estas posibilidades se unen a otras no propiamente ejecutivas como: el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORPM); el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (art. 19 LORPM), que también puede aplicarse una vez dictada sentencia e impuesta la medida (art. 51.3 LORPM); o la posibilidad de suspensión del fallo (art. 40 LORPM). En todos estos casos existen limitaciones a su aplicación en razón del tipo de delitos cometidos o sus circunstancias y de las medidas impuestas.

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 conforme al régimen general en caso de que el menor hubiera cumplido los dieciocho años y su conducta no respondiera a los objetivos propuestos. Si el sujeto ha cumplido los veintiún años el ingreso será la norma general, salvo que excepcionalmente se acuda a la modificación o sustitución de la medida o al mantenimiento de la misma, para lo cual será necesario verificar que responde a los objetivos propuestos en la sentencia. También se cumplirá en un centro penitenciario y de acuerdo al régimen general penitenciario la medida de internamiento en régimen cerrado que se imponga por hechos cometidos con anterioridad a la mayoría de edad al mayor de dieciocho años que ya haya cumplido una pena o una medida de internamiento en un centro penitenciario (art. 14 LORPM).

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. Como hemos visto más arriba, la aplicación de una medida sancionadora educativa presupone la declaración de culpabilidad del sujeto, declaración que se basa, entre otros elementos, en su imputabilidad. De ahí que junto a la aplicación de medidas sancionadoras educativas sea posible que los menores sean objeto de la aplicación de medidas de seguridad y reinserción social.

El art. 5.1 LORPM remite en estos casos directamente a la eximentes previstas en el Código penal vigente. Es decir, tanto en el Derecho penal de menores como en el régimen común, son aplicables los números 1º, 2º y 3º del art. 20 CP, donde se recogen respectivamente las eximentes de anomalía o alteración psíquica, la intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de la dependencia de tales sustancias y las alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia. Cuando concurren en un menor, quedará exento de la aplicación de medidas sancionadoras educativas en sentido estricto.

No obstante, la concurrencia de una causa de inimputabilidad completa o incompleta abre la posibilidad de que entren en juego, si así lo considera necesario el Juez, las medidas de seguridad y reinserción social.

En este ámbito la LORPM no se remite al Derecho penal común, sino que, tal y como anuncia su art. 5.2, establece dos tipos específicos de «medidas terapéuticas» aplicables a los menores. Ya los conocemos, pues se encuentran recogidos en los apartados d) y e) del art. 7.1 LORPM: el internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto y el tratamiento ambulatorio. Se trata de medidas que, como hemos visto, pueden aplicarse también a sujetos imputables en el momento de cometer la infracción, que sin embargo padezcan alguna de las anomalías o adicciones en las que se basa la aplicación de estas medidas.

Por último señalar que para que estas medidas puedan ser aplicadas a los menores inimputables o semiimputables —y a pesar de que la LORPM no lo recoge expresamente—, será preciso que, al igual que en el régimen penal de adultos —que actúa como derecho supletorio, disposición final primera LORPM—, se aprecie peligrosidad criminal en el menor. Estas medidas de seguridad se impondrán como única consecuencia del delito en el caso de que concorra una causa de inimputabilidad completa o junto con una medida sancionadora educativa si se considera que el menor es semiimputable, pero todo ello con la relativa flexibilidad que caracteriza el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el ámbito de la LORPM.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITOS COMETIDOS POR MENORES

La LORPM regula el régimen de responsabilidad civil en su último Título, el VIII. Como en el resto de cuestiones, el Derecho penal común es supletorio en este ámbito, remitiéndose expresamente el

art. 62 LORPM a los arts. 109 y ss. CP para determinar la extensión de la misma —por lo que aquí nos remitimos a lo señalado en la lección 35 de este Curso—.

La acción para exigir la responsabilidad civil la ejercerá el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado decida renunciar a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercerla ante el orden jurisdiccional civil —art. 61.1 LORPM—.

El principio general de atribución de la responsabilidad civil se encuentra recogido en el art. 61.3 LORPM, según el cual: *«Cuando el responsable de los hechos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos»*.

Es decir, junto con el menor, los padres, tutores, acogedores y guardadores legales son responsables solidarios siguiendo este orden. La posibilidad de que la responsabilidad de estos últimos se vea moderada si no hubieran favorecido la conducta con dolo o imprudencia grave nos sitúa en el caso contrario: si la conducta delictiva del menor se ha producido por dolo o imprudencia de padres, tutores, acogedores o guardadores legales, será preciso analizar la posible responsabilidad penal en que estos hubieran podido haber incurrido.

También existe la posibilidad de que las aseguradoras sean responsables civiles directas de los actos delictivos de los menores. Tal y como dispone el art. 63 LORPM, serán responsables civiles directas hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda.

5. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

En materia de extinción de responsabilidad penal del menor hemos de acudir en la mayor parte de los casos al Derecho penal común, por lo que nos remitimos aquí al art. 130 CP y a lo ya dicho en la lección 36. No obstante, más allá de la mención expresa a los efectos del cumplimiento de la medida recogidos en el art. 53 LORPM debemos destacar algunas especificidades relativas al ya mencionado desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito familiar, a la figura de la conciliación entre el menor y la víctima y a los especiales plazos de prescripción de los hechos

delictivos y de las medidas sancionadoras educativas.

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 graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, de modo que deberemos entender que, eliminadas estas últimas de nuestro sistema penal, esta posibilidad se extiende a los delitos leves. 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 faltas —de nuevo deberemos entender que se incluyen los delitos leves— teniendo en cuenta la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, especialmente la ausencia de violencia o intimidación graves y que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico. Se abre pues una triple posibilidad de sobreseer el expediente.

Cumplida la actividad educativa, la conciliación o los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado, o en estos dos últimos supuestos si no fueran posibles por causas ajenas a la voluntad del menor, 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

El régimen de la prescripción en el ámbito del Derecho penal juvenil se aparta del Derecho penal común. La prescripción de los hechos delictivos cometidos por menores y de las medidas sancionadoras educativas impuestas se recoge en el art. 15 LORPM.

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 pena de prisión igual o superior a quince años:
Se siguen las reglas generales contenidas en el Código penal.

- b) Delitos graves sancionados en el Código penal con pena superior a diez años: Prescriben a los cinco años.
- c) Resto de delitos graves: Prescriben a los tres años.
- d) Delitos menos graves: Prescriben al año.

De nuevo nos encontramos con una laguna legal en cuanto al plazo de prescripción de los delitos leves; la LORPM sigue refiriéndose a las faltas, que prescriben a los tres meses, pero nada dice de la nueva categoría de infracciones penales. En este punto deberemos entonces aplicar la regulación del Código penal que, como sabemos, tiene carácter supletorio, solución en cualquier caso insatisfactoria.

5.3.2. La prescripción de las medidas sancionadoras educativas

De acuerdo con el art. 15.2 LORPM 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.

Cuando las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio se impongan a inimputables o semiimputables y por tanto concurren con carácter de auténtica medida de seguridad los plazos serán los mismos.

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. Como solía ocurrir en el ámbito del *civil law*, en los países de tradición continental, frente a la postura del *common law*, de los países angloamericanos, se partía del postulado *societas*

delinquere non potest o, expresado de otra manera, *universitas delinquere nequit*.

La inexistencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas se apoya en argumentos de carácter dogmático, mientras que las posturas favorables suelen hacer alusión, más bien, a argumentos utilitarios. Así, siempre se ha señalado que la responsabilidad de las personas jurídicas no se ajusta a las categorías del delito que hemos ido viendo (acción/omisión, dolo/imprudencia, culpabilidad); igualmente, existiendo ya sanciones administrativas y consecuencias accesorias, no resulta necesario acudir a la responsabilidad penal; se alude, una y otra vez, a la infracción de principios básicos del Derecho penal actual (principio de culpabilidad, principio de *non bis in idem*, principio de personalidad de las penas, presunción de inocencia), señalándose que dicha responsabilidad obliga a crear una teoría jurídica del delito propia para las personas jurídicas. Frente a ello se señala que precisamente la existencia de una responsabilidad administrativa pone de relieve que es posible concebir su responsabilidad penal que, además, supondría igualar la existencia de derechos y deberes de las personas jurídicas; también se pone de relieve siempre que la exigencia de responsabilidad penal es un instrumento básico en la lucha contra la impunidad, pues facilita considerablemente la tarea dirigida a acabar con las fórmulas para esquivar la responsabilidad; en esta misma línea también se destaca que la empresa actúa como un factor criminógeno —provocador de delitos— en el ámbito de los delitos económicos y, en definitiva, que el Derecho penal permite una adecuada prevención y lucha contra la delincuencia organizada.

II. EL PERÍODO 1995-2010: CAMBIO DE TENDENCIA

El Código penal de 1995 no introdujo, en un primer momento, cambios radicales en el panorama expuesto de tal modo que mantuvo la tradicional incapacidad de las personas jurídicas de ser penalmente responsables. Con todo, había elementos que permitían vislumbrar — más allá de los pronunciamientos doctrinales favorables— un cambio de tendencia. Podemos sintetizarlo en dos puntos:

1º. 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». Lo relevante no es el establecimiento de

medidas como tal, pues ya podían encontrarse dispersas en la regulación de determinados delitos, sino su previsión con carácter general, esto es, la superación del modelo de referirse a las mismas solo en la Parte especial.

Decía el art. 129 CP:

«1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades; operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

La denominación de «consecuencias accesorias», dio lugar a una intensa polémica doctrinal sobre su naturaleza jurídica: desde los que las consideraban auténticas «penas» a los que creían que se trataba de medidas de naturaleza administrativa, sin pertenecer, por tanto, al Derecho penal en sentido estricto.

En todo caso, no debemos olvidar que la imposición de una de estas consecuencias accesorias exigía la previa declaración de la responsabilidad penal de una persona física.

2º. Solidaridad en el pago de las penas de multa (actuaciones en lugar de otro)

En el año 2003, la reforma del Código penal por la LO 15/2003 supone la introducción, en el art. 31 —que se ocupaba y ocupa de regular un problema de autoría, las denominadas «*actuaciones en nombre de otro*»— de un número 2, que establecía el pago solidario de las multas en estos casos en que se produce una actuación en nombre de otro.

Dicho artículo decía: «**2.** *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia alguna pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó*».

Como se desprende de la mera lectura del precepto, la responsabilidad es directa y solidaria.

Estos dos aspectos se vieron como expresión de un cambio de actitud del legislador hacia la posibilidad de considerar responsables penalmente a las personas jurídicas.

III. LA LO 5/2010 Y LAS MODIFICACIONES DE LA LO 1/2015: LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La tendencia legislativa culminó con la reforma del Código penal que realizó la LO 5/2010, de reforma del Código, que entró en vigor, en los aspectos que ahora nos interesan, el 23 de diciembre de ese mismo año. Es el modelo que, con las modificaciones introducidas especialmente por la LO 1/2015, de 30 de marzo, sigue vigente, por lo que merece tener en cuenta esbozar sus rasgos básicos.

1. CUESTIONES GENERALES: EL PLANTEAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

Pese a no estar obligado a ello, 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 en el art. 31 bis CP y se previeron penas para las mismas en el art. 33.7 CP. La situación no ha cambiado, pues, al margen de otros aspectos que estudiaremos, el legislador ha distribuido el contenido del antiguo art. 31 bis CP, con sus cinco apartados, en distintos preceptos (arts. 31 ter, quater y quinquies CP que no suponen modificaciones esenciales) sin haber realizado cambios importantes en el sistema de penas.

2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA

Sin perjuicio de análisis posteriores, ya podemos señalar que se trata de una responsabilidad penal *sui generis* (BOLDOVA PASAMAR), pues:

— Se reconoce la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, pero es necesario que una persona física cometa el delito. Se plantea el problema, por tanto, de si estamos ante supuestos de autorresponsabilidad (responsabilidad por la propia conducta —un defecto de organización de la propia persona jurídica—) o de heterorresponsabilidad (responsabilidad por la conducta ajena —la persona jurídica responde por el hecho realizado por las personas físicas—).

Art. 31 bis. «**1.** En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

En nuestra doctrina se discutía (y se seguirá discutiendo) si el modelo utilizado por el legislador español se corresponde con el modelo de transferencia de responsabilidad, con un modelo de propia responsabilidad de la persona jurídica o mixto. Si atendemos a la dicción literal de los arts. 31 bis y siguientes, parece difícil negar que se parte de un modelo de transferencia (el injusto cometido por las personas con poder de mando o por los empleados se imputa a la persona jurídica en determinadas condiciones). Ahora bien, la importancia concedida a los programas de prevención del delito (*compliance*) nos inclina a pensar que se trata de un modelo mixto (o, como señalábamos anteriormente, *sui generis*).

Efectivamente, el art. 31 bis CP establece lo siguiente en sus apartados 2 y 4:

«2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª. el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2ª. la supervisión del funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3ª. los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención y

4ª. no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

«4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo».

— La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de la persona física, por mucho que sea necesario que haya una persona física que cometa el delito.

Así se puede ver claramente en lo que dispone el art. 31 ter del Código:

«1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o

funciones aludidos en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. *La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente».*

— La responsabilidad de la persona física y de la persona jurídica puede coexistir.

Basta tener en cuenta lo dispuesto en el art. 31 ter CP para la modulación de la pena de multa, que acabamos de ver, para comprobar esta posibilidad de coexistencia de responsabilidades.

— Se trata de una responsabilidad limitada a determinados delitos, en cuanto nuestro legislador ha establecido un sistema de *numerus clausus* (solo puede castigarse en los casos en que así se ha establecido expresamente).

Recordemos que el art. 31 bis CP comenzaba señalando, precisamente, que las personas jurídicas serán penalmente responsables «en los supuestos previstos en este Código».

— 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 derechos, llegando hasta la disolución.

3. LA SITUACIÓN EN DERECHO COMPARADO EUROPEO

Como ya hemos señalado anteriormente, la situación tradicional prácticamente podía vincularse con dos de los sistemas jurídicos básicos del mundo: 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.

Sin embargo, reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas no supone más que dejarse llevar por una tendencia en el Derecho comparado.

En este momento, Reino Unido, Francia, Austria, Bélgica, Finlandia, Holanda, Irlanda, Polonia, Portugal, Suiza, Suecia y Noruega reconocen responsabilidad penal a las personas jurídicas, mientras que solo Alemania, Italia (con matices) y Grecia no la reconocen.

Es necesario tener presente que ningún tratado internacional obliga a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pese a que el legislador se suele escudar en la existencia de este tipo de tratados, lo cierto es que. los mismos obligan a establecer responsabilidad en el caso de personas jurídicas, sin que sea necesario que la misma sea penal —podría ser suficiente con una responsabilidad administrativa—.

IV. ASPECTOS BÁSICOS DEL MODELO VIGENTE

1. PERSONAS JURÍDICAS RESPONSABLES

Pese a lo que podría pensarse, no toda persona jurídica puede ser penalmente responsable conforme al Código penal español.

En los arts. 31 bis a 31 quinquies, 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 que excluyen la posibilidad de aplicar el régimen introducido. 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.

Así, el art. 129 CP, al regular las consecuencias accesorias se refiere a entidades que «*por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código*», de manera que nota esencial de las entidades que puedan incluirse en el art. 31 bis y siguientes del Código será que tengan personalidad jurídica.

Da igual, en definitiva, la forma que se adopte (sociedad, asociación, fundación, empresa), siempre que se goce de personalidad jurídica — para las diferencias entre los presupuestos de aplicación de las medidas del art. 129 CP y de las penas del art. 33.7 CP véase lo dicho en la lección 35—.

Sin embargo, tampoco cualquier entidad con personalidad jurídica puede ser penalmente responsable. Nuestro legislador ha decidido excluir de este régimen a determinados entes: Art. 31 quinquies: «**1.**

Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas».

Finalmente, la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha modificado el régimen de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, que pasan a poder ser penalmente responsables siempre. La diferencia con el régimen anterior es que, en principio, solo les serán aplicables las penas de multa o intervención judicial; solo «*cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal*», se elimina dicha limitación penológica (art. 31 quinquies 2 CP).

La redacción original del precepto excluía su responsabilidad salvo que los tribunales apreciaran que se trataba de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Igualmente, hay que tener en cuenta que, en un primer momento, se excluía la responsabilidad penal de partidos políticos y sindicatos, pero la LO 7/2012, de 27 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, dio nueva redacción al art. 31 bis 5 párrafo 1º, eliminando a los partidos políticos y sindicatos que, por tanto, sí podrán ser penalmente responsables.

Sintetizando la regulación legal, podemos decir que hay dos grandes grupos de personas jurídicas exentas:

- Entidades de Derecho público y asimilados (Estado; administraciones públicas territoriales e institucionales; organismos reguladores; organizaciones internacionales de Derecho público).
- Entidades estatales mercantiles y ejercientes privados de funciones públicas (agencias y entidades públicas empresariales; organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas).

2. IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LA PERSONA

JURÍDICA

2.1. Delitos en los que se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como hemos mencionado, nuestro legislador ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas para un catálogo cerrado de delitos, esto es, estamos ante un sistema de *numerus clausus*, de forma que solo puede haber responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos de los delitos que específicamente lo indiquen. Tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, son los siguientes:

- Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis CP).
- Trata de seres humanos (art. 177 bis CP).
- Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis CP).
- Descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies CP).
- Estafas (art. 251 bis CP).
- Frustración de la ejecución (art. 258 ter CP).
- Insolvencias punibles (art. 261 bis CP).
- Daños (art. 264 quater CP).
- Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y los consumidores y de corrupción en los negocios (art. 288 CP).
- Blanqueo de capitales (art. 302 CP).
- Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP).
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis CP).
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP).
- Delitos contra la ordenación del territorio (art. 319 CP).
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328 CP).
- Contaminación o exposición a radiaciones ionizantes (art. 343 CP).
- Delitos de riesgo producidos por explosivos y otros agentes (art. 348 CP).
- Delitos contra la salud pública (arts. 366 y 369 bis CP).
- Falsificación de moneda (art. 386 CP).
- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis 1 CP).
- Cohecho (art. 427 bis CP).
- Tráfico de influencias (art. 430 CP).
- Incitación al odio y la violencia (art. 510 bis CP).
- Terrorismo (art. 576 CP).

A ellos hay que añadir los delitos de contrabando, a tenor de la reforma que la LO 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de represión del contrabando, realizó en el artículo 2.6 de esta última.

2.2. Delito cometido por cuenta y en beneficio de la persona jurídica

Como se deduce de la redacción del art. 31 bis. 1 a) y b) CP, los delitos deben cometerse por cuenta y en beneficio (directo o indirecto) 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.

Respecto a que la actuación tenga lugar en beneficio de la persona jurídica, hay que señalar que el beneficio puede ser directo (una manera de obtener un beneficio empresarial) o indirecto (como, por ejemplo, un ahorro de costes).

2.3. Vías de imputación

Más allá de los dos requisitos vistos, 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

Se trata de la primera vía prevista por el art. 31 bis 1 CP, al sancionar 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, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.

En la redacción originaria, el Código Penal solo hacía mención a los representantes legales y a los administradores de hecho o de derecho, lo que planteaba algunos problemas de interpretación. Ahora, con la reforma efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se destaca lo que es el aspecto esencial: el poder de decisión (administración o dirección) dentro de la persona jurídica o el desempeño de tareas de organización y control dentro de la misma. Estos aspectos ponen de manifiesto que el poder de administración y dirección del sujeto dentro de la persona jurídica (ya sea individualmente, ya como miembro de un órgano colegiado) es lo determinante.

El verdadero problema que se planteaba es si era suficiente ese poder de dirección u organización, o debía exigirse también un defecto de

organización de la persona jurídica que fuese el que posibilitase la comisión del delito, requisito al que, como tal, solo se hace referencia al hilo de la responsabilidad de los delitos cometidos por empleados. Para algunos autores era necesario exigir siempre ese defecto de organización de la persona jurídica, pues el principio de culpabilidad excluye la responsabilidad objetiva.

La reforma, siquiera de forma negativa, viene a avalar esta interpretación pues aunque no se exige el defecto de organización expresamente, la existencia de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza, o que reduzcan significativamente el riesgo de su comisión, excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El preámbulo de la LO 1/2015 señala, precisamente, que «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ..., con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del "debido control" cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial...».

B) Comisión por parte de empleados

El segundo supuesto en que podemos imputar el delito a la persona jurídica es el caso en que el delito es cometido por una persona sometida a la autoridad de las personas vistas, que ha podido realizar los hechos porque aquellos han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso en cuestión.

En este supuesto no se plantean dudas sobre la necesidad de que haya existido un defecto de organización que haya permitido la comisión del delito. Más allá de la propia referencia en el texto legal al incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, el propio Código vuelve a excluir 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 que fue cometido o que redujese significativamente el riesgo de su comisión.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que pese a que el precepto parece consagrar la responsabilidad de la persona jurídica solo en los supuestos de incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, finalmente no es así. La modificación de la regla 2ª

del art. 66 bis CP admite responsabilidad —si bien limitando la duración de las penas que podrán imponerse pues tendrán una duración máxima de dos años— en supuestos en que el incumplimiento de dichos deberes no tenga carácter grave.

Más allá de la criticable técnica legislativa. pues no parece lógico ampliar la responsabilidad al regular la determinación de la pena, tampoco se aprecia la necesidad de acudir al Derecho penal en estos supuestos. La punición debería haberse limitado, por tanto, al aprovechamiento de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por los encargados de los mismos.

2.4. Defecto de organización: la exclusión de la responsabilidad en caso de existencia de determinados modelos de organización y gestión

La LO 1/2015, de 30 de marzo. ha dejado claro que es necesaria la existencia de un defecto de organización para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, tanto en el caso de los delitos cometidos por las personas con poder de representación o dirección como por los empleados sujetos a la supervisión, vigilancia y control por parte de dichas personas. Más allá del tenor literal del Código en los casos de delitos cometidos por empleados, si la existencia previa a la comisión del delito de un modelo de organización y gestión de determinadas características excluye la responsabilidad de las personas jurídicas, puede concluirse que la existencia de un defecto de organización (que precisamente excluirían los modelos a los que estamos haciendo referencia) es una condición necesaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, no cualquier modelo es suficiente, por lo que el propio Código se ocupa de señalar las características que debe reunir, además de distinguir entre los delitos cometidos por las personas con poder de representación y dirección y los delitos cometidos por los empleados.

Estos 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, al menos, reducir significativamente el riesgo de su comisión. Para ello, el art. 31 bis 5 CP establece que deben cumplir los siguientes requisitos, que podemos clasificar así (SÁNCHEZ MELGAR):

1. Objetivo: Identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
2. Funcional: Establecimiento de los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de las personas jurídicas, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

3. Económico: Dotación de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Informativo: Imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. Sancionador: Establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
6. Dinámico: Verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios. Dadas las diferencias entre la comisión de los hechos por las personas con poder de dirección y representación y los empleados, el Código establece condiciones adicionales para excluir la responsabilidad cuando se trate de un delito cometido por los primeros. Así, en dichos casos, es necesario, además, que:
 - a) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado se haya confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.
 - b) Esta exigencia, sin embargo, puede obviarse en el caso de personas jurídicas de pequeñas dimensiones pues en este caso el propio órgano de administración puede asumir directamente estas funciones de supervisión. Por personas jurídicas de pequeñas dimensiones hay que entender, tal y como señala el propio Código penal, *«aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada»*.
 - c) Los autores individuales deben cometer el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención.
 - d) No debe haberse producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano que tiene encomendadas las mismas.

Por último, es importante tener en cuenta que en caso de que se produzca una acreditación solo parcial de las circunstancias descritas, deberá tenerse en cuenta a efectos de atenuar la pena, hayan cometido el delito las personas con poder de dirección y

representación o los empleados.

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, como resulta claramente de las previsiones del art. 31 ter en sus apartados 1 y 2 CP que transcribimos anteriormente.

No cabe duda de la independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la responsabilidad de la persona física, pues 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.

Es más, las circunstancias que afecten a la culpabilidad o que agraven la responsabilidad de la persona que haya realizado materialmente los hechos o que haya hecho posible dicha realización por no ejercer el control debido no se aplican a la persona jurídica.

El legislador quiere dejar claro el carácter propio y autónomo de la responsabilidad de la persona jurídica, pues si bien el delito deberá ser cometido por una persona física, no se exige la condena de esta —ni siquiera es necesario que se conozca quién es—, de forma que podrá haber responsabilidad exclusiva de la persona jurídica o responsabilidad de la persona jurídica y de la persona física —supuesto de coexistencia relevante, por ejemplo, para la determinación de la pena de multa—.

3. LA PENALIDAD EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS

3.1. Penas aplicables y sus especialidades

Como ya dijimos, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas llevó consigo, como no podía ser de otra manera, la previsión de penas para las mismas. Dice así el art. 33.7 CP, que no se ha visto afectado por la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo: *«Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:*

- a) *Multa por cuotas o proporcional.*
- b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*
- c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá*

- exceder de cinco años.*
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
 - e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
 - f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
 - g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa».

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, en su caso.

Puede imponerse tanto conforme al sistema de cuota (días multa) o puede ser una multa proporcional. En ambos casos el legislador establece algunas modificaciones respecto al régimen común aplicable a las personas físicas penalmente responsables.

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 (art. 50.3 CP).

Por otro lado, se modifica la cuota diaria que en estos casos tendrá un mínimo de 30 euros y un máximo de 5.000 (art. 50.4 CP).

B) Multa proporcional

La cuantía de la misma debe determinarse con base en el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida. Ahora bien, 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 (art. 52.4 CP):

- Si la pena de prisión prevista es de más de 5 años, la multa será de 2 a 5 años.
- En el caso en el que la pena de prisión prevista sea de más de 2 años y hasta 5 años, la multa será de 1 a 3 años.
- En el resto de los casos, la multa será de 6 meses a 2 años.

C) Posibilidad de fraccionamiento del pago

En el art. 53.5 CP se prevé la posibilidad de un fraccionamiento del pago de la multa impuesta a la persona jurídica cuando la cuantía de la sanción ponga probadamente 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, voluntariamente o por vía de apremio, 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:

Debemos recordar que, tal y como prescribe el art. 31 ter 1 CP, si como consecuencia de unos mismos hechos se impone una pena de multa tanto a la persona física como a la persona jurídica, hay que modular las cuantías de las mismas «*de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos*».

3.1.2. Disolución [art. 33.7.b) CP]

Esta pena, la más grave de las que se pueden imponer, supone la pérdida definitiva de la personalidad jurídica y de la capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o de llevar a cabo

cualquier clase de actividad, incluso aunque fuese lícita.

3.1.3. Suspensión de las actividades por un plazo no superior a 5 años [art. 33.7.c) CP]

En este caso debe cesar temporalmente cualquier tipo de actividad que realice la persona jurídica.

La suspensión se puede decretar también como medida cautelar (art. 33.7, último párrafo CP).

3.1.4. Clausura de locales y establecimientos por un plazo de hasta 5 años [art. 33.7.d) CP]

También es posible su adopción como medida cautelar (art. 33.7 último párrafo CP).

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 [art. 33.7.e) CP].

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 [art. 33.7.f) CP].

3.1.7. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores

Es una pena temporal, siendo su duración máxima de 5 años [art. 33.7.g) CP].

La intervención puede ser total o parcial y puede modificarse o suspenderse en cualquier momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. Además, el juez o tribunal debe, ya sea en la sentencia, ya en auto motivado posterior, fijar exactamente el contenido de la intervención, determinando quién se hará cargo de la misma y los plazos en que deben realizarse los informes de seguimiento.

También es posible su adopción como medida cautelar (art. 33.7 último párrafo CP).

3.2. La aplicación y determinación de la pena

Como ya hemos señalado, la pena de multa es la pena básica de nuestro sistema. Sin embargo, hemos visto que existen otras penas. Para poder imponerlas, 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

Tal y como dispone el art. 66 bis 1 CP, para imponer una de las penas reguladas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP —todas menos 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, especialmente, 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.

Dado el carácter temporal de estas penas —salvo, claro está, de la pena de disolución [art. 33.7.b) CP]—, el legislador señala que su duración 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 (art. 66 bis 2, primer párrafo CP).

Igualmente, debemos recordar que, como ya pudimos ver, el legislador ha introducido una modificación en este art. 66 bis 2 CP, que establece que en los supuestos de delitos de la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis CP (los cometidos por subordinados), si la responsabilidad deriva de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas (las interdictivas) tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

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 (art. 66 bis párrafo 2 CP).

- a) Cuando la persona jurídica sea reincidente: deberemos aplicar las reglas generales (art. 22.8 CP).
- b) Cuando la persona jurídica se utilice instrumentalmente para cometer delitos. De cara a la concreción de este requisito señala el Código que se entenderá que hay utilización instrumental *«siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal»*, lo que supone un intento de concreción, aunque el resultado siga siendo excesivamente indeterminado.

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 5 años, así como para decretar la disolución o la prohibición de actividades con carácter permanente, debe concurrir cualquiera de las siguientes circunstancias (art. 66 bis 2 párrafo tercero CP):

- a) Que la persona jurídica sea multirreincidente (art. 66.5 CP).
- b) Utilización instrumental de la persona jurídica para cometer delitos, teniendo en cuenta una vez más la fórmula ya vista.

3.2.2. *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*

La determinación de la pena sigue el régimen general, más allá de las especialidades que acabamos de ver. Así, el propio legislador señala que deben tenerse en cuenta las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del art. 66 CP. Por tanto, el sistema visto para las personas físicas —estudiado en la lección 32— es válido también aquí, pese a los matices que vamos a exponer.

Nuestro legislador, en el art. 31 bis 4 CP, señala que 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 [art. 31 bis 4.a) CP]: haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. Coincide, básicamente, con la circunstancia del art. 21.4 CP, de modo que nos remitimos a lo allí dicho (lección 24).
- b) Colaboración [art. 31 bis 4.b) CP]: haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Reparación [art. 31 bis 4.c) CP]: haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. Coincide igualmente con la del art. 21.5 CP, por lo que también nos remitimos a lo allí dicho (lección 24).
- d) Adopción de medidas preventivas [art. 31 bis 4.d) CP]: haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Igualmente, debemos recordar que, si las circunstancias que excluían la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo se podían

acreditar parcialmente, dicha circunstancia debe ser valorada a efectos de atenuación de la pena (art. 31 bis 2.4 último párrafo y 31 bis 4 párrafo 2º CP).

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Tras la reforma por LO 5/2010, de 22 de junio. el art. 116.3 CP establece que la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110 CP de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.

Este precepto es consecuencia lógica de la reforma de 2010 que establece la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Si la persona jurídica resulta penalmente responsable de la infracción penal, lo será también civilmente y de manera directa en los mismos términos que la persona física —cuestión que fue analizada en la lección 35—. Es conveniente recordar que la persona jurídica puede resultar penalmente responsable sin necesidad que ninguna persona física resulte condenada.

Por otro lado, el art. 116.3 CP ahora analizado obviamente no se refiere a los supuestos en que la persona jurídica, sin ser penalmente responsable, es responsable civil subsidiaria por hechos delictivos cometidos por personas físicas en su seno o a través de las mismas (ver apartados 2º, 3º, 4º y 5º del art. 120 CP —sobre estos supuestos véase lo dicho en la lección 35—).

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 tales entidades dada la particularidad que las mismas presentan respecto de las personas físicas.

En este sentido. el presente apartado pretende dar respuesta a dos cuestiones:

- Por un lado, determinar hasta qué punto las causas que extinguen la responsabilidad penal de las personas físicas que han sido analizadas en la lección 36 producen el mismo efecto respecto de las personas jurídicas.
- Por otro, examinar las particularidades que, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introdujo la LO 5/2010, de 22 de junio, 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 procede pues a comprobar en qué medida las denominadas causas «tradicionales» de extinción de la responsabilidad penal que el art. 130.1 CP prevé para las personas físicas, resultan de aplicación a las personas jurídicas. A este respecto, se puede decir que algunas de tales causas resultan plenamente aplicables a las personas jurídicas en el sentido de que su concurrencia extinguiría la responsabilidad penal de tales entidades.

Así, el cumplimiento de la condena, la prescripción de la infracción penal y la prescripción de la pena tendrían el referido efecto (ver, respectivamente, apartados 2º, 6º y 7º del art. 130.1 CP).

Por su parte, existen otras causas que no pueden ser aplicables para determinar la extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En este sentido se destacan las siguientes:

1. La muerte del reo (art. 130.1.1 CP) que se refiere a la muerte física de la persona cuyo paralelismo respecto de la persona jurídica se podría encontrar en la disolución de la misma, cuestión esta que indirectamente abordó, junto con otras, la reforma de LO 5/2010 en el art. 130.2 CP como habrá ocasión de comprobar.
2. Tampoco la remisión de la pena tras el vencimiento del plazo de suspensión de la ejecución de la misma y habiéndose cumplido todas las condiciones a las que se sometió dicha suspensión, según se establece en el art. 87 CP (art. 130.1.3 CP). Ello porque la suspensión solo es aplicable respecto de las penas privativas de libertad que solo se pueden imponer, por su propia naturaleza, a la persona física.
3. De acuerdo con el art. 31 bis 1 CP, las personas jurídicas solo pueden ser penalmente responsables respecto de los delitos en los que expresamente se establezca esa posibilidad y ninguno de los delitos que contempla el perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal contiene en su regulación semejante previsión. Es por ello que este instituto, como causa de extinción de la responsabilidad penal del art. 130.1.5 CP, no resulta aplicable a las personas jurídicas.

Por último, la doctrina expresa sus dudas sobre la posibilidad de aplicar el indulto como causa de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunos muestran sus reservas al respecto esgrimiendo que esta institución fue concebida para ser aplicada a las personas físicas, pero lo cierto es que este argumento no resulta muy convincente si tenemos en cuenta que hasta la reforma de 2010 la

práctica totalidad de las normas que constituían la parte sustantiva del Derecho penal español estaban concebidas igualmente para la persona física. Con independencia de la opinión que se pueda albergar sobre este particular, lo cierto es que nada en la regulación positiva del indulto impide, al menos de manera expresa, que el mismo se pueda solicitar para extinguir la responsabilidad penal de una persona jurídica.

5.3. Causas de extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de 2010

La naturaleza de la persona jurídica permite que esta, a diferencia de la física, se transforme, se fusione, se escinda o sea absorbida por otra persona jurídica. Tales operaciones pueden provocar una mutación total o parcial de su personalidad jurídica aparente pues su esencia material puede subsistir. A grandes rasgos se puede decir que la entidad material de la persona jurídica subsiste bajo el nuevo nombre que haya adquirido en caso de transformación, se divide en el caso de la escisión, se mezcla con la existencia material de otra persona jurídica en el caso de la fusión o absorción.

Semejantes procesos no son posibles, al menos no legalmente, en el caso de la persona física, que mantiene su identidad desde el nacimiento hasta la muerte. Por ello y para evitar que este tipo de operaciones puedan burlar la responsabilidad penal en que las personas jurídicas hayan incurrido, la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo una serie de reglas aplicables solo a las mismas.

Así, según establece el primer párrafo del art. 130.2 CP: *«La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella».*

Por otro lado y con el mismo propósito apuntado, el legislador de 2010 dispuso que la disolución aparente o encubierta de la persona jurídica no extingue la responsabilidad penal, entendiendo que tal disolución se da cuando la persona jurídica continúa su actividad económica y mantiene la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos (ver párrafo segundo del art. 130.2 CP).

Que el vigente Código penal establezca que la disolución aparente de la persona jurídica no extingue su responsabilidad penal puede interpretarse, *a sensu contrario*, como indicativo de que la disolución real o material de la misma sí produce dicho efecto del mismo modo

que la muerte, salvando las distancias, extingue la responsabilidad penal de la persona física. El principio de personalidad de las penas resulta de aplicación a este respecto. La persona jurídica penalmente responsable es, al igual que la física, el único sujeto de quien se puede predicar la responsabilidad penal y el único sujeto que puede cumplir la pena que se deriva de la misma. Esa responsabilidad penal no puede trasladarse a otros sujetos por lo que la disolución real o material de la persona jurídica extingue la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir. Por todas estas razones algunos consideran que la disolución real de la persona jurídica debería contemplarse expresamente dentro del catálogo de causas de extinción de la responsabilidad penal del art. 130.1 CP.

El problema es que el legislador de 2010 no definió en qué consiste la disolución real de la persona jurídica sino que se limitó a describir su contrario: la disolución aparente. Tampoco la LO 1/2015, de 30 de marzo, pese a modificar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha incidido sobre el aspecto analizado.

Teniendo en cuenta la descripción que la ley vigente da de la disolución aparente (ver segundo párrafo del art. 130 CP), se podría decir que la disolución real implica un cese definitivo de la actividad económica de la persona jurídica que no mantiene ni a sus clientes, ni a sus proveedores, ni a sus empleados.