

**Francisco Muñoz Conde  
Mercedes García Arán**

# **Derecho Penal**

## **Parte General**

8ª edición, revisada y puesta al día



**tirant lo blanch  
libros**

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

MERCEDES GARCÍA ARÁN  
Catedrática de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Barcelona

# DERECHO PENAL

## PARTE GENERAL

8ª edición, revisada y puesta al día

**tirant lo blanch**

Valencia, 2010

Copyright © 2010

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com) (<http://www.tirant.com>).

© FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
MERCEDES GARCÍA ARÁN

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPOSITO LEGAL: BI-  
I.S.B.N.: 978-84-9876-921-0  
IMPRIME: Gráficas Díaz Tuduri, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

## PRÓLOGO A LA 8ª EDICIÓN

*La presente edición obedece, fundamentalmente, a la necesidad de actualización originada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que ha modificado ampliamente el Código penal afectando a varios temas importantes de su Parte General. Una de las reformas más relevantes se centra en la declaración y regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siguiendo directrices de la Unión Europea y orientaciones ya presentes en el Derecho comparado, lo que introduce en nuestro Ordenamiento una nueva forma de imputación penal que, por sus especiales características, se analiza en un capítulo independiente ubicado al final de esta obra.*

*Pero, junto a esta modificación en línea modernizadora, la reforma de la Parte General ha caído una vez más en la respuesta endurecedora y restrictiva de derechos, motivada por la explotación de la alarma que generan algunos casos aislados, pero que altera las normas generales pudiendo alcanzar a otros muchos. Así, la excarcelación de algunos delincuentes sexuales y terroristas después de cumplir largas condenas ha propiciado la introducción de la medida de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena, con la que puede prolongarse la privación de derechos aun después de extinguirse penas de muy larga duración. En la misma línea se encuentra la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, sólo aplicable a los que se cometan a partir de ahora, por lo que su efectividad sólo se comprobará dentro de, al menos, veinte años, tiempo tras el que hubieran prescrito de no aprobarse esta reforma. En uno y otro caso se lanzan mensajes punitivistas con los que saciar coyunturalmente las exigencias de la opinión pública, pero cuyos efectos reales se producirán dentro de tantos años, que nadie está ahora en condiciones de afirmar cuáles serán —para entonces— las necesidades político criminales, ni siquiera cómo será nuestro Código penal. Y ello al coste de renunciar a la mejora de las políticas de reinserción.*

*También se expanden las consecuencias penales, con la aplicación del comiso del vehículo de motor o ciclomotor en todos los delitos contra la seguridad del tráfico vial, incluida la conducción sin permiso de conducir, y la recuperación del comiso en los delitos imprudentes, que el Código penal de 1995 había suprimido correctamente porque los tradicionales fines del comiso casan mal con la naturaleza de estos*

*delitos. Por otra parte, asistimos a un nuevo bandazo en materia de expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España, ahora para suavizar ligeramente el sistema anterior que, previamente, había sido endurecido, avatares que reflejan una política considerablemente errática sólo explicable por la voluntad de satisfacer, a un mismo tiempo, tanto la alarma social como las exigencias de aplicación coherente de la ley. Y, en general, como se advierte en los delitos en particular en la Parte Especial y en el incremento de los marcos penales previstos para muchos de ellos, una enorme expansión del Derecho penal que infringe el principio de intervención mínima, su carácter de ultima ratio del Ordenamiento jurídico y el principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas.*

*Todas estas reformas serán, sin duda, abordadas y analizadas por la doctrina penal en trabajos monográficos, por lo que esta edición se mantiene en la línea de proporcionar a los alumnos de Derecho penal los conocimientos conceptuales básicos, suficientes para las exigencias de la asignatura troncal en el Grado de Derecho, pero también manejables en asignaturas incluidas en otras titulaciones. Por todo ello, hemos intentado mantener la mayor claridad y concisión posibles, acudiendo a los párrafos en letra pequeña para ampliar los aspectos más complejos que, en todo caso, pueden ser completados, si es necesario, acudiendo a obras citadas en la Bibliografía general o en la específica de cada capítulo, que también han sido convenientemente actualizadas.*

*Por último, en esta edición se ha revisado totalmente el texto para darle mayor precisión y coherencia general con los nuevos apartados que ahora se incluyen. En esta tarea, hemos contado con la lúcida y eficaz colaboración de los Profesores Titulares de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide, Dres. Carmen López Peregrín, Pastora García Álvarez, Juana Del Carpio Delgado y Alfonso Galán Muñoz. A todos ellos, queremos agradecer muy sinceramente su trabajo.*

Sevilla-Barcelona, julio de 2010

## ABREVIATURAS

<b>Acuerdos</b>	Los Acuerdos de la Sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007), Íñigo Corroza/ Ruiz de Erenchun, Barcelona 2007.
<b>ADC</b>	Anuario de Derecho Civil.
<b>ADP</b>	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
<b>AJ</b>	Actualidad Jurídica.
<b>AJA</b>	Actualidad Jurídica Aranzadi.
<b>AP</b>	Actualidad Penal.
<b>BIMJ</b>	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
<b>Cc</b>	Código civil.
<b>CDJ</b>	Cuadernos de Derecho Judicial.
<b>CE</b>	Constitución Española.
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial.
<b>CJ</b>	Cuadernos Jurídicos.
<b>Cp</b>	Código penal.
<b>CPC</b>	Cuadernos de Política Criminal.
<b>CPI</b>	Corte Penal Internacional.
<b>DJ</b>	Documentación Jurídica.
<b>DP</b>	Doctrina Penal.
<b>EDJ</b>	Estudios de Derecho Judicial.
<b>EJB</b>	Enciclopedia Jurídica Básica.
<b>EPC</b>	Estudios Penales y Criminológicos.
<b>Homenaje a Antón Oneca</b>	Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca 1982.
<b>Homenaje a Bacigalupo</b>	Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Madrid 2004.
<b>Homenaje a Baratta</b>	Serta. In Memoriam Alexandri Baratta, Salamanca 2002.
<b>Homenaje a Barbero</b>	Arroyo Zapatero/ Berdugo Gómez de la Torre (dir.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, Cuenca 2001.
<b>Homenaje a Beristain</b>	Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián 1989.

- Homenaje a Casabó** Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, dos vols., Valencia 1997.
- Homenaje a Casas Barquero** Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, Córdoba 1996.
- Homenaje a Cerezo** La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir, Madrid 2002.
- Homenaje a Cobo** Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Madrid 2006.
- Homenaje a Del Rosal** Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid 1993.
- Homenaje a Díaz Pita** Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita, Valencia 2008.
- Homenaje a Fernández-Albor** Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989.
- Homenaje a González-Cuéllar** Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. *Liber Amicorum* en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García, Madrid 2006.
- Homenaje a Lidón** Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao 2002.
- Homenaje a Mantovani** Estudios jurídicos-penales sobre genética y biomedicina: libro homenaje al Profesor Dr. D. Fernando Mantovani, Madrid 2005.
- Homenaje a Núñez Barbero** Pérez Álvarez (coord.), Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Salamanca 2008.
- Homenaje a Pérez-Vitoria** Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, dos tomos, Barcelona 1983.
- Homenaje a Portero** Los Derechos Humanos. Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García, Granada 2001.

- Homenaje a Rodríguez Devesa** Estudios de Derecho Penal y Criminología. En homenaje al Prof. José María Rodríguez Devesa, dos tomos, Madrid 1989.
- Homenaje a Rodríguez Mourullo** Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid 2005.
- Homenaje a Roxin** Silva Sánchez (edit.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1997.
- Homenaje a Ruiz Antón** Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Valencia 2004.
- Homenaje a Serrano** Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez, Madrid 2006.
- Homenaje a Tiedemann** La reforma de la justicia penal (Homenaje al Prof. Tiedemann), Castellón de la Plana 1997.
- Homenaje a Torío** El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada 1999.
- Homenaje a Valle** Quintero Olivares/ Morales Prats (coord.). El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Pamplona 2001.
- Homenaje a Vives** Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Valencia 2009.
- JD** Jueces para la Democracia.
- LECrím** Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LEP** Ley de Extradición Pasiva.
- LO** Ley Orgánica.
- LOGP** Ley Orgánica General Penitenciaria.
- LOPJ** Ley Orgánica del Poder Judicial.
- LORPM** Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- LOTC** Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.



<b>NEJ</b>	Nueva Enciclopedia Jurídica.
<b>PANCP</b>	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal.
<b>PCP</b>	Proyecto de Código Penal.
<b>PJ</b>	Poder judicial.
<b>RDCirc.</b>	Revista de Derecho de la Circulación.
<b>RDGH</b>	Revista de Derecho y Genoma Humano.
<b>RDP</b>	Revista de Derecho Público.
<b>RDPe</b>	Revista de Derecho Penal.
<b>RDPc</b>	Revista de Derecho Penal y Criminología.
<b>RDPP</b>	Revista de Derecho y Proceso Penal.
<b>RECPC</b>	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
<b>REDC</b>	Revista Española de Derecho Constitucional.
<b>REDM</b>	Revista Española de Derecho Militar.
<b>REIC</b>	Revista Española de Investigación Criminológica.
<b>REP</b>	Revista de Estudios Penitenciarios.
<b>RFDUC</b>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
<b>RFDUG</b>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
<b>RFDUM</b>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
<b>RGD</b>	Revista General del Derecho.
<b>RGDP</b>	Revista General del Derecho Penal.
<b>RGLJ</b>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
<b>RJCat.</b>	Revista Jurídica de Cataluña.
<b>RMF</b>	Revista del Ministerio Fiscal.
<b>RP</b>	Revista Penal.
<b>RPJ</b>	Revista del Poder Judicial.
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional.
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional.
<b>TS</b>	Tribunal Supremo.
<b>UE</b>	Unión Europea.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL<sup>1</sup>

- ÁLVAREZ GARCÍA Y OTROS, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia 2010.
- BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Madrid 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ ARROYO ZAPATERO Y OTROS, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Barcelona 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid 2006.
- CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia 1999.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, 6ª ed., Madrid 2004. *Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid 1998. *Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid 2001.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN/ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona 2007.
- CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte General*, Madrid 2002; *El Derecho penal español. Parte General, Volumen II, Teoría del delito (2)*, Madrid 2009.
- FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, Valencia 1997 (traducción y notas de Muñoz Conde).
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Madrid 2006.
- GRACIA MARTÍN (coord.), *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el nuevo Código penal español*, Valencia 1996.
- GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 3ª ed., Valencia 2004.
- GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Valencia 2006.
- HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona 1984 (traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde).
- HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia 1989.
- HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, Valencia 2001.

---

<sup>1</sup> Salvo alguna obra de especial relevancia, en esta edición se ha optado por suprimir las obras generales anteriores a 1995.

- JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid 1997 (traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo).
- JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, dos vols., Barcelona 1981 (traducción y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde; hay también traducción de la 5ª ed. alemana, Granada 2003).
- LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, 6ª ed., Madrid 2004.
- LANDROVE DÍAZ, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 6ª ed., Madrid 2005.
- LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996.
- LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, Parte General I*, Madrid 1996.
- LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada 2002.
- MAPELLI CAFFARENA, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 4ª ed., Madrid 2005.
- MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, dos vols., Barcelona 1962 (traducción y notas de Córdoba Roda).
- MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, Madrid 1935 (1ª ed., traducción y notas de Rodríguez Muñoz; hay 3ª ed., adicionada y puesta al día por Quintano Ripollés. Hay una reimpresión argentina con una Introducción de Muñoz Conde, publicada en Buenos Aires 2010).
- MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 8ª ed., Barcelona 2008.
- MORALES PRATS/ QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho Penal*, Navarra 2009.
- MORILLAS CUEVA, *Derecho penal, Parte General: fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal*, Madrid 2005. *Tomo II, vol. 1, Teoría Jurídica del Delito*, Madrid 2008.
- MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez 1985.
- MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, 4ª ed., Valencia 2007.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª ed., Valencia 2010.
- ORTS BERENGUER/ GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Valencia 2008.
- QUINTERO OLIVARES (dir.), *Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena*, 2ª ed., Valencia 2009.
- QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código penal*, tres tomos, 5ª ed., Pamplona 2008 (citado por autor).
- RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal, Parte General*, Madrid 2006.

- ROXIN, *Derecho penal, Parte General I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid 1997 (traducido y anotado por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal; hay reimpresión de 2006).
- STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I: el hecho punible*, Madrid 2005.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo I, Parte General*, 5ª ed., Madrid 2008.
- VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 1996.
- VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia 1996.
- WELZEL, *Un nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona 1966 (traducción y notas de Cerezo Mir).
- ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/ PÉREZ ALONSO (coord.) y otros, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Valencia 2004.



# ÍNDICE GENERAL

## PRIMERA PARTE FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

### *Capítulo I*

#### **El Derecho penal objetivo**

- |  |    |
|--|----|
| 1. Derecho penal y control social .....  | 29 |
| 2. Instrumentos del control social jurídico-penal: Derecho penal material y Derecho procesal penal ..... | 31 |
| 3. La norma jurídica penal .....   | 33 |
| A) Estructura de la norma penal .....  | 35 |
| a) Normas penales incompletas .....  | 36 |
| b) Normas penales en blanco (remisión a otro lugar) .....  | 38 |

### *Capítulo II*

#### **El Derecho penal objetivo (cont.)**

- |                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| B) Elementos de la norma penal ..... | 41 |
| a) Delito .....                      | 41 |
| b) Pena .....                        | 46 |
| c) Medidas de seguridad .....        | 51 |

### *Capítulo III*

#### **El Derecho penal objetivo (cont.)**

- |  |    |
|--|----|
| C) Función de la norma penal .....                           | 57 |
| a) Función de protección: el concepto de bien jurídico ..... | 59 |
| b) Función de motivación: norma penal y control social ..... | 61 |

### *Capítulo IV*

#### **El Derecho penal subjetivo**

- |  |    |
|--|----|
| 1. El Derecho penal subjetivo .....  | 69 |
| 2. Principios limitadores del poder punitivo del Estado .....  | 71 |
| A) Principio de intervención mínima .....  | 72 |
| a) La subsidiariedad del Derecho penal: especial consideración del poder sancionatorio de la Administración .....  | 73 |
| b) La relativa dependencia del Derecho penal en sus presupuestos .....   | 77 |
| c) Las consecuencias del principio de intervención mínima en la protección de bienes jurídicos: el concepto de bien jurídico como límite del poder punitivo del Estado ..... | 78 |
| d) Las consecuencias del principio de intervención mínima respecto a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito. El principio de proporcionalidad .....           | 83 |

B) Principio de intervención legalizada: evolución y fundamento ....	85
C) Principio de culpabilidad .....	92

### Capítulo V

#### El principio de legalidad en el Derecho español

1. El carácter constitucional de las garantías contenidas en el principio de legalidad .....	99
2. Principio de legalidad de los delitos y las penas .....	102
A) La reserva de ley. (La exigencia de ley orgánica).....	103
B) El principio de taxatividad y la seguridad jurídica (ley estricta) .....	105
C) La prohibición de retroactividad (la exigencia de ley «previa») .....	107
D) La prohibición de analogía. La analogía «in bonam partem» .....	107
E) El principio «non bis in idem» .....	108
3. Garantía jurisdiccional.....	110
4. Principio de legalidad de la ejecución .....	111
5. Técnicas legislativas y principio de legalidad: las leyes penales en blanco .....	112
6. Fuentes indirectas del Derecho penal: la costumbre, los principios generales del Derecho. El papel de la jurisprudencia .....	115

### Capítulo VI

#### La interpretación de la ley penal

1. Concepto y relevancia .....	121
2. Interpretación y prohibición de analogía.....	122
3. Clases y métodos de interpretación.....	125
A) Clases de interpretación según el sujeto .....	125
B) Clases de interpretación según el método utilizado .....	126
C) Clases de interpretación según el resultado.....	127
Excurso: interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal .....	128

### Capítulo VII

#### Ámbito temporal de la ley penal

1. Promulgación y derogación de la ley penal.....	137
2. Principio de legalidad y prohibición de retroactividad de la ley penal. La sucesión de leyes penales .....	138
3. La retroactividad de la ley penal más favorable .....	140
A) La retroactividad como excepción.....	140
B) La retroactividad en medidas de seguridad, leyes procesales y disposiciones sobre responsabilidad civil.....	143
C) Determinación de la ley más favorable .....	146
D) Eficacia de las leyes intermedias y de las leyes temporales .....	146
4. El momento de realización del delito .....	148

### Capítulo VIII

#### El ámbito espacial de la ley penal

1. Consideraciones generales.....	151
-----------------------------------	-----

2. El principio de territorialidad.....	153
A) Concepto de territorio .....	154
B) El lugar de comisión del delito.....	155
3. Excepciones al principio de territorialidad: la extraterritorialidad de la ley penal.....	157
A) Principio personal.....	157
B) Principio real o de protección .....	159
C) Principio de la justicia universal .....	160
4. La extradición .....	162
A) Conceptos y consideraciones generales.....	162
B) Fuentes .....	163
C) La extradición activa.....	164
D) La extradición pasiva .....	166
5. Derecho de asilo .....	167
6. Derecho internacional penal: especial consideración de la Corte Penal Internacional.....	168
7. Derecho de la Unión Europea: la cooperación judicial .....	169

#### *Capítulo IX*

##### **Ámbito personal de la ley penal**

1. Principio de igualdad ante la ley y prerrogativas.....	175
2. Las inviolabilidades .....	176
A) El Rey .....	176
B) La inviolabilidad parlamentaria .....	177
C) Otras inviolabilidades.....	181
3. La inmunidad parlamentaria.....	181

#### *Capítulo X*

##### **La Ciencia del Derecho penal**

1. La Ciencia del Derecho penal .....	187
A) La Dogmática jurídico-penal .....	189
B) La Criminología.....	192
C) La Política criminal.....	195

## SEGUNDA PARTE TEORÍA GENERAL DEL DELITO

#### *Capítulo XI*

##### **El concepto de delito**

1. El concepto de delito.....	201
2. Elementos y estructura del concepto de delito .....	202
3. Clasificación de los delitos .....	205
4. La Teoría General del Delito como teoría democrática de la imputación penal .....	206



*Capítulo XII***Teoría de la acción**

- |  |     |
|--|-----|
| 1. El comportamiento humano como base de la Teoría del Delito .....        | 213 |
| 2. Formas de comportamiento humano penalmente relevantes .....             | 214 |
| 3. La acción en sentido estricto: el concepto significativo de acción .... | 215 |
| 4. Ausencia de acción .....  | 219 |
| 5. Los sujetos de la acción .....  | 222 |

*Capítulo XIII***Acción y resultado**

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Acción y resultado .....  | 225 |
| 2. Relación de causalidad e imputación del resultado .....   | 226 |
| 3. La teoría de la imputación objetiva. Ámbito de aplicación y límites:<br>remisión a otro lugar ..... | 229 |
| 4. Valoración crítica .....  | 231 |

*Capítulo XIV***La omisión**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Estructura ontológica de la omisión .....  | 237 |
| 2. La acción esperada .....   | 238 |
| 3. Clases de omisión penalmente relevantes .....                                    | 239 |
| 4. La omisión propia .....  | 241 |
| 5. La omisión impropia o comisión por omisión: el art. 11 del Código<br>penal ..... | 241 |

*Capítulo XV***Tipicidad**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Tipicidad y tipo .....   | 251 |
| 2. Tipo y antijuricidad: tipo de injusto .....                        | 252 |
| 3. Tipo y adecuación social .....                                     | 255 |
| 4. Estructura, composición y clasificación de los tipos penales ..... | 256 |
| A) Configuración y redacción de los tipos penales .....               | 256 |
| B) Estructura y clasificación de los tipos penales .....              | 258 |

*Capítulo XVI***El dolo**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Tipo de injusto del delito doloso .....              | 265 |
| 2. El dolo .....  | 267 |
| A) Elementos .....                                      | 268 |
| B) Clases .....   | 270 |
| 3. Error de tipo .....                                  | 275 |
| 4. Otros elementos subjetivos del tipo de injusto ..... | 277 |

*Capítulo XVII***La imprudencia**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Tipo de injusto del delito imprudente .....              | 281 |
| 2. La conducta típica: la lesión del deber de cuidado ..... | 284 |
| A) El concepto de cuidado objetivo .....                    | 284 |

B) El deber subjetivo de cuidado .....	286
C) La lesión del cuidado .....	287
3. El resultado. La imputación objetiva .....	288
4. La regulación de la imprudencia en el Código penal .....	291
5. La exclusión de la responsabilidad objetiva: el caso fortuito y el riesgo permitido .....	293

### *Capítulo XVIII*

#### **Antijuridicidad**

1. Antijuridicidad e injusto: precisiones terminológicas .....	300
2. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material .....	300
3. Los conceptos de lesión y peligro: los delitos de peligro y la tendencia a la expansión del Derecho penal .....	301
4. Desvalor de acción y desvalor de resultado .....	303

### *Capítulo XIX*

#### **Causas de justificación**

1. Causas de justificación. Naturaleza y efectos .....	309
2. Sistemática .....	311
3. Elementos subjetivos de justificación .....	312
4. El error en las causas de justificación .....	313
5. Justificación incompleta y atenuación de la pena .....	317

### *Capítulo XX*

#### **Causas de justificación en particular**

1. La legítima defensa .....	321
A) Fundamento y naturaleza .....	321
B) Requisitos .....	323
Excurso: los mecanismos automáticos de autoprotección .....	327
2. El estado de necesidad .....	328
A) Presupuestos .....	329
B) Requisitos .....	330

### *Capítulo XXI*

#### **Otras causas de justificación**

1. El actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Especial consideración de la obediencia debida .....	337
2. El consentimiento .....	343

### *Capítulo XXII*

#### **Culpabilidad**

1. La culpabilidad .....	349
2. Las insuficiencias del concepto tradicional de culpabilidad .....	350
3. El concepto dialéctico de culpabilidad: culpabilidad y prevención general .....	352
4. Concepto material de culpabilidad: la culpabilidad como teoría del sujeto responsable .....	354

5. Elementos de la culpabilidad .....	357
---------------------------------------	-----

### Capítulo XXIII

#### **Culpabilidad (cont.): imputabilidad o capacidad de culpabilidad**

1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad .....	361
2. Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad (causas de inimputabilidad).....	363
3. La minoría de edad: la relativa imputabilidad del menor de dieciocho años y mayor de catorce .....	363
4. La alteración en la percepción.....	366
5. Las alteraciones psíquicas y los estados de intoxicación.....	367
A) El efecto psicológico .....	367
B) Los presupuestos del efecto psicológico. Su relación con la nosología psiquiátrica .....	369
Excurso: la imputabilidad del drogodependiente.....	372
C) Las consecuencias jurídicas .....	373
6. La «actio libera in causa» .....	375

### Capítulo XXIV

#### **Culpabilidad (cont.): conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de otra conducta**

1. El conocimiento de la antijuricidad.....	381
2. Error de prohibición .....	382
3. La exigibilidad de otra conducta .....	386
4. El llamado estado de necesidad disculpante .....	388
5. Miedo insuperable.....	390
6. El encubrimiento entre parientes .....	392
7. Delincuencia por convicción o por conciencia .....	392

### Capítulo XXV

#### **Penalidad**

1. Otros presupuestos de la pena: la penalidad.....	399
2. Condiciones objetivas de penalidad.....	401
3. Excusas absolutorias .....	401
4. Causas de extinción de la responsabilidad criminal .....	402
A) El indulto .....	403
B) La prescripción .....	404
C) El perdón del ofendido .....	407

### Capítulo XXVI

#### **Consumación y tentativa**

1. Consumación formal y material.....	412
2. Tentativa .....	413
3. Fundamento del castigo de la tentativa.....	414
4. El dolo en la tentativa.....	416
5. La delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos .....	417
6. La distinción tentativa acabada e inacabada .....	419
7. La llamada tentativa inidónea .....	421

8. El desistimiento voluntario de consumir el delito .....	423
9. Casos especiales de tentativa .....	426

### *Capítulo XXVII*

#### **Autoría y participación**

1. Autoría.....	432
A) Diferencias entre autoría y participación .....	433
B) Clases de autoría .....	434
2. Participación.....	439
A) Formas de participación .....	442
B) Problemas especiales de participación: la participación en los delitos especiales .....	447
C) Formas de participación intentada.....	448
3. Problemas de determinación de la autoría en el ámbito de la delincuencia organizada y económica empresarial .....	450
A) La imputación de la autoría en el marco de la criminalidad organizada de carácter estatal o paraestatal .....	450
B) La imputación de la autoría en el marco de las organizaciones criminales de carácter no estatal: el terrorismo contra el Estado, mafias y otras formas de criminalidad organizada.....	452
C) La imputación de la autoría en el marco de organizaciones de carácter empresarial.....	453
4. La autoría en los casos de actuación en nombre de otro .....	455
5. La autoría en los delitos cometidos por procedimientos que faciliten la publicidad.....	456

### *Capítulo XXVIII*

#### **Concurso de delitos y de leyes**

1. Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos) .....	463
2. Unidad de acción y de delito.....	464
3. Unidad de acción y pluralidad de delitos (el llamado concurso ideal) .....	466
4. Pluralidad de acciones y de delitos (el llamado concurso real) .....	468
5. Pluralidad de acciones y unidad de delito: delito continuado y delito masa.....	468
6. Concurso de leyes.....	470

### *Capítulo XXIX*

#### **Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**

1. Teoría general de las circunstancias modificativas .....	477
A) Concepto y relación con la Teoría del Delito .....	477
B) Naturaleza .....	479
C) Efectos.....	480
D) Problemas específicos.....	481
a) Comunicabilidad.....	481
b) Inherencia .....	482
c) Compatibilidad .....	483
2. Las circunstancias atenuantes.....	484

A) Las eximentes incompletas .....	484
B) Las atenuantes ordinarias .....	485
a) Circunstancias que disminuyen la culpabilidad.....	485
b) Comportamientos posteriores al hecho delictivo.....	486
c) La atenuante de dilaciones indebidas .....	487
d) Las atenuantes análogas.....	487
3. Las circunstancias agravantes .....	488
A) Circunstancias objetivas .....	489
B) Circunstancias subjetivas.....	491
4. La circunstancia mixta.....	493

### TERCERA PARTE

#### LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

##### *Capítulo XXX*

##### **Clases de penas**

1. Clasificación de las penas .....	504
A) Clases de penas según su naturaleza.....	504
B) Clases de penas según su gravedad .....	504
C) Penas accesorias .....	505
2. Las penas privativas de libertad .....	506
A) La pena de prisión .....	507
a) La aparición y consolidación de la prisión como pena.....	507
b) La crisis de la pena de prisión. Penas largas y cortas .....	509
c) La pena de prisión en el Código penal español .....	512
B) La localización permanente .....	513
C) La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa .....	514
3. Las penas privativas de derechos .....	515
A) Consideraciones generales.....	515
B) Inhabilitaciones y suspensiones .....	516
C) El trabajo en beneficio de la comunidad .....	518
D) Otras penas privativas de derechos. Prohibiciones relacionadas con la víctima.....	520
4. La pena de multa.....	520
A) Consideraciones generales.....	520
B) La pena de multa en el Código penal español.....	522
a) El sistema de días-multa.....	522
b) La multa proporcional.....	524
C) El impago de la multa .....	524
5. Excurso: la pena de muerte .....	525

##### *Capítulo XXXI*

##### **La determinación de la pena**

1. Concepto, sistemas y fases de la individualización de la pena.....	531
2. La pena abstracta y la elección del grado de pena.....	535
A) Supuestos .....	536
B) La pena inferior o superior en grado.....	538

3. La pena concreta.....	539
A) Cuestiones generales sobre la estimación de las circunstancias...	539
B) Reglas de aplicación de la pena en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad.....	540
a) Concurrencia de circunstancias atenuantes.....	540
b) Concurrencia de circunstancias agravantes.....	540
c) Concurrencia conjunta de atenuantes y agravantes (art. 66,1,7ª). La compensación nacional de circunstancias.....	541
d) Ausencia de circunstancias modificativas. Las circunstancias del hecho y del autor.....	541
C) Casos especiales: la determinación de la pena en la multa, las faltas y los delitos imprudentes.....	543
4. Determinación de la pena en los casos de unidad y pluralidad de delitos.....	543
A) Los concursos ideal y medial de delitos (art. 77 Cp).....	544
B) El concurso real de delitos: los arts. 75 y 76 Cp.....	545
C) El delito continuado y el delito masa.....	546
D) El cumplimiento efectivo de la pena en casos de acumulación de delitos.....	548

#### *Capítulo XXXII*

##### **La ejecución de la pena de prisión**

1. Los sistemas penitenciarios y los fines de la ejecución penitenciaria	555
2. El régimen penitenciario.....	557
A) El sistema progresivo español.....	557
B) Otros aspectos regimentales.....	559
a) El trabajo penitenciario.....	559
b) El régimen disciplinario.....	560
c) Los contactos con el exterior.....	560
3. El tratamiento penitenciario.....	561
4. El control judicial de la ejecución penal.....	562

#### *Capítulo XXXIII*

##### **Las alternativas a la privación de libertad**

1. Consideraciones generales.....	567
2. La suspensión de la ejecución: la condena condicional.....	569
A) Concepto.....	569
B) Requisitos y efectos.....	571
C) El supuesto de los drogodependientes.....	573
3. La sustitución de la pena impuesta.....	574
A) La sustitución de la pena de prisión.....	575
B) El quebrantamiento de la pena sustitutiva.....	576
C) El supuesto de los extranjeros.....	577
4. La libertad condicional.....	578

#### *Capítulo XXXIV*

##### **Las medidas de seguridad en el Derecho penal español**

1. Introducción.....	585
----------------------	-----

2. Las medidas de seguridad en el Código penal español .....	588
A) Principios generales .....	588
B) Estados peligrosos: inimputabilidad y semiimputabilidad.....	590
C) Las medidas y su aplicación. El límite temporal al internamiento .....	591
D) La ejecución de la medida: cese, sustitución y suspensión .....	595
E) La medida de seguridad de libertad vigilada .....	596
3. Medidas aplicables a menores .....	598
A) Ámbito de aplicación .....	600
B) Principios generales contenidos en la LORPM .....	600
C) Las medidas y los órganos de aplicación .....	602

*Capítulo XXXV*

**La responsabilidad civil derivada de delito y las consecuencias accesorias a la pena**

1. Concepto y naturaleza de la responsabilidad civil .....	609
2. Extensión de la responsabilidad civil derivada de delito .....	612
3. Personas civilmente responsables .....	614
A) Responsabilidad civil en caso de determinadas eximentes .....	614
B) Responsables civiles principales y subsidiarios .....	616
4. La reparación del delito, ¿una pena alternativa? .....	618
5. Las consecuencias accesorias .....	620
6. Excurso: la cancelación de antecedentes delictivos .....	622

*Capítulo XXXVI*

**La responsabilidad penal de las personas jurídicas**

1. Consideraciones generales: el nuevo Derecho penal de las personas jurídicas .....	627
2. Sujetos .....	628
3. La responsabilidad penal de la persona jurídica.....	629
4. Eximentes de la persona física y atenuantes de la persona jurídica ..	631
5. Las penas, su determinación y la responsabilidad civil .....	632
6. Consecuencias accesorias aplicables a colectivos sin personalidad jurídica.....	633

Índice de materias .....	637
--------------------------	-----

PRIMERA PARTE

**FUNDAMENTOS DEL  
DERECHO PENAL**





# CAPÍTULO I

## El Derecho penal objetivo

1. Derecho penal y control social
2. Instrumentos del control social jurídico-penal: Derecho penal material y Derecho procesal penal
3. La norma jurídica penal
  - A) Estructura de la norma penal
    - a) Normas penales incompletas
    - b) Normas penales en blanco (remisión a otro lugar)

### 1. DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL

Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal.

Desde luego sería mejor o, por lo menos, más agradable que alguna vez la violencia dejara de gobernar las relaciones humanas. Pero en ningún caso podemos deformar ideológicamente los hechos y confundirlos con nuestros más o menos buenos o bienintencionados deseos. La violencia está ahí, a la vista de todos y practicada por todos: por los que delinquen y por los que definen y sancionan la delincuencia, por el individuo y por el Estado, por los pobres y por los ricos. Pero no toda la violencia es siempre juzgada o valorada por igual. Ciertamente no es lo mismo matar para comer que matar para que otros no coman, pero la violencia no siempre aparece en las relaciones humanas de una manera tan simple, sino que adopta modos y formas de expresión mucho más complejas y sutiles. La violencia es, desde luego, un problema social, pero también un problema semántico, porque sólo a partir de un determinado contexto social, político o económico puede ser valorada, explicada, condenada o definida. No hay, pues, un concepto de violencia estático o ahistórico que pueda darse al margen del contexto social

en el que surge. Tampoco hay una fórmula mágica, un criterio objetivo, válido para todo tiempo y lugar que nos permita valorar apriorísticamente la «bondad» o «maldad» de un determinado tipo de violencia. ¿Cuántos terroristas y criminales de guerra de ayer no son hoy personas respetables e incluso aparecen rodeados con la aureola del héroe? ¿Cuántas personas respetables y héroes de hoy no pueden ser considerados terroristas y criminales mañana? ¿Dónde están las diferencias, no cuantitativas ni pragmáticas, entre el bombardeo en «acción de guerra», en el que mueren miles de personas, y el atentado terrorista en el que mueren varias personas?

La respuesta a estos interrogantes probablemente no se va a encontrar nunca o, por lo menos, nunca a tiempo. Nada hay en este asunto que sea valorativamente neutro y nada más difícil que valorarlo objetivamente. Nuestros juicios de valor son necesariamente subjetivos y siempre corren el riesgo de quedar superados por la realidad inexorable de los hechos. Somos hijos de nuestro tiempo, tenemos limitaciones de todo tipo y vivimos en un determinado contexto al que no podemos sustraernos, aunque sí aceptarlo, criticarlo o atacarlo. Pero dentro de estas coordenadas, históricamente condicionadas, hay que dar respuesta a los problemas que, como el de la violencia institucionalizada, surgen cada día. La respuesta es evidentemente, por una u otra razón, siempre incómoda y quizás implique, a veces, algún tipo de riesgo no simplemente intelectual. Pero no podemos tampoco ocultar la cabeza bajo el ala y «pasando de todo» escurrir el bulto de una decisión racionalmente fundada. En el fondo es algo más que una cuestión ética, es también una simple cuestión de simetría, de coherencia, que, de acuerdo con la ideología y, en última instancia, con la conciencia de cada uno, obliga a dar respuesta a los interrogantes antes planteados.

El Derecho penal, tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es, pues, violencia; pero no toda la violencia es Derecho penal. La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. La violencia es, por tanto, consustancial a todo *sistema de control social*. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la *formalización* del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social. El control social jurídico-penal es, además, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto.

Lo que sigue es, pues, una reflexión sobre el Derecho penal, pero sobre el Derecho penal como parte de un sistema de control social mucho más amplio, al que, de un modo u otro, es inherente el ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses. También la crítica a esos intereses o a la forma de protegerlos por el Derecho penal será en todo momento objeto de nuestra reflexión, teniendo siempre en cuenta que el Derecho penal no es todo el control social, ni siquiera su parte más importante, sino sólo la superficie visible de un «iceberg», en el que lo que no se ve es, quizás, lo que realmente importa.

## **2. INSTRUMENTOS DEL CONTROL SOCIAL JURÍDICO-PENAL: DERECHO PENAL MATERIAL Y DERECHO PROCESAL PENAL**

Elementos comunes a todas las formas de control social son la infracción o quebrantamiento de una norma, la reacción a ese quebrantamiento en forma de sanción y la forma o procedimiento a través del cual se constata el quebrantamiento y se impone la sanción.

*Norma, sanción y proceso* son, pues, los conceptos fundamentales de todas las formas de control social. También en el control social que se lleva a cabo a través del Derecho penal están presentes; pero como es lógico, dadas las peculiaridades de esta forma de control social, revisten unas características propias que dan lugar a disciplinas jurídicas separadas.

El estudio de las normas, de las conductas que las infringen y de las sanciones aplicables a las mismas constituye el Derecho penal material o, simplemente, *Derecho penal*. Para una exposición ordenada y sistemática del contenido de este instrumento de control social se distingue entre una Parte General y otra denominada Parte Especial. En la primera se estudian, en primer lugar, los Fundamentos Generales de la materia: la norma jurídico-penal, su estructura, contenido y función, así como los principios que la inspiran, sus fuentes y límites de vigencia temporal, espacial y personal. Tras ello se estudia, en segundo lugar, la Teoría General del Delito como infracción normativa específicamente penal, con sus elementos integrantes y formas de aparición comunes a cada una de las particulares infracciones delictivas. Y, finalmente, termina la Parte General con el estudio de las Consecuencias Jurídicas del Delito, es decir, de las sanciones aplicables al mismo. A este último apartado le asignan algunos una cierta autonomía, configurando así una especie

de Derecho sancionador, en el que se incluye también el Derecho de ejecución de las sanciones. Pero con autonomía o sin ella, no deja de ser un apartado más de la Parte General del Derecho penal.

En la Parte Especial se estudian las particulares infracciones delictivas (homicidio, hurto, agresión sexual, falsedad documental, etc.) y las sanciones específicas de cada una de ellas, agrupándolas sistemáticamente.

La distinción entre Parte General y Parte Especial es el punto de partida para una elaboración sistemática del Derecho penal. También el Código penal responde a esta sistemática al incluir en su Título Preliminar «las garantías penales»; en su Libro I las «Disposiciones Generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad»; y en sus Libros II y III los «Delitos y sus penas» y las «Faltas y sus penas», respectivamente.

A esta clasificación responden los Planes de estudios vigentes en las Facultades de Derecho, que incluyen el estudio diferenciado de la Parte General y de la Parte Especial del Derecho penal, si bien de ésta se segregan a veces algunas materias específicas como el Derecho penal económico o el Derecho penal medioambiental, que también suelen ser objeto de estudio en Facultades no jurídicas (Ciencias económicas y empresariales, Ciencias medioambientales, etc.).

Por otra parte, la forma en la que se constata la comisión de una infracción normativa penal en el caso concreto y se imponen las sanciones aplicables a la misma constituye el *proceso penal*. A su estudio se dedica el *Derecho procesal penal*. La relación entre éste y el Derecho penal es tan estrecha que no pueden concebirse el uno sin el otro. El Derecho procesal penal sirve para la realización del Derecho penal en la realidad. Sin él, el Derecho penal sería un simple objeto decorativo, sin eficacia alguna. Pero también el Derecho procesal penal necesita que el Derecho penal le suministre el objeto que tiene que investigar y las consecuencias sancionatorias que tiene que imponer. La forma en que el Derecho procesal penal tiene que llevar a cabo esa tarea investigadora y decisoria es, sin embargo, autónoma y no viene prejuzgada por el Derecho penal. Por eso, a pesar de su interrelación, cada uno conserva su autonomía científica y académica. Incluso a nivel legislativo se diferencian los cuerpos legales en los que principalmente se contienen ambas disciplinas: el Derecho penal en el Código penal (Cp) y en algunas leyes penales especiales; el Derecho procesal penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). También en los Planes de Estudios vigentes actualmente en las Facultades de Derecho el Derecho procesal penal se configura como asignatura o área de conocimiento específica e

independiente del Derecho penal, si bien vinculado al Derecho procesal civil, con el que tiene poco en común.

Veamos ahora los Fundamentos Generales de la Parte General del Derecho penal.

### 3. LA NORMA JURÍDICA PENAL

Tradicionalmente se define el *Derecho penal objetivo* como un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas; pero, ¿qué se entiende por *norma jurídica penal* o, simplemente, por *norma penal*?

Norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad.

La persona no puede vivir aislada en sí misma. Para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades precisa de la comunicación con otras personas y de su auxilio. En una palabra, la existencia de Ego supone necesariamente la de Alter, es decir, la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Pero esta convivencia no es, ni mucho menos, idílica, sino conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia.

Para regular la convivencia entre las personas se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de la comunidad. El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. Como destacó FREUD, frente al *principio del placer*, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todo sus instintos, existe el *principio de la realidad*, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás.

La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la Sociología moderna se denomina con el nombre de *expectativa*. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren el

peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces se frustran, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo pueden canalizarse para asegurar la convivencia. El sistema elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración. Una peculiaridad de este tipo de normas es, por tanto, su *carácter contrafáctico*, es decir, su vigencia no se modifica en nada por el hecho de que sean incumplidas, más bien sucede lo contrario: su incumplimiento y la consiguiente sanción confirman su necesidad y vigencia.

En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que ésta sea, se dan una serie de reglas, *las normas sociales*, que sancionan de algún modo —segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.— los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente este orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de las conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la norma jurídica que, a través de la sanción jurídica, se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social, la sociedad. Tanto el orden social como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia.

El orden jurídico y el Estado no son, por consiguiente, más que el reflejo o superestructura de un determinado orden social incapaz por sí mismo de regular la convivencia de un modo organizado y pacífico. En la medida en que el orden social fuera autosuficiente podría prescindirse del orden jurídico y del Estado. Hoy por hoy debe aceptarse, sin embargo, el orden jurídico, garantizado por el Estado, como un instrumento imprescindible para regular la convivencia en sus aspectos más importantes.

Una parte de las normas que forman el orden jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan a la convivencia humana, tal como es regulada por el orden jurídico, y que, por eso mismo, son sancionadas con el medio más duro y eficaz de que dispone el aparato represivo del poder estatal: la pena. La norma jurídico-penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista. La realización de la conducta

prohibida supone la frustración de una expectativa y la consiguiente aplicación de una pena, la reacción frente a esa frustración. Estructuralmente, la norma penal no difiere en nada, por tanto, de cualquier otro tipo de norma, social o jurídica; su contenido, en cambio, sí es distinto del de las demás normas, porque la frustración de la expectativa en la norma penal debe ser un delito y la reacción frente a ella una pena y, en determinados casos, lo que se llama una medida de seguridad, que se aplica alternativa o juntamente con la pena.

La responsabilidad civil (reparación e indemnización del daño producido) puede ser también una consecuencia jurídica del delito y, de hecho, se regula en el Código penal, pero se rige por principios distintos y cumple funciones diferentes, así que podemos dejarla fuera de nuestra consideración en estos momentos (véase *infra* Tercera Parte, capítulo XXXV).

### A) ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL

Como toda norma jurídica, la norma penal consta de un *supuesto de hecho* y de una *consecuencia jurídica*. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas radica en que en la norma penal el supuesto de hecho lo constituye un *delito* y la consecuencia jurídica una *pena* y/o una *medida de seguridad*.

Prototipo de una norma penal es el art. 138 Cp:

«El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años».

Se trata de una *norma penal completa*, porque en ella se describe claramente el supuesto de hecho, «matar a otro», y la consecuencia jurídica, «la pena de prisión de diez a quince años». Pero no debe confundirse norma penal con artículo del Código penal. Normalmente pueden coincidir, pero otras veces el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentran repartidos en diferentes artículos del Código. Cuando los artículos entre los que se reparte el supuesto de hecho y la consecuencia están en inmediata conexión, dentro de la misma sección o capítulo, tampoco hay dificultad en considerar también estos casos como normas penales completas. Así ocurre, por ejemplo, con los artículos 238 y 240: en el primero se definen los distintos supuestos de hecho de robo con fuerza en las cosas y en el segundo se contiene la sanción que le corresponde.

Sin embargo, no siempre se encuentra tan claramente en la configuración legislativa de la norma penal esta sencilla estructura. Muchas veces, para completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica



hay que acudir a distintos artículos del Código penal que no están en inmediata conexión o, incluso, a una norma jurídica de carácter extrapeenal. Esto plantea dos problemas: el de las *normas penales incompletas* y el de las *normas penales en blanco*.

#### a) *Normas penales incompletas*

1. *Normas penales incompletas* o dependientes son aquellos preceptos que sólo tienen sentido como complemento o aclaración del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica de una norma penal completa.

Ejemplo de este tipo de normas son el art. 20, relativo a las causas de exclusión de la responsabilidad criminal, o el art. 36, que se refiere a la duración de la pena de prisión.

Si se analiza una cualquiera de las causas descritas en el art. 20 se observa que en ellas no se hace referencia expresa al supuesto de hecho concreto de una norma penal completa. Dice así, por ejemplo, el art. 20: «Están exentos de responsabilidad criminal... 4º. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos». Sólo si se pone en relación este precepto con algunos de los supuestos de hecho recogidos en la Parte Especial, Libro II del Código, se puede saber qué es lo que quiere decir. Y es que si, por ejemplo, un imaginario art. 138 estuviera redactado de la siguiente forma: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, *siempre que no obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos*, con la pena de prisión de diez a quince años», inmediatamente se advertiría que el hecho de obrar en legítima defensa es un complemento o aclaración del supuesto de hecho, pero no el supuesto de hecho mismo.

Como este sencillo ejemplo señala, las causas recogidas en el art. 20 sólo tienen sentido si se ponen en relación con alguno de los supuestos recogidos en el Libro II del Código penal. La «anomalía o alteración psíquica», la «intoxicación plena», el «estado de necesidad», etc., son, por consiguiente, partes de la descripción del supuesto de hecho y como tal pertenecen también a la norma, pero no son normas en sí mismas.

El mismo carácter tienen aquellos preceptos que sirven para aclarar el ámbito o extensión de la consecuencia jurídica. Así, por ejemplo, dice el art. 55: «La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena». Una tal declaración sólo tiene sentido si se la relaciona con la consecuencia jurídica de algún supuesto de hecho del Libro II del Código penal, por ejemplo, con el referido art. 138: «El que matare a otro será castigado,

como reo de homicidio, con la pena de *prisión de diez a quince años*». Ahora ya se sabe cuál es el alcance de la declaración del art. 55; no es más que la clave que permite averiguar por qué cuando la duración de la pena de prisión que se impone al homicida es igual o superior a diez años, esta pena implica, además, la inhabilitación absoluta, una pena privativa de derechos (art. 40), que se impone como accesoria de la pena de prisión igual o superior a diez años, aunque no esté especialmente prevista para el correspondiente delito. Esta disposición es, por tanto, también un elemento de la norma penal que sirve para completar la consecuencia jurídica.

## 2. ¿Cuál es el fundamento de este tipo de preceptos?

No es ninguno sustantivo, sino una mera razón de técnica y economía legislativa. El legislador no tiene que ir repitiendo a cada instante que el menor de dieciocho años está exento de responsabilidad criminal, que el cómplice será castigado con una pena inmediatamente inferior en grado a la señalada al autor, que la tentativa será castigada con una pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, etc. Para evitar estas repeticiones ha ido elaborando una especie de catálogo de hechos, que frecuentemente modifican el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, que sirven para aclararlos, etc.

Se ha formado así la llamada Parte General del Derecho penal que en el Código penal se encuentra fundamentalmente en el Libro I. Puede decirse, por tanto, que los preceptos contenidos en el Libro I del Código penal son normas penales incompletas.

Aunque la cuestión puede parecer puramente teórica, como veremos más adelante (*infra* capítulo II) es importante destacar ya que el supuesto de hecho de una norma penal es siempre un delito y no las circunstancias, objetivas o subjetivas, que inciden en la imposición, determinación o elección de una consecuencia jurídica. Así, por ej., la imposición de una medida de seguridad (por ej., internamiento psiquiátrico) sólo es aplicable al enfermo mental en cuanto ha cometido un delito.

En realidad, el nombre de «norma» le viene un poco ancho a este tipo de preceptos, ya que desde el momento en que no contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica no pueden considerarse como tales normas en sentido propio. Se trata más bien de «fragmentos de normas», pues, al completar el supuesto de hecho o la consecuencia que integran la norma, forman también parte de ésta. No es, por tanto, muy afortunado el nombre de «norma penal incompleta», porque puede llevar a confusiones, pero tiene la ventaja de ser lo suficientemente expresivo para mostrar cuál es la esencia de estos «fragmentos de nor-

ma». Algunos autores prefieren utilizar el término «disposiciones» para denominarlas, pero ni idiomáticamente es más afortunado que el aquí empleado, ni es tan gráfico.

3. Entre las normas penales incompletas suele incluirse otro procedimiento legislativo, usado a veces en el Código penal, en el que, para establecer la pena correspondiente a un determinado supuesto de hecho, el legislador *se remite* a la pena fijada para un supuesto de hecho distinto. Ejemplo típico de este procedimiento es el art. 252, en el que se castiga el delito de apropiación indebida con las penas señaladas en los arts. 249 ó 250 para el delito de estafa. Sin embargo, aquí más que de «técnica legislativa» se puede hablar de «pereza legislativa». El art. 252 sigue siendo una norma penal completa, ya que en él se contiene la consecuencia jurídica, pero para saber cuál es ésta, hay que acudir a otro artículo del Código.

El procedimiento en sí no tendría mayor trascendencia, aunque encierra el peligro de borrar las diferencias valorativas entre un delito y otro, ya que al juez le da lo mismo la calificación por uno o por otro delito, en casos de dificultad de diferenciación del supuesto de hecho, porque, al fin y al cabo, la consecuencia jurídica, la pena, es la misma.

### *b) Normas penales en blanco (remisión a otro lugar)*

1. Se entiende por norma penal en blanco aquélla cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal.

Suele utilizarse esta técnica de descripción del supuesto de hecho de la norma penal cuando la conducta que constituye el supuesto de hecho de la norma penal en blanco está estrechamente relacionada con otras ramas del Ordenamiento jurídico de finalidades y alcance diferentes a los de la norma penal.

La regulación de determinadas actividades peligrosas para la sanidad de un país, su orden económico, el medio ambiente, etc. —por sólo citar los sectores en los que se da más frecuentemente este tipo de técnica legislativa—, está fuertemente condicionada por las circunstancias histórico-sociales concretas. La actividad legislativa en estos sectores es incesante: a una ley sigue otra que poco después la modifica, un reglamento que la desarrolla, etc. Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar reformando continuamente ésta, so pena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar este deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco. Ésta existe independientemente de que el acto, a través del que se consigna el supuesto de hecho, tenga origen legislativo o proceda de una autoridad administrativa. Esto es accesorio. Es más, el que un tal supuesto

de hecho se determine por una ley o por un reglamento es muchas veces accidental. Un claro ejemplo de ello se da en el art. 325, que en su primer apartado castiga al que con determinadas conductas en él descritas, contraviniendo lo dispuesto por las *leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*, pueda «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». El hecho de que una vez sea una ley la que determine el supuesto de hecho y otra un reglamento no debe llevar a negar el carácter de norma penal en blanco de estos preceptos cuando la regulación del supuesto de hecho se encuentre en una ley, o a afirmarlo sólo cuando se dé una infracción reglamentaria.

La norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquier otra. Desde un punto de vista meramente estructural la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades. El supuesto de hecho consignado en la norma extrapenal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola. Pero, materialmente, el uso o abuso de este procedimiento técnico legislativo dificulta extraordinariamente la labor del penalista, no sólo porque se ve remitida a ámbitos jurídicos que le son desconocidos o que, por lo menos, no conoce tan bien como el penal propiamente dicho, sino también porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto a las demás normas jurídicas produce una discordancia entre las propias normas penales que no ayuda en absoluto a la certeza y seguridad jurídicas. Por otra parte, la norma penal en blanco supone muchas veces una infracción del principio de legalidad y del de la división de poderes estatales que le sirve de base, al permitir que el carácter delictivo de una conducta pueda ser determinado por una autoridad que, constitucionalmente, no está legitimada para ello. El tema incide, pues, en la problemática del principio de legalidad y allí será estudiado (véase *infra* capítulo V).

**Bibliografía:** BACIGALUPO ZAPATER, La función del concepto de norma en la dogmática penal, RFDUC monográfico 11, 1986; BERGALLI, Conflicto social y control penal, RFDUC monográfico 11, 1986; EL MISMO, Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales, RDPC 1992; EL MISMO, Control social punitivo, Barcelona 1996; BERGALLI/ MARI (coords.), Historia ideológica del control social, Barcelona 1989; BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, Bases para una revisión de la teoría de la norma penal, RGDP 2004; COHEN, Visiones de control social, Barcelona 1988 (traducción de Larrauri); DE LA CUESTA ARZAMENDI, Presupuestos fundamentales del Derecho penal, Eguzkilore 1989;

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Infracciones extrapenales «cualificadas» en el Código penal español de 1995: Problemas de interpretación, RDPC 2000; FREUD, El malestar en la cultura, en Obras Completas III, Madrid 1973 (traducción de López-Ballesteros y de Torres); GARCÍA RIVAS, El poder punitivo en el Estado democrático, Cuenca 1996; GIMBERNAT ORDEIG, Concepto y método de la ciencia del Derecho penal, Madrid 1999; HASSEMER, Fundamentos del Derecho penal, Barcelona 1984 (traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde); EL MISMO, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Valencia 1999 (traducción de Muñoz Conde y M. Díaz Pita); HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia 1989; LOS MISMOS, Introducción a la Criminología, Valencia 2001; LUZÓN PEÑA, Alcance y función del Derecho penal, ADP 1989 (también en Estudios penales, Barcelona 1991); MIR PUIG, Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona 1976; MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, Barcelona 1975; EL MISMO, Derecho penal y control social, Jerez 1985; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto del Derecho penal, Madrid 1981; ROXIN, Iniciación al Derecho penal de hoy, Sevilla 1981 (traducción, introducción y notas de Muñoz Conde y Luzón Peña); ROXIN/ ARTZ/ TIEDEMANN, Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal, Barcelona 1989 (traducción de Arroyo Zapatero y Gómez Colomer); SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid 1999 (hay 2ª ed., Madrid 2001); VARIOS, La insostenible situación del Derecho penal, Granada 2000; YRIGOYEN FAJARDO, Control penal y diversidad étnico-cultural, en Conflicto social y sistema penal, Madrid 1996.

Sobre la norma penal en blanco y otros problemas de técnica legislativa, véase la bibliografía citada en el capítulo V.

## CAPÍTULO II

### El Derecho penal objetivo (cont.)

- B) Elementos de la norma penal
  - a) Delito
  - b) Pena
  - c) Medidas de seguridad

#### *B) ELEMENTOS DE LA NORMA PENAL*

En el capítulo anterior hemos visto cómo se estructuran los elementos en la norma penal. Ahora se trata de saber qué es lo que se entiende por delito, por pena y por medida de seguridad.

Por supuesto que en este lugar no se pretende hacer un estudio exhaustivo de estas categorías, lo que supondría adelantar cuestiones que se estudian más adelante en otras partes del programa, sino dar una idea sustancial de las mismas que sirva para una mejor comprensión de la esencia de la norma penal.

#### *a) Delito*

La primera dificultad con que se tropieza, al intentar dar un concepto de delito, es la imposibilidad de concebirlo al margen del Derecho penal positivo.

En efecto, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

Todo intento de definir el delito al margen del Derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión, moral o sociología. La verdad es que las concepciones filosóficas, morales o sociológicas del delito ayudan poco en esta materia al jurista.

Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que rige en nuestro Derecho penal positivo —art. 1,1 Cp— y que impide considerar como delito toda conducta que no caiga dentro de las mallas de la ley penal (cfr. *infra* capítulos IV.2.B y V).

Pero esto no quiere decir que el penalista quede vinculado a un *concepto formal del delito*, sin que pueda indagar cuál es el contenido

material de este concepto. La elaboración de un *concepto material del delito* es también una tarea que corresponde al jurista. Claro está que para ello deberá partir de lo que considere como delito el Derecho penal positivo. Pero, deduciendo de él las características generales que convierten a una conducta en delito, podrá llegar a saber, aproximadamente, cuál es el concepto material de delito que sirve de base al Derecho penal positivo.

Por otra parte, la labor del jurista no debe agotarse en la determinación del concepto material de delito. Una vez obtenido éste, debe compararlo con las demás concepciones materiales de delito no jurídicas vigentes en la sociedad. De esta comparación podrá deducir las posibles *consecuencias críticas* sobre el concepto material de delito que maneja el Derecho penal positivo, si éste no coincide con la concepción dominante en la sociedad. Al mismo tiempo que una *función crítica*, las concepciones extrajurídicas del delito tienen también una función *político-criminal*, pues, convertidas en principios informadores político-criminales, pueden cambiar el concepto material de delito en el Derecho penal vigente (cfr. *infra* capítulos IV y X).

1. Ya hemos dicho en el capítulo I que la norma penal es un conjunto de expectativas. Al sancionar una conducta, el legislador la está valorando negativamente, prohibiéndola y esperando con ello que los ciudadanos se abstengan de realizarla. Si alguien realiza la conducta prohibida frustra esa expectativa y se hace acreedor de la sanción prevista en la norma. Esta frustración de expectativas que supone la comisión de un delito se puede contemplar desde una doble perspectiva: en primer lugar, como un juicio negativo o juicio de desvalor que recae sobre el acto o hecho prohibido; y, en segundo lugar, como un juicio de desvalor o de desaprobación que se hace del autor de ese hecho.

Al juicio de desvalor sobre el hecho se le llama *antijuricidad*, y refleja la desaprobación del acto por el legislador; al juicio de desvalor sobre el autor del hecho se le llama *culpabilidad*, y supone la atribución al autor del acto previamente desaprobado, para hacerle responsable del mismo.

Esta distinción tiene un valor sistemático importante. La Ciencia del Derecho penal, sobre todo la alemana, se ha ocupado durante los últimos cien años de elaborar esta distinción sistemática, distribuyendo los componentes del delito entre estas dos categorías. En el *desvalor del acto*, en el injusto, se incluyen normalmente la acción y la omisión, los medios, modos y situaciones en que se producen, la relación causal y también la psíquica entre la acción y el resultado; en definitiva, todo lo

que permite valorar la conducta, sus circunstancias y el resultado que constituyen el hecho delictivo. En el *desvalor del autor*, en la culpabilidad, se incluyen, sistemáticamente hablando, las facultades psíquicas del autor, sus motivaciones y el conocimiento de la ilicitud de su acto, entre otros datos que permiten hacerle responsable del hecho delictivo.

También desde el punto de vista práctico es importante la distinción sistemática entre antijuricidad y culpabilidad. Así, por ej., para imponer una medida de seguridad o reeducadora basta sólo con la presencia del desvalor del acto, no siendo necesario que el sujeto sea culpable (por ej., para internar en un centro psiquiátrico a un enfermo mental que a consecuencia de su enfermedad ha cometido un delito, es suficiente que el hecho sea un acto antijurídico, aunque el enfermo no sea culpable). La imposición de una pena requiere, sin embargo, algo más que debe añadirse al desvalor del acto: el desvalor del autor, es decir, la constatación de su culpabilidad; sin la presencia de este segundo juicio de desvalor derivado del que se hace sobre el acto, la aplicación de una pena supone una grave lesión del *principio de culpabilidad*, cuya vigencia se considera hoy como imprescindible (véase *infra* capítulo IV.2.C).

2. Pero el concepto material de delito requiere una mayor concreción de estos elementos. Desde luego, no todo acto antijurídico realizado por una persona culpable es un delito. El incumplimiento de una obligación contractual puede ser un acto antijurídico y culpable —el legislador desaprueba tal incumplimiento y el deudor es responsable de su conducta—. A pesar de esto, el incumplimiento contractual es, en principio, impune, es decir, no constituye delito.

Así ocurre en el siguiente ejemplo: A, en vez de pagarle una deuda a B, emplea el dinero que tenía destinado a tal efecto en comprarse una maquinaria que le hacía falta, pensando que ya le pagará más adelante o confiando, quizás, en que a B se le olvide exigirle el pago.

En este caso existe un acto antijurídico y culpable. B, el acreedor, puede exigir el cumplimiento de la obligación o, en su caso, la correspondiente indemnización de perjuicios —arts. 1096 y 1101 Cc—; en última instancia B siempre podrá satisfacerse con cualquier objeto del patrimonio de A y cobrar así su deuda (art. 1911 Cc). Hasta aquí la conducta de A no constituye delito.

Pero si A no sólo no paga a B, sino que además oculta sus bienes, quedando en insolvencia, con la intención de frustrar la futura reclamación de éste y hacer imposible su satisfacción, a B ya no le queda ninguna otra posibilidad de satisfacer su derecho de crédito. La única posibilidad de impedir la conducta de A o de sancionarla es, pues, convertirla en delito, como se hace en el art. 257 Cp, amenazándola con una pena.

Pero no sólo porque el Ordenamiento jurídico no tiene otro remedio que recurrir a la pena para impedir la conducta de A en este segundo caso, existe un delito. Lo decisivo es más bien que la conducta de A, en el segundo caso, es mucho más peligrosa para el tráfico jurídico que en el primero. Si el Derecho penal no interviniera aquí, el tráfico jurídico patrimonial sería imposible.



3. Para comprender el *concepto material de antijuricidad*, es decir, las razones por las que un determinado hecho se puede considerar un hecho antijurídico, debe distinguirse entre *desvalor de acción* y *desvalor de resultado*.

Generalmente, el delito constituye una acción o conducta especialmente peligrosa para determinados intereses o bienes de las personas y la sociedad. *El desvalor de acción*, su especial peligrosidad para los bienes jurídicos es, pues, la primera característica que separa una conducta delictiva de otra que no lo es. Sólo así se explica que sea impune un incumplimiento contractual de varios miles de euros y que se considere como delito, en cambio, un simple hurto o una estafa de escasa cuantía.

Pero también es decisivo para convertir una conducta en delito el valor del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En el ejemplo anterior se ha visto que tanto en una variante como en otra se afecta el mismo bien jurídico, el derecho de crédito del acreedor; la diferencia entre uno y otro caso sólo consistía en la especial peligrosidad de la conducta del deudor, en el desvalor de la acción. Pero existen bienes jurídicos cuyo valor es tan grande para la existencia humana que el más leve ataque dirigido contra ellos puede considerarse ya un delito. Esto sucede principalmente con los bienes jurídicos vida o integridad física. Toda lesión dolosa o imprudente de la integridad física, o la muerte de un semejante, dolosa o imprudentemente producida es, de por sí, un delito. El valor de tales bienes jurídicos y la irreparabilidad de los ataques a ellos dirigidos justifican su sanción punitiva. *El desvalor de resultado*, la lesión del bien jurídico es, por tanto, otra característica del concepto material de delito.

Desvalor de acción y desvalor de resultado se complementan: cuanto mayor sea el valor de lo que se protege (por ej., la vida) mayor será también la desaprobación que merezca una conducta que lo lesione o ponga en peligro, bastando, por tanto, para imponer un castigo, que la conducta suponga una lesión o puesta en peligro imprudente (por ej., la conducción a más velocidad de la permitida de un vehículo de motor, o el ejercicio negligente de la profesión médica en un acto quirúrgico). Por el contrario, si el valor de lo que se protege es pequeño o no es tan importante (como, por ej., ocurre en caso de meros daños patrimoniales), la conducta sólo será delictiva si es especialmente peligrosa o lesiva para el bien jurídico (de ahí que los delitos patrimoniales sólo se castiguen en su forma de comisión dolosa o intencional).

Como veremos más adelante en la Segunda Parte, a la hora de estudiar la Teoría del Delito se discute cuál es, entre el desvalor de acción y el de resultado, el que asume el papel preponderante en la fundamentación del concepto de antijuricidad o ilicitud. Baste ahora con decir que ninguno de ellos puede, por sí solo, servir de fundamento de la antijuricidad ya que el resultado lesivo es relevante en la medida en que proviene de una acción desvalorada, y ésta se desvalora en la medida en que puede producir un resultado.

4. Dentro del concepto material del delito, el juicio de desvalor sobre el autor del hecho injusto, es decir, la culpabilidad, se basa en la idea de *responsabilidad*, es decir, en la posibilidad de imputar el hecho (desvalor de acción + desvalor de resultado) a una persona para hacerle responsable del mismo. El individuo que realiza acciones peligrosas para la normal convivencia o que ataca bienes jurídicos de gran importancia debe responder por lo que ha hecho en la medida en que posea un cierto grado de desarrollo de sus facultades psíquicas, conozca el carácter prohibido de lo que ha hecho y pueda motivarse por las normas jurídicas. La responsabilidad es, además, el elemento de enlace entre el delito y la pena. La Teoría General del Delito no es, por tanto, más que una *teoría de la imputación* que, a través de la identificación de los distintos elementos que en el Derecho penal vigente convierten un determinado hecho en un delito, permite la imputación del mismo a una persona para hacerla responsable del mismo (véase *infra* capítulo XI.4).

*Desvalor de acción, desvalor de resultado y responsabilidad* son, pues, los tres pilares en los que descansa el concepto material de delito en el Derecho penal positivo. Ellos son los que convierten a una conducta en «merecedora de pena» y, por consiguiente, a través de su tipificación en la ley, en delito (véase *infra* Segunda Parte).

### *Excursus: Relativismo histórico del concepto material de delito*

Ahora bien, estos tres pilares que sirven de base al concepto material de delito y a las dos categorías, antijuricidad y culpabilidad, en las que se estructura sistemáticamente el mismo, están condicionados históricamente. Lo que es responsabilidad, qué tipo de acciones son peligrosas o qué bienes jurídicos merecen una protección jurídico-penal son cuestiones a las que se ha respondido de forma muy diferente en cada época y, aun dentro de cada época, según la sociedad o país. Por eso, el concepto material de delito no puede tener un valor absoluto sino relativo.

En la Edad Media, por ejemplo, el Derecho penal estaba vinculado a determinadas concepciones religiosas o morales y se consideraban gravemente delictivos hechos como la brujería o la herejía. Igualmente, la concepción teocrática del poder motivaba que los delitos contra el rey o contra los poderes a él en

exclusiva conferidos —la acuñación de moneda, por ej.—, fueran considerados como *delitos de lesa majestad*. Consecuentemente se aplicaban a estos delitos las penas más graves: la de muerte generalmente.

La revolución que en todos los órdenes significó el pensamiento racional y humanista del siglo XVIII produjo un cambio en las concepciones materiales del delito. De acuerdo con la *teoría del contrato social*, según la cual el poder no emanaba de la divinidad, sino del pacto entre los ciudadanos que consentían en limitar sus derechos y su libertad y admitían un poder coactivo superior en tanto sirviera para garantizar la convivencia pacífica, surgió la idea de *nocividad social* como sustrato del concepto material de delito. El concepto de *nocividad social* exige algo más que la simple inmoralidad de un hecho para castigarlo como delito. La homosexualidad, las relaciones heterosexuales entre adultos, las discrepancias religiosas constitutivas de herejías, etc., podrían ser todo lo inmorales que se quisiera, pero, al no perjudicar los derechos de terceros, debían quedar al margen del Derecho penal. Esta idea se extendió ampliamente entre los filósofos penalistas más importantes del siglo XVIII como el italiano BECCARIA, el alemán HOMMEL y el español LARDIZÁBAL y posteriormente produjo una restricción beneficiosa de los hechos considerados punibles en los Códigos penales decimonónicos.

El concepto de *nocividad social*, que como principio rector tiene gran valor en la determinación del concepto material de delito, es excesivamente abstracto y está también sujeto al cambio histórico. Es, pues, en definitiva, el *cambio social-histórico* en sus distintas vertientes de cambio político, económico, tecnológico, etc., el condicionamiento principal del concepto material de delito. En este sentido puede decirse que, históricamente, cada época y cada sociedad han condicionado un determinado tipo de delitos y que las estructuras económicas y sociales condicionan un número más o menos grande de «conductas desviadas» castigadas como delitos.

Como veremos más adelante (*infra* capítulos III y IV), el concepto de *bien jurídico* permite una mayor precisión del concepto material de delito, aunque también el bien jurídico está expuesto al cambio y al relativismo histórico.

## b) Pena

También el concepto de pena se plantea, en principio, como un concepto formal. Pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo.

Con esta definición no se dice nada, sin embargo, sobre cuál es la naturaleza de ese mal o por qué o para qué se impone. La respuesta a estas cuestiones es uno de los problemas más discutidos de la Ciencia del Derecho penal y la polémica desborda incluso los límites jurídicos, para convertirse en un tema de interés general para otras ciencias, Sociología y Filosofía principalmente.

Si se quiere conseguir algo de claridad en este asunto, deberán distinguirse desde el principio tres aspectos de la pena: su justificación,

su sentido y su fin. Mientras que con respecto al primer aspecto puede decirse que existe unanimidad, no ocurre lo mismo con respecto a los otros dos.

La pena se *justifica* por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una «amarga necesidad».

Más discutidos son los problemas sobre el sentido y fin de la pena. Ellos han constituido el objeto de la llamada «lucha de Escuelas», que durante muchos años ha ocupado el centro de gravedad de las discusiones y polémicas en la Ciencia del Derecho penal. Aunque aquí no voy a ocuparme de esta polémica con detalle, expondré sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos y el estado actual del problema.

Tradicionalmente se distingue entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

1. Las *teorías absolutas* atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la *retribución*, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena.

La pena es, pues, la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida como una necesidad ética, como un «imperativo categórico» al modo que la entendió KANT en su conocido «ejemplo de la isla»:

*«Si los miembros de una sociedad decidieran disolverse; si, por ejemplo, el pueblo, que habita una isla, decide abandonarla y dispersarse por todo el mundo; antes de llevar a cabo esa decisión, debería ser ejecutado el último asesino que quedara en prisión, para que todo el mundo supiera el valor que merecen sus hechos y para que el crimen de homicidio no recaiga colectivamente sobre todo un pueblo por descuidar su castigo; porque de lo contrario podría ser considerado partícipe de esa injusticia» (KANT, Introducción a la metafísica de las costumbres).*

(Recuérdese que este texto también es utilizado para defender la pena de muerte, de la que KANT, como otros muchos ilustres pensadores en esa época, era partidario).

De algún modo, esta idea está fuertemente enraizada en la sociedad, que reacciona frente a los más graves delitos exigiendo el castigo de sus culpables («el que la hace, la paga») y en las concepciones religiosas, que ven la pena como la expiación necesaria del mal (delito) cometido. También las ideas de venganza y de «castigo» se basan en una concepción retribucionista de la pena. Igualmente, la tesis de FLETCHER (Conceptos básicos, pp. 72 y ss.), que ve la pena como una oportunidad para expresar «solidaridad con la víctima» y compensar la desigualdad producida por el delito, se apoya en una concepción retribucionista.

2. Las *teorías relativas* atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

Las *teorías de la prevención general* ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Su principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, FEUERBACH, que consideraba la pena como una «coacción psicológica» que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos.

Las *teorías de la prevención especial* ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su *aseguramiento*, apartándolo de la vida social en libertad. Su principal representante fue otro gran penalista alemán, FRANZ VON LISZT, quien consideró al delincuente como el objeto central del Derecho penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento. También la llamada «Escuela correccionalista» española de finales del siglo XIX y principios del XX preconizó una teoría preventiva especial de la pena. Famosa es la frase de la penitenciarista española Concepción ARENAL: «odia el delito, compadece al delincuente», y el título del libro del penalista salmantino Pedro DORADO MONTERO: «El Derecho protector de los criminales» (1915), que sintetizan perfectamente las aspiraciones resocializadoras de la teoría preventiva especial. Las tesis preventivas, aunque sin distinguir entre preventivas generales y especiales, están ya recogidas en la famosa sentencia que se atribuye a PLATÓN y recoge SÉNECA:

«Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque».

3. Tras estas posiciones, aparentemente irreconciliables, se defiende actualmente una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndole

también el cumplimiento de fines preventivos tanto generales como especiales. Esta nueva postura, llamada *teoría de la unión*, es hoy la dominante.

Estas *teorías unificadoras* aparecen en la historia del Derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de Escuelas que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial. Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva a delinquir. Reconducir ambas visiones de la pena a una unidad es una especie de «cuadratura del círculo» de difícil solución. Las teorías de la unión, en sus distintas variantes (véase ROXIN, Parte General I, pp. 93 y ss.), tienen, sin embargo, el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas. Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal deberá enfrentarse con él, por consiguiente, desde un punto de vista *totalizador*, sin perjuicio de descomponerlo después, diferenciando sus distintos aspectos.

Precisamente en esto fracasan también las teorías de la unión. Para estas teorías lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. Pero, como ha demostrado ROXIN (un resumen de su posición puede verse en Parte General I, pp. 95 y ss.), la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un saludable efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de *prevención general positiva* que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho.

No se puede hablar, por tanto, de una función única, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es, más bien, un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece.

*En el momento de la amenaza penal*, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de *prevención general negativa*, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando *en la aplicación de la pena* la idea de *retribución* o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

Finalmente, *durante la ejecución de la pena impuesta*, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de *prevención especial*, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente o, por lo menos, su aseguramiento.

Con otras palabras, cuando el legislador amenaza con la pena de prisión de diez a quince años en el art. 138 del Código penal el hecho de matar a otra persona, lo hace con la esperanza de que, a la vista de la pena con que conmina la realización de ese hecho, la generalidad de los ciudadanos normales se abstendrán de matar a sus semejantes —prevención general negativa—. Pero si, a pesar de esta conminación, alguien llega a cometer culpablemente un homicidio, entonces debe aplicársele la pena prevista con un criterio retributivo, es decir, porque ha cometido el homicidio, demostrando al mismo tiempo, con ello, la seriedad de la amenaza penal (prevención general positiva). Una vez impuesta la pena correspondiente, debe procurarse, sin embargo, sobre todo cuando ésta es una pena de prisión, de acuerdo con la idea de prevención especial, que durante la ejecución de la pena se actúe directamente sobre el delincuente, educando y reprimiendo sus instintos agresivos, para que, una vez cumplido el castigo impuesto, pueda integrarse en la comunidad como miembro perfectamente idóneo para la convivencia (cfr. art. 25 CE).

De acuerdo con este esquema, se puede concluir diciendo que la pena es *retribución*, en tanto que supone la imposición de un mal al hecho punible cometido. La idea de retribución traza los límites de la intervención punitiva del Estado. El límite mínimo, porque sólo puede aplicarse, prescindiendo ahora de las medidas de seguridad (véase *infra* c), cuando se haya cometido un hecho delictivo completo en todos sus elementos. El límite máximo, porque obliga a no sobrepasar la gravedad de la pena que tiene asignada en la ley el hecho que dio lugar a su aplicación. Pero la pena no se agota en la idea de retribución, sino que cumple también otra función importante, luchando contra el delito a través de su prevención: a través de la prevención general, intimidando a la generalidad de los ciudadanos, amenazando con una pena el comportamiento prohibido (*prevención general negativa*), pero tam-

bién demostrando la superioridad de la norma jurídica y los valores que representa, así como restableciendo o fortaleciendo la confianza de los ciudadanos en el Derecho (*prevención general positiva*); y a través de la *prevención especial*, incidiendo sobre el delincuente ya condenado, corrigiéndolo y recuperándolo para la convivencia, fomentando en él una actitud de respeto por las normas jurídicas.

Este planteamiento dialéctico general ideal sólo sirve para describir fenomenológicamente el proceso de la intervención punitiva del Estado, sin que ello excluya las «desviaciones» que en cada uno de los estadios en los que se lleva a cabo ese proceso puedan darse. Así, por ejemplo, en el estadio de la amenaza penal, una exageración de la idea de prevención general lleva a la implantación de una especie de «terror penal», amenazando con penas verdaderamente draconianas hechos de escasa trascendencia y aun de dudosa punibilidad. Esta exacerbación punitiva está implícita en modernas teorías criminológicas de la reacción social, como la de la «tolerancia cero», que pretende resolver algunos problemas sociales (drogadicción, marginación social, etc.) en clave puramente represiva, incrementando las penas o penalizando conductas de escasa entidad delictiva (pintadas, mendicidad, pequeños hurtos, etc.). También el imperio absoluto de la idea retributiva puede conducir a una concepción puramente «vindicativa» del Derecho penal en el momento de la aplicación de la pena, haciendo del juez una especie de autómatas ejecutor de la venganza pública («fiat iustitia, pereat mundus»). Finalmente, durante la ejecución de la pena, sobre todo cuando ésta es privativa de libertad, una idea exagerada de la prevención especial puede hacer del delincuente una especie de «conejo de Indias», aplicándosele medidas o tratamientos que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, como por ejemplo los trabajos forzados o la esterilización o castración, o que pretenden más su «inocuidación», cuando no lisa y llanamente su eliminación o exterminio (*pena de muerte*), o mediatizando la concesión de determinados beneficios, como permisos de salida, libertad condicional, etc., con criterios muy especiales, más propios de la «subcultura penitenciaria» que de una auténtica resocialización (*prevención especial negativa*). A esta idea, puramente inocuidadora del delincuente, responden modernas teorías penitenciarias que proponen una selectiva *incapacitation*, es decir, la prolongación indefinida de la pena privativa de libertad para delincuentes habituales, con pronóstico desfavorable de resocialización. Esta idea también se utiliza para fundamentar la imposición de determinadas medidas de seguridad (como, por ejemplo, internamiento en custodia de seguridad), como prolongación de la pena (cfr. *infra* c). Sobres éstas y otras modernas teorías criminológicas de la reacción social frente a la delincuencia, véase HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, 2001).

### c) *Medidas de seguridad*

Como acabamos de ver, el Derecho penal no sólo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si esta doble tarea se lleva a cabo solamente con la aplicación



de la pena, se habla de un *Derecho penal monista*. Por el contrario, se habla de un *Derecho penal dualista*, cuando, junto a la pena, se aplican otras sanciones de distinta naturaleza a las que se llaman *medidas de seguridad*.

En el Derecho penal moderno junto a la pena, como principal consecuencia del delito, vienen también en consideración las medidas de seguridad, adoptándose así en la mayoría de los países un sistema dualista de las consecuencias jurídicas del delito.

Originariamente los Códigos penales decimonónicos respondían a la idea de un Derecho penal monista y regulaban sólo una consecuencia del delito: la pena, que respondía fundamentalmente al pensamiento retributivo y en cierta medida también a la prevención general. Pero poco a poco fue destacándose la idea de la prevención especial, apareciendo en primer plano la persona del delincuente como sujeto que hay que corregir, rehabilitar o asegurar. Se hizo así precisa la introducción en los sistemas legales punitivos vigentes de determinadas medidas que pudiesen realizar más adecuadamente dicha idea.

En la Codificación penal decimonónica se arbitraron ya algunas formas de control del sujeto irresponsable penalmente, pero peligroso. Pero es en el Código penal vigente donde estas medidas tienen una regulación más específica y detallada, en el Título IV del Libro I (sobre esta regulación véase, para más detalles, *infra* Tercera Parte).

Al igual que la pena, la medida de seguridad se justifica por ser un medio de lucha contra el delito. La diferencia fundamental con aquélla radica en que mientras que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la *culpabilidad* o responsabilidad del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la *peligrosidad* de éste.

Por peligrosidad se entiende la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que una determinada persona cometa en el futuro un delito.

El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia de la medida de seguridad es de naturaleza *preventivo-especial*. El delincuente es objeto de la medida de seguridad, bien para reeducarlo y corregirlo, bien para apartarlo de la sociedad en el caso de que aquéllo no sea posible.

Este juicio de peligrosidad se lleva a cabo a través de una «prognosis» de la vida del sujeto en el futuro. Para ello deben tenerse en cuenta varios datos: el género de vida del sujeto, su constitución psíquica, el ambiente en el que vive, etc. De aquí se desprende que la peligrosidad

de un sujeto, es decir, la posibilidad de que cometa un delito en el futuro, puede constatarse aun antes de que se haya cometido delito alguno. Frente a esa *peligrosidad predelictual* está la *peligrosidad postdelictual*, que es la probabilidad de delinquir en el futuro que muestra una persona que ha cometido ya un delito, es decir, un delincuente.

Actualmente ya nadie discute que el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico-penales lo constituye la peligrosidad postdelictual. Ello se deriva de la propia naturaleza y concepto del Derecho penal como un *Derecho penal de acto* y no meramente como un *Derecho penal de autor* (sobre esta distinción véase *infra* capítulo XII).

En efecto, el Derecho penal se ocupa del delito, al que vincula determinadas consecuencias jurídicas, penas o medidas de seguridad. Sólo el delito, la conducta criminal definida como tal en el Código penal, constituye el punto de partida y el presupuesto de toda reacción jurídico-penal. El mismo Código penal dice en su art. 1 que se ocupa de acciones o de omisiones que constituyen delito o falta, es decir, de las conductas criminales; y en el art. 6,1 que «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, *exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*».

Esta clara consecuencia fue, sin embargo, ignorada totalmente por la legislación española que, primeramente con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y luego con la que vino a sustituirla de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, aplicaba indistintamente medidas de seguridad a casos de peligrosidad predelictual y de peligrosidad postdelictual, llevando así prácticamente a la equiparación de ambas. Es más, el centro de gravedad de dichas leyes era la peligrosidad predelictual, sin referencia a la previa comisión de un delito. Así, por ej., el hecho de ser vago habitual, ejercer la prostitución o realizar actos de homosexualidad, ser mendigo habitual o toxicómano eran presupuestos suficientes para, una vez demostrada su *peligrosidad social* (no necesariamente *criminal*), aplicar medidas de seguridad que en nada se diferenciaban de las medidas de seguridad postdelictuales o de las mismas penas (cfr. art. 2,1º, 4º y 7º de la Ley de Peligrosidad de 1970. Sobre el origen ideológico de estas medidas, véanse FROMMEL, 1992/1993; MUÑOZ CONDE, 1994). La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social ha sido expresamente derogada en el Código penal de 1995 (Disposición derogatoria única, 1,c aunque, tras las SSTC de 14 de febrero de 1986 y de 19 de febrero de 1987, se estimaba que, *de hecho*, ya lo estaba; cfr. *infra* capítulo XXXIV).

Es evidente que el Derecho penal sólo debe ocuparse de conductas peligrosas *postdelictuales* y que, por consiguiente, las medidas de seguridad jurídico-penales únicamente deben referirse a dichas conductas. Pero, aun aceptando este punto de partida, deben analizarse, siquiera

brevemente, las ventajas e inconvenientes de esta consecuencia del delito.

La medida de seguridad, no cabe duda, es un instrumento indispensable en la actual lucha contra el delito. *Ella se adecúa mejor que la pena a la personalidad del delincuente y puede contribuir más eficazmente a la readaptación del delincuente a la sociedad.* Por otra parte, es el único recurso de que dispone el Estado en aquellos casos en los que no se puede imponer una pena por ser el sujeto inimputable, es decir, por carecer de los presupuestos mínimos para responsabilizarlo de sus acciones, aun cuando ha cometido un hecho tipificado en la ley como delito, siempre que, a pesar de su inimputabilidad, sea peligroso criminalmente.

Pero de todos modos no deben ocultarse sus inconvenientes. Éstos son, sobre todo, de tipo jurídico-constitucional. El presupuesto de la medida de seguridad, la *peligrosidad criminal*, es un juicio de probabilidad y como tal puede ser erróneo: el que no se considera peligroso vuelve a reincidir y el que se considera altamente peligroso puede no volver a delinquir nunca más. Las bases sobre las que descansa tal juicio son movedizas y los criterios que se manejan en las prognosis son todavía muy inseguros. Contra ellos se formulan objeciones de índole dogmática y psicosocial. En realidad, debe aceptarse el riesgo de que la prognosis falle; y efectivamente la experiencia así lo demuestra.

También se pueden formular objeciones contra la aplicación misma de la medida de seguridad. La aplicación de una pena es la consecuencia fundamental del delito, con ella se consiguen los fines de prevención general, intimidando a los demás ciudadanos, y de prevención especial, asegurando o corrigiendo al delincuente, por eso, la aplicación conjunta de pena y medida de seguridad puede lesionar el principio de *ne bis in idem*, al traducirse en un doble castigo (*fraude de etiquetas*). Por más que digamos que el fundamento y los fines son distintos en una y otra, en verdad es el mismo individuo quien soporta ambas consecuencias por el hecho cometido. Tampoco la medida de seguridad como sustituto de la pena está exenta de objeciones, por cuanto puede ser más gravosa que la pena misma, durando por ejemplo más que ésta o siendo incluso de duración indefinida.

Por otra parte, alguna de estas medidas de seguridad en concreto puede lesionar los derechos fundamentales del individuo, al imponer *coactivamente* actividades que emanan de la libertad personalísima del individuo; o que, en última instancia, descansan en la voluntad del sujeto afectado como, por ejemplo, el tratamiento terapéutico o correc-

cional. Y aún existe el peligro de que con la medida de seguridad se persiga en realidad un aumento encubierto de la gravedad de las penas, aduciendo la supuesta finalidad de la defensa social o de la corrección del individuo. Para evitar estos peligros para los derechos fundamentales, se propone hoy dotar a las medidas de seguridad, que de hecho en nada se diferencian de una pena, de los mismos límites y garantías de carácter material y formal que se exigen para la imposición de una pena (sobre estas tendencias en EE.UU., véase, por ej., FLETCHER, *Conceptos básicos*, pp. 51 y ss.). Se llega así, de hecho, a un Derecho penal monista en el que las penas y medidas de seguridad, aunque distintas en sus presupuestos, se unifican en su ejecución, creándose un sistema combinado de penas y medidas, en el que éstas sólo son, en principio, aplicables como sustituto de la pena cuando el sujeto del delito no sea responsable del mismo, pero sí peligroso, aunque siempre guardando la debida proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido, no pudiendo ser más gravosas ni durar más que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (art. 6,2 Cp). Excepcionalmente, la medida de seguridad se puede imponer también juntamente con la pena, cuando sean de distinta naturaleza y, por tanto, compatibles en su cumplimiento simultáneo o, en el caso de que ambas sean privativas de libertad (internamiento psiquiátrico y prisión para un enfermo mental semiimputable), haciendo cumplir en primer lugar la medida y luego computando su tiempo de duración en el tiempo de duración de la pena (*sistema vicarial*); (para más detalles, cfr. art. 99 Cp y véanse *infra* capítulo XXXIV, MUÑOZ CONDE, 1985, y SIERRA LÓPEZ, 1996. Sobre los orígenes ideológicos de las medidas de seguridad y su empleo con fines eugenésicos y racistas en el nacionalsocialismo, véase MUÑOZ CONDE, RP 2002; 2003).

**Bibliografía:** La bibliografía sobre delito, pena y medidas de seguridad es inabarcable; para la exposición de las líneas básicas de estos conceptos se ha utilizado: ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal, una aproximación desde la filosofía política*, ADP 1998; ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español*, en *Homenaje a Torío*, Granada 1999; CANCIO MELIÁ/ FEJOO/ JAKOBS, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid 2008; CASCAJO CASTRO, *Los fines de la pena en el orden constitucional*, La Ley 1996; DEMETRIO CRESPO, *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, RGDP 2007; FROMMEL, *La lucha contra la delincuencia en el Nacionalsocialismo*, EPC 1992/1993 (traducción de Muñoz Conde); HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona 1985 (traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde); HASSEMER/ MUÑOZ

CONDE, Introducción a la Criminología, Valencia 2001; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales, Granada 1999; MUÑOZ CONDE, La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, CPC 1979 (también en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982); EL MISMO, Monismo y dualismo en Derecho penal, en Derecho penal y control social, Jerez 1985; EL MISMO, Las medidas de seguridad, eficacia y ámbito de aplicación, La Ley 1991; EL MISMO, Política criminal y Dogmática jurídico-penal en la República de Weimar, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho 1994 (también en a Casas Barquero, Córdoba 1996); EL MISMO, El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los «extraños a la comunidad», RP 2002; EL MISMO, La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. ¿Un paso para la «solución final de la cuestión social»? Estudio preliminar a Mezger, ¿hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras?, RP 2002; EL MISMO, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª edición, Valencia 2003; OCTAVIO DE TOLEDO, Las medidas de seguridad con arreglo al Código penal: carácter, presupuesto y límites, PJ 2000; PRITTWITZ, La resurrección de la víctima en la teoría penal, RGDP 2005; ROXIN, Problemas básicos del Derecho penal, Madrid 1976 (traducción de Luzón Peña); EL MISMO, Iniciación al Derecho penal de hoy, Sevilla 1982 (traducción de Luzón Peña y Muñoz Conde); SÁNCHEZ LÁZARO, Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad, RP 2006; SANTOS REQUENA, La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal, Granada 2001; SANZ MORÁN, Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal, Valladolid 2003; SIERRA LÓPEZ, Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal, Valencia 1996; EL MISMO, Los nuevos planteamientos en la imposición y aplicación de las medidas de seguridad, AP 1997; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona 1997; VARIOS, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, (Arroyo Zapatero/ Neumann/ Nieto Martín, coordinadores), Cuenca 2003; VARIOS, La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, (Eser/ Hassemer/ Burkhardt, coord. de la versión alemana; Muñoz Conde, coord. de la versión española), Valencia 2004. (Véase además la bibliografía correspondiente a los capítulos XI, XXX, XXXI y XXXIV).

## CAPÍTULO III

### El Derecho penal objetivo (cont.)

- C) Función de la norma penal
  - a) Función de protección: el concepto de bien jurídico
  - b) Función de motivación: norma penal y control social

#### C) *FUNCIÓN DE LA NORMA PENAL*

Independientemente de cuáles sean el contenido, sentido y fin que se asignen a los distintos elementos integrantes de la norma penal, el Derecho penal como conjunto normativo cumple una función de mantenimiento y protección de un sistema de convivencia y sólo dentro del sistema y desde ese sistema puede explicarse.

La función de la norma penal, como la de cualquier institución, sólo puede comprenderse, pues, en referencia a un *sistema social de convivencia*.

Sin embargo, con esto no se ha dicho todavía nada sobre las cualidades que debe tener ese sistema de convivencia ni sobre la forma específica de funcionar de la norma penal en ese sistema. A la primera cuestión sólo se puede responder situándose en una perspectiva ideológica, desde la que se puede decir, por ejemplo, que el sistema social ideal de convivencia es el comunista, el capitalista o el anarquista. En este sentido, una norma funcional para un sistema puede ser disfuncional para otro y viceversa. Pero, puesto que desde esta perspectiva el *concepto de función* es demasiado neutro, hay que precisarlo más y preguntar, no por la función de la norma penal respecto a un determinado sistema ideológico, sino por la función de la norma penal respecto a la convivencia humana que es el fin y al mismo tiempo la base de todo sistema social. En tanto que la norma penal posibilite una mejor convivencia, será funcional; cuando se convierta en perturbadora de esa convivencia, será disfuncional. Pero el concepto de funcionalidad al que aquí nos referimos no tiene tanto que ver con el sistema social de convivencia en el que la norma penal actúa (de ello nos ocuparemos *infra* en el capítulo siguiente), como con la forma en que la norma penal opera dentro del propio sistema.

Desde esta perspectiva se puede decir que la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales. La norma penal tiene, por tanto, una doble función: protectora y motivadora. *Protección y motivación* o, mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. La protección supone la motivación y sólo dentro de los límites en los que la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia. Esta doble función de la norma penal tiene, como veremos más adelante (*infra* Segunda Parte), repercusiones en la Teoría General del Delito, tanto en la configuración de la *teoría de la antijuricidad* (cfr. *infra* capítulo XVIII.4), como en la de la *teoría de la culpabilidad* (cfr. *infra* capítulo XXII).

Como seguidamente veremos, esta doble función es llevada a cabo también, más o menos directamente, por otras normas jurídicas y por otras instancias de control social, jurídicas y no jurídicas, sin las que las normas penales difícilmente pueden desplegar sus tareas protectoras y motivadoras. Una concepción más tradicional, que goza de arraigo en la doctrina española, distingue entre *normas de valoración* y *normas de determinación*. Las primeras serían de carácter objetivo y servirían para delimitar lo justo de lo injusto, y las segundas tendrían un carácter subjetivo y se dirigirían directamente a la persona, determinando su comportamiento (véase LUZÓN PEÑA, Curso I, pp. 64 ss.). En el fondo, esta distinción coincide con la que aquí se hace, pero atribuye una preeminencia a la norma de valoración que carece de sentido sin la norma de determinación (véase MORALES PRATS, 2001, p. 545; ÁLVAREZ GARCÍA, 2001).

Desde el punto de vista del destinatario de la norma, también se distingue entre *norma primaria*, que se dirige al ciudadano prohibiendo la conducta («no matar»), y *norma secundaria*, que se dirige al Juez que tiene que castigar cuando el ciudadano infringe la norma primaria (art. 138 Cp: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años»). Esta distinción coincide con la propuesta por algún sector de la doctrina alemana entre *norma de conducta* y *norma de sanción* (véase MIR PUIG, Parte General, pp. 61 ss.). Sin negar la validez de éstas y otras posibles distinciones, lo importante y más característico de la norma penal sigue siendo, a mi juicio, su función de protección a través de la motivación del comportamiento humano, lo que es compatible también con otras posibles funciones que pueda desempeñar y que pueden incluirse en ella (preventivas, integradoras del consenso, reforzamiento de la vigencia del Ordenamiento jurídico, etc.). El que luego las lleve a cabo correcta, satisfactoria y eficazmente, es otra cuestión que será analizada a lo largo de esta obra.

a) *Función de protección: el concepto de bien jurídico*

A la norma penal, igual que a las demás normas jurídicas, le incumbe una función eminentemente protectora. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas en esta materia radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión y en que sólo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad.

Pero, ¿qué es lo que protege o pretende proteger la norma penal? A esta pregunta responde la mayoría de los penalistas: la norma penal, el Derecho penal, protege *bienes jurídicos*. La verificación de esta afirmación obliga, pues, a enfrentarse con el *concepto de bien jurídico*.

1. La necesidad de la convivencia —condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo las necesidades humanas individuales— supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse y desarrollarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan «bienes» y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el Derecho, «bienes jurídicos».

Así pues, bienes jurídicos son aquellos *presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social*.

Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud —negados por la muerte y el sufrimiento—. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc.

A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama «bienes jurídicos individuales», en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados «bienes jurídicos colectivos», que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc.

De ahí la distinción que suele hacerse en la Parte Especial del Derecho penal entre *delitos contra las personas* —que atacan directamente a los bienes jurídicos individuales— y *delitos contra la sociedad* —que



atacan a los bienes jurídicos comunitarios, al orden social o estatal establecido—. Esta distinción no debe entenderse, sin embargo, como una *concepción dualista del bien jurídico*, por la que se contraponen los bienes jurídicos individuales a los «supraindividuales». La convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste pueda autorrealizarse (cfr. *infra* 3).

2. La determinación de los bienes jurídicos a proteger supone una valoración que, como tal, está condicionada históricamente. Los valores que en cada época determinada el legislador somete a tutela penal dependen no solamente de las necesidades sociales concretas, sino también, y quizás en primera línea, de las concepciones morales dominantes en la sociedad.

Ahora bien, esta realidad indiscutible lleva a considerar también como «bien jurídico» los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una «perversión» del concepto de bien jurídico. La historia muestra claros ejemplos de esto.

La elevación a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría es una forma evidente de mantener el *status*, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación. De este modo se abusa del Derecho penal como sistema de represión en defensa de las minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales —a la propiedad privada, por ejemplo— con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad, o considerando como «derechos naturales», inmutables y permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de quienes tienen el poder.

Al igual que ocurre con el concepto de delito, también tiene el penalista que elaborar un concepto material, no simplemente formal, de bien jurídico que, comparado con las concepciones extrajurídicas, le permita una función *crítica* de los bienes jurídicos protegidos por el legislador. Pero esta función crítica no se debe limitar sólo a los bienes jurídicos protegidos, sino también al modo de protegerlos, para desembocar finalmente en una función político-criminal que determine qué bienes jurídicos deben protegerse y cómo deben protegerse por la norma penal. La *teoría del bien jurídico* está, por tanto, a caballo entre el concepto

material de delito (*supra* capítulo II) y la forma en que se protegen los bienes jurídicos y su función como límite del poder punitivo del Estado (*infra* capítulo IV).

3. Esta visión crítica se puede obtener más fácilmente con una *concepción personalista del bien jurídico*. Según HASSEMER (HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, pp. 108 y ss.), desde una visión antropocéntrica del mundo, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo. El punto de vista contrario, es decir, una *concepción monista del bien jurídico de carácter universal o colectivo*, reconduce la función del Derecho penal a la protección del sistema social en su conjunto y, sólo dentro de él, en segundo plano, del individuo, considerando los bienes jurídicos individuales (vida, salud, libertad, etc.) como atribuciones derivadas de las funciones del sistema social. Por otra parte existen también las *teorías llamadas dualistas* que dividen y colocan en el mismo plano los bienes jurídicos individuales y los colectivos, soslayando el problema, ignorando que es más que una simple cuestión sistemática lo que hay en juego en este tema. En ningún caso se puede olvidar que en el *proceso de producción del bien jurídico* se dan manipulaciones y tergiversaciones que tienden a ignorar el «interés humano» que debe haber en todo bien jurídico en beneficio de una concepción puramente estatista o deshumanizada del mismo (véase *infra* capítulo IV).

Por eso, me parece rechazable la tesis de JAKOBS, que reduce la función protectora al mero restablecimiento de la vigencia de la norma, pues detrás de la norma siempre hay un interés o bien jurídico, a través del cual se comprende, se interpreta y se puede criticar la pretensión de vigencia de la norma. Sin esa referencia al bien jurídico, el restablecimiento de la norma como única función directa del Derecho penal es tautológica, vacía de contenido y, sobre todo, impide la crítica de la norma misma (cfr. JAKOBS, *Parte General*, pp. 8 y ss.).

### b) *Función de motivación: norma penal y control social*

1. El Derecho penal no es sólo un instrumento de protección de bienes jurídicos (también el Servicio de Bomberos o la Cruz Roja lo son), sino un instrumento de motivación del comportamiento humano en sociedad. Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado «motivación».

Entre estos procesos se encuentra el Derecho. El Derecho penal, como parte de ese Derecho, ejerce un fuerte influjo en la motivación humana; pues las normas jurídicas, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo, son interiorizadas o internalizadas por él y cooperan en la formación de su conciencia.

De todas las teorías que han explicado el proceso de motivación del comportamiento humano, ninguna lo ha hecho tan bien y tan convincentemente como la *teoría psicoanalítica*.

Según FREUD, en alguna parte de la psique humana se forma desde la niñez un órgano de control que vigila las propias emociones y rige la conducta del hombre conforme a las exigencias del mundo circundante. A este órgano de control lo llamó después *superyo*. El proceso de formación del superyo es bastante complicado. Empieza con la introyección del poder paterno en la niñez y continúa con la introyección de la autoridad social durante toda la vida. La autoridad en general y la autoridad estatal, que precisamente muestra en el Derecho penal su aspecto más dramático, se internalizan a través del superyo. De este modo se forma una instancia valorativa en el adulto que le impulsa a dirigir sus acciones conforme a las exigencias que de ella emanan. Esta instancia valorativa, conciencia ético-social o superyo, tiene su origen en factores determinantes de tipo religioso, económico, etc. — los llamados estereotipos —. Uno de estos factores determinantes es, sin lugar a dudas, el Derecho, la norma jurídica, cuya diferencia con los demás factores radica precisamente en la posibilidad de su imposición coactiva. Esta posibilidad existe también en los otros factores, pero en ninguno de ellos se presenta organizada e institucionalizada: la institucionalización de la coacción, la *coacción organizada* es el rasgo típico del Derecho.

El principal medio de *coacción jurídica*, la pena, sirve, pues, para motivar comportamientos en los individuos. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora que señalábamos al principio, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables.

2. La función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; aunque en su última fase sea individual, es decir, incida en el individuo concreto. Como dice PARSONS, «todos los procesos de motivación son procesos que se producen en las personalidades de los actores individuales. Los procesos mediante los que la estructura motivacional de una personalidad individual llega a ser lo que es, son, sin embargo, fundamentalmente, procesos sociales, que entrañan la interacción del ego con una pluralidad de alter».

Parece, pues, evidente que la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico-penal en un con-

texto mucho más amplio de *control social*, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad.

El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conductas y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento. El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. No hay alternativas al control social; es inimaginable una sociedad sin control social.

Dentro del control social, la norma penal, el sistema jurídico-penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un Derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social. Es más, un Derecho penal que funcionara así sería absolutamente insoportable y la más clara expresión de una sociedad de esclavos. La norma penal, el sistema jurídico-penal, el Derecho penal como un todo, sólo tiene sentido si se lo considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento. Las diferencias existentes entre el sistema jurídico-penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo: el Derecho penal constituye un «plus» adicional en intensidad y gravedad de las sanciones. Pero no es el único, ni el más importante. Verdaderamente, las normas penales por sí solas son insuficientes y paradójicamente demasiado débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. De nada servirían ni la conminación penal contenida en las mismas, ni la imposición de la pena, ni su ejecución, si no existieran previamente otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad. Como ya puso de relieve PIAGET, creador de la psicología evolutiva, la conciencia moral, el superyo, la ética social se forman desde la niñez en referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas y, sólo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual, en referencia a las normas penales. Así, por ejemplo, todo el mundo sabe que matar o robar está prohibido, pero

este conocimiento se adquiere primariamente como norma social y sólo posteriormente como norma jurídico-penal. Es más, difícilmente puede tener eficacia motivadora alguna la norma penal en orden a inhibir estos comportamientos, si no va acompañada de otros factores motivadores e igualmente inhibitorios.

Son muchos los casos que se pueden citar de discrepancia entre la función motivadora de la norma penal y la función motivadora emanada de otras instancias de control social. A veces las normas sociales no sólo dan una imagen deformada del Derecho penal, sino que también desarrollan estrategias de neutralización o de modificación de las exigencias contenidas en las normas penales. No hace falta citar el caso del aborto para reflejar hasta qué punto sucede esto en la realidad criminológica de nuestros días. Algo similar ocurrió en EE.UU. en los años veinte con la ley de prohibición de consumo de alcohol o sucede ahora con la represión indiscriminada del consumo de drogas. Hay otros ejemplos menos espectaculares, pero no menos reales, que demuestran la disociación existente entre normas sociales y normas penales en numerosos ámbitos de la vida social. A los ejemplos procedentes del Derecho penal vigente durante la dictadura franquista en el ámbito de las libertades públicas y de la moral sexual ya derogados, habría que añadir ahora otros casos, de signo contrario, en los que determinadas clases o grupos sociales desarrollan estrategias de contención o de neutralización de las normas penales cuando éstas pueden afectar a sus intereses de clase. Valga de muestra el caso de los delitos económicos, en los que «slogans» como «economía de mercado», «libertad de empresa», etc., se utilizan a veces como pretexto, justificación o excusa de los más graves atentados a los intereses económicos colectivos. También el «terrorismo político», sobre todo en nuestros días el motivado por nacionalismos independentistas (ETA, IRA), goza de una base social más o menos amplia que neutraliza incluso el efecto inhibitorio de prohibiciones penales básicas como el asesinato o el secuestro, convertidos en instrumentos de guerra o de lucha política.

Está claro, pues, que la función motivadora de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social. Pero también la función motivadora emanada de esas otras instancias de control social sería ineficaz si no fuera confirmada y asegurada, en última instancia, por la función motivadora de la norma penal. Los modelos de sociedad actualmente existentes no han podido renunciar todavía a esa instancia formalizada de control social que es el Derecho penal. La renuncia al Derecho penal en las actuales circunstancias no supondría ningún avance en orden a la consecución de una mayor libertad, sino más bien lo contrario: que las tareas reservadas al Derecho penal fueran asumidas por otras instancias del control social más difíciles de controlar y limitar que las penales propiamente dichas, consiguiendo con ello, no eliminar el Derecho pe-

nal, sino algo peor que el Derecho penal mismo, o que se cambien las palabras, pero no la realidad.

*La función motivadora* que aquí se defiende también persigue, en definitiva, el *reforzamiento de los valores ético-sociales* que preconizaba WELZEL, o la *confirmación del reconocimiento normativo* que defiende la moderna teoría de la *prevención general integradora funcionalista* de JAKOBS. Pero se diferencia de estos planteamientos en que reconoce el carácter ambiguo e incluso contradictorio de estos valores y las dificultades existentes para conseguir la integración o el consenso, cuando coexisten, incluso en relación con los valores fundamentales que protege el Derecho penal, distintas e incluso opuestas concepciones. También algunos pretenden fundamentar la función motivadora de la norma penal, desde el punto de vista de su eficacia preventiva general intimidatoria, en el sentido originario que le dio FUERBACH como «coacción psicológica» que desalienta al individuo que piensa cometer un delito (véase *supra* capítulo II.B.b.2). En la misma línea se mueven las *teorías economicistas* del Premio Nóbel de Economía de 1992, Gary BECKER, que pretende explicar el comportamiento criminal y la reacción frente al mismo como una «*rational choice*», como una decisión racional entre varios haceres posibles en la que el sujeto se deja llevar por aquélla que le produce mayores beneficios con el menor coste posible. Desde este punto de vista, con la amenaza de pena se le hace sentir al individuo que cometer el delito no es rentable, que produce más costos que beneficios (*crime doesn't pay*). El principal defecto de estos planteamientos es que le atribuye excesiva eficacia unilateral motivadora a la norma penal, que, como ya hemos visto, carece de toda eficacia si no va acompañada en la misma dirección de otras instancias que también inciden motivando, incluso más fuertemente, el comportamiento humano. La función motivadora de la norma es, pues, una hipótesis de trabajo, que debe ser verificada en cada caso, dependiendo más de variantes extrajurídicas (personas en las que incide, tipo de delitos que éstas cometan, eficacia policial, posibilidad de no ser descubierto, etc.), que de la propia norma (sobre las insuficiencias de la teoría motivadora de la norma penal como sistema de prevención general intimidatoria, véase HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, 2001, pp. 302 ss.).

**Bibliografía:** Sobre el concepto de bien jurídico: ABANTO VÁSQUEZ, Acerca de la teoría de bienes jurídicos, RP 2006; ALCÁCER GUIRAO, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?: apuntes sobre el concepto material del delito, Barcelona 2003; ALONSO ÁLAMO, Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos, EPC 2009; EL MISMO, Bien jurídico material y bien jurídico procedimental y discursivo, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; ÁLVAREZ GARCÍA, Bien jurídico y Constitución, CPC 1991; BUSTOS RAMÍREZ, Los bienes jurídicos colectivos, en Control social y sistema penal, Barcelona 1987; CARBONELL MATEU, Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos, en Intereses difusos y Derecho penal, CDJ 1994; CUELLO CONTRERAS, Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal, ADP 1981; DE LA CUESTA AGUADO, Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto, RDPC 1996; Díez RIPOLLÉS, El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista, JD 1997; GÓMEZ BENÍTEZ, «Sobre la teoría del

bien jurídico» (aproximación al ilícito penal), RFDUC 1983; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia 1989; HIRSCH, Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto del bien jurídico, en Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid 2001; HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho, Barcelona 1991; LASCURAIN SÁNCHEZ, Bien jurídico y objeto protegible, ADP 2007; MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Granada 1997; MIR PUIG, Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*, EPC 1989/1990; MORALES PRATS, Técnicas de tutela penal de los intereses difusos, en Intereses difusos y Derecho penal, CDJ 1994; NEUMANN, Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico: alternativas: ninguna, CPC 2007; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ADP 1990; POLAINO NAVARRETE, El bien jurídico en Derecho penal, Sevilla 1974; SANZ MORÁN, Reflexiones sobre el bien jurídico, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; SUÁREZ LÓPEZ, ¿Existe el bien jurídico-penal en el siglo XXI? (I), La Ley Penal 2009; TERRADILLOS BASOCO, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, RFDUC 1981; VARIOS, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?, Hefendehl (dir.), Madrid 2007.

Sobre las funciones de la norma: ÁLVAREZ GARCÍA, Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo, Valencia 2001; CANCIO MELIÁ/ FEIJOO SÁNCHEZ/ JAKOBS, Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, Madrid 2008; ESER, Reglas de conducta y normas de tratamiento. Algunas cuestiones merecedoras de reflexión respecto del papel del destinatario de la norma en Derecho Penal, RDPC 2001; GIL GIL, Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal, en Homenaje a Cerezo, Madrid 2002; MORALES PRATS, Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista y bidimensional, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; SILVA SÁNCHEZ, ¿Directivas de conductas o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas, en Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid 2001.

Sobre la función motivadora: el inicio de esta teoría se debe a GIMBERNAT ORDEIG, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Salamanca 1971 (también en Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid 1990). Partidarios de esta teoría, aunque con diversas matizaciones: LUZÓN PEÑA, Prevención general y psicoanálisis, en Mir Puig (edit.), Derecho penal y ciencias sociales, Barcelona 1982; MIR PUIG, Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona 1976; MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, Barcelona 1975; EL MISMO, Derecho penal y control social, Jerez 1985. Críticamente entre otros: BAJO FERNÁNDEZ, Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma, EPC 1976/1977; CÓRDOBA RODA, Culpabilidad y pena, Barcelona 1986; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto del Derecho penal, Madrid 1981. Desde una concepción distinta de la norma, véase SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992.

También para una mejor comprensión de las tesis mantenidas en este capítulo, se recomienda la lectura del libro de PARSONS, *El sistema social*, Madrid 1966 (traducción de Jiménez Blanco y Cazorla Pérez), de gran influencia en la concepción funcionalista de LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid 1983; EL MISMO, *Sociedad y sistema*, Madrid 1990; y sobre todo en la teoría funcionalista del Derecho penal de JAKOBS, del que además de su Tratado, pueden consultarse sus principales trabajos en sus *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997 (traducción de Cancio Meliá, Suárez González y Peñaranda Ramos); críticamente BARATTA, *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría de la pena*, CPC 1984; VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 1996. Un resumen de la tesis de JAKOBS puede verse en el Prólogo que escriben los traductores de sus Estudios.

Sobre la norma penal como control social, véase bibliografía *supra* capítulo I.

Sobre Psicología evolutiva y la formación de la conciencia moral, véase PIAGET, *El juicio moral en el niño*, 1932 (un resumen de su pensamiento en PIAGET, *Seis estudios de psicología*, Barcelona 1985).





## CAPÍTULO IV

### El Derecho penal subjetivo

1. El Derecho penal subjetivo
2. Principios limitadores del poder punitivo del Estado
  - A) Principio de intervención mínima
    - a) La subsidiariedad del Derecho penal: especial consideración del poder sancionatorio de la Administración
    - b) La relativa dependencia del Derecho penal en sus presupuestos
    - c) Las consecuencias del principio de intervención mínima en la protección de bienes jurídicos: el concepto de bien jurídico como límite del poder punitivo del Estado
    - d) Las consecuencias del principio de intervención mínima respecto a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito. El principio de proporcionalidad
  - B) Principio de intervención legalizada: evolución y fundamento
  - C) Principio de culpabilidad

### 1. EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

Tradicionalmente, se suelen tratar bajo este epígrafe los problemas de legitimidad del poder punitivo o *ius puniendi* del Estado.

Inherente al poder estatal, el poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir, porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada.

Las perspectivas *abolicionistas* pertenecen, hoy por hoy, al mundo de las utopías y, en todo caso, no pueden plantearse al margen de un determinado modelo de sociedad y Estado; y los modelos de sociedad y Estado que conocemos en el presente y en el pasado, y podemos prever en un futuro a corto o medio plazo no parece, desde luego, que puedan prescindir de esa última instancia de control social formalizado para la prevención y represión de los ataques más graves a los bienes más importantes de sus respectivos sistemas de valores.

La aceptación de esta realidad no quiere decir, ni mucho menos, que tenga que ser una aceptación acrítica. Las experiencias habidas hasta la fecha con el Derecho penal demuestran hasta qué punto éste puede ser manipulado y utilizado para reprimir derechos fundamentales de las personas y perpetuar las injusticias estructurales del sistema.

La cuestión de la legitimidad del Derecho penal o de la legitimidad del Estado para utilizarlo en el establecimiento o mantenimiento de su sistema no es, por tanto, una cuestión superflua, pero, en cierto modo, está más allá del Derecho penal propiamente dicho. Como señalábamos antes al hablar de la función de la norma penal, ésta no puede ser desconectada de un determinado sistema social, político, económico y jurídico de convivencia. Un Estado totalitario, negador de los derechos y libertades fundamentales, engendra a su vez un Derecho penal de esta clase, puramente represivo y perpetuador del *statu quo* del modelo de Estado al que sirve. Un Estado democrático debe dar lugar, en cambio, a un Derecho penal más respetuoso con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad, la igualdad y la libertad, que son la base de una democracia.

Configurado el Estado español desde la Constitución de 1978 como un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1,1) parece claro que el Derecho penal, como una parte de ese Ordenamiento jurídico, debe adaptarse y ponerse en consonancia con el modelo de Estado social y democrático de Derecho y con los valores superiores que éste propugna.

La legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (art. 10,2), que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio.

Pero junto a esta *legitimación extrínseca* del Derecho penal, hay también una *legitimación intrínseca* del propio instrumento jurídico punitivo, representada por una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación. Algunos de estos principios, como el de legalidad de los delitos y las penas, tienen tanta importancia que han llegado a recogerse a nivel constitucional entre los derechos y libertades fundamentales; otros son más producto de la reflexión especulativa sobre la regulación penal que de la aplicación directa de preceptos constitucionales. Pero todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho penal respetuoso con la dignidad y la libertad humanas, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su Ordenamiento jurídico.

## 2. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

Las ideas que anidan en el corazón de los hombres de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Estas ideas sirven de línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales y, en caso contrario, dan la base para su crítica. Dirección y crítica son, por tanto, las dos funciones que tienen encomendadas estas ideas en el ámbito del Derecho penal moderno. Su naturaleza es tanto política como jurídica. Su origen hay que buscarlo, con todas las reservas que supone buscar una fecha para el nacimiento de una idea, en ese momento histórico que suele fijarse en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que, por lo menos a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado por los representantes elegidos por el pueblo y deja de ser un Derecho divino o derivado del Más Allá («Rey por la gracia de Dios»).

A partir de esa época, el Derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el «imperio de la ley». Evidentemente, la vigencia plena de esta idea fue, y es todavía, un deseo loable no siempre satisfecho en la práctica; pero su reconocimiento, siquiera sea a nivel formal, supuso ya un adelanto irreversible frente al Derecho penal del Antiguo Régimen. La importancia de este adelanto se mostró posteriormente, cuando el Estado totalitario irrumpió en la esfera de lo punible amenazando con penas conductas indiferentes desde el punto de vista ético-social y borrando toda idea de proporción entre el delito cometido y el castigo aplicable. La situación no ha cambiado tanto como para olvidarse ya de este problema. La excesiva intromisión del poder estatal en la esfera privada es un hecho corriente repetidas veces denunciado. En Derecho penal se ha entrado, además, en un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad corre parejo con un aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente.

Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, el problema de los límites al poder punitivo estatal, límites que se basan en última instancia en la dignidad humana y en la idea de la Justicia misma, sigue siendo un problema fundamental. A mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: *el principio de intervención mínima* y *el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado*. Sin embargo, en la doctrina suelen señalarse otros, como el de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc., que, en realidad, no son más que diversas formas de aparición de los mencionados anteriormente. Ciertamente algunos de ellos han llegado a cobrar tal importancia en el moderno Derecho penal que suelen tratarse autónomamente al mismo nivel que el de intervención mínima o el de intervención legalizada. Así sucede, por ejemplo, con el principio de culpabilidad que, sin embargo, sigue siendo discutido tanto en el nombre como en su contenido. De ahí que sólo lo tratemos marginalmente en este capítulo, sin perjuicio de remitirnos a otros lugares del programa donde será objeto de un estudio más profundo.

No nos ocupamos aquí de otros principios igualmente importantes, como los principios de presunción de inocencia, derecho a la defensa, *in dubio pro reo*, derecho a ser oído y participar en el proceso, derecho a la prueba, a la imparcialidad del juez y al juez natural, etc., cuyo estudio corresponde al Derecho procesal penal, que, como ya hemos dicho anteriormente, constituye una disciplina jurídica y un área de conocimiento diferente.

### A) PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el *principio de intervención mínima*. Con esto quiero decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes (véase al respecto MUÑOZ CONDE, Introducción, pp. 59 y ss.). Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga también que el Derecho penal tiene carácter «subsidiario» frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico.

Esta expresión, indudablemente equívoca, ha originado las más estériles polémicas. A mi juicio la «subsidiariedad», «accesoriedad» o «secundariedad», como también se le llama, del Derecho penal no es más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima. Pero, para evitar malos entendidos, conviene precisar,

previamente al estudio de las consecuencias de este principio, la cuestión de la subsidiariedad del Derecho penal.

a) *La subsidiariedad del Derecho penal: especial consideración del poder sancionatorio de la Administración*

El Derecho penal, como todo el Ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho. Ello ha llevado a un cierto sector de la doctrina a decir que, frente a estas otras ramas jurídicas, el Derecho penal tiene carácter subsidiario.

La afirmación del carácter subsidiario del Derecho penal tiene su origen en la *teoría de las normas* que formuló a principios del siglo XX el penalista alemán BINDING. El punto de partida de este autor es su distinción entre norma y ley penal; el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionatoria de las acciones prohibidas por las normas.

La distinción peca de artificial y, desde luego, es innecesaria. Por imperativo del principio de legalidad o de intervención legalizada del poder punitivo del Estado (véanse *infra* B, y capítulo V), las normas de conducta sólo adquieren relevancia en Derecho penal en la medida en que se plasman en la ley penal vigente. El que existan normas de conducta sociales previas a las propias leyes penales no implica que éstas sean subsidiarias de aquéllas, sino simplemente demuestra el sustrato social que las normas penales tienen y al que ya hicimos referencia en los capítulos I y III.

A nivel menos filosófico, el problema se plantea en relación con las otras ramas del Ordenamiento jurídico, respecto a las que el Derecho penal tendría un carácter puramente sancionatorio y, por tanto, subsidiario. El Derecho penal sería así simplemente el instrumento sancionatorio de supuestos de hecho cuya regulación correspondería a las demás ramas del Derecho, al Derecho civil, al mercantil, al administrativo, etc.

Ello es, en parte, así en aquellos casos en los que, como ya hemos visto a través de las llamadas *normas penales en blanco*, la regulación del supuesto de hecho de la norma penal se hace en otras ramas del Derecho a las que la norma penal expresamente remite. Pero incluso en estos casos, el Derecho penal utiliza sus propios criterios para decidir

qué parte de esos supuestos eleva a la categoría de delito, y desde el momento en que lo hace la convierte en un elemento integrante de su propia normativa.

Lo que no puede ignorarse es que el Derecho penal también es una parte del Ordenamiento jurídico y que, como tal, está en una *relación de interdependencia* con las otras normas jurídicas, sin que ello signifique relación de subordinación a las demás.

Pero dentro del Ordenamiento jurídico, al Derecho penal le corresponde la tarea más ingrata y temible: la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del Ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de «ultima ratio»; es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables.

En realidad, el Derecho penal no es el único instrumento sancionatorio del Ordenamiento jurídico. Prácticamente, todas las ramas jurídicas poseen sus propias sanciones que se aplican en caso de incumplimiento de sus normas. Así, por ejemplo, en el Derecho de obligaciones se prevé que el deudor indemnice al acreedor los daños y perjuicios producidos por su incumplimiento. En el Derecho de la circulación viaria se sancionan con multa o, incluso, con la retirada temporal del permiso de circulación las infracciones de tráfico. En el Derecho disciplinario de los funcionarios públicos se sanciona a éstos en caso de infracción de alguno de los deberes específicos que les impone la función pública que desempeñan.

Algunas de estas sanciones pueden derivarse de la comisión de un delito, planteándose entonces el problema de si pueden coexistir con las penales propiamente dichas. La respuesta debe ser afirmativa en la medida en que las sanciones no penales tengan una finalidad y una función distinta a las penales. Así, por ejemplo, el propio Código penal regula en sus arts. 109 y ss. la *responsabilidad civil derivada del delito*, que puede coexistir perfectamente con la penal. Igual sucede con las *sanciones laborales* de despido por haber cometido el trabajador un delito en el desempeño de su oficio; y, en general, con todas las sanciones no penales que afectan a ámbitos distintos al penal propiamente dicho. Así, por ejemplo, un futbolista puede ser sancionado penalmente, por haber lesionado gravemente a un compañero, por un delito de lesiones, y con

la suspensión federativa profesional para jugar varios partidos. La segunda sanción, la federativa, tiene un ámbito y función completamente distintos a los de la sanción penal, que sólo puede imponer el tribunal penal correspondiente.

La cuestión se complica cuando la sanción penal y la extrapenal no sólo coinciden en el mismo hecho, sino que cumplen funciones muy parecidas. Sucede así, por ejemplo, con el quebrantamiento de condena, que no sólo está castigado en el primer apartado del art. 468 con una pena de prisión de seis meses a un año cuando la pena quebrantada sea una privativa de libertad, sino que, además, lleva consigo que el recluso que pretendió fugarse sea sancionado también en el ámbito penitenciario disciplinario a un sistema de cumplimiento más riguroso o a celdas de aislamiento. El Tribunal Constitucional (STC 8/1986, de 1 de julio) considera correcta la duplicidad de sanciones en este caso y, de un modo general, las sanciones disciplinarias contra los reclusos, argumentando que la «especial relación de sujeción» que vincula al recluso con la Administración justificaría la potestad sancionatoria autónoma de ésta.

Pero el tema no está tan claro en el caso de las *sanciones administrativas de carácter disciplinario aplicadas a funcionarios*. Si el funcionario comete, por ejemplo, un delito de malversación de caudales públicos puede ser sancionado penalmente a una pena de prisión y de inhabilitación, pero, al mismo tiempo, puede ser sancionado disciplinariamente a la separación definitiva del servicio.

La jurisprudencia viene defendiendo desde antiguo este criterio. Así, por ejemplo, ya decía la STS de 5 de marzo de 1955 que las sanciones penales y disciplinarias:

«Obedecen a valoraciones jurídicas diferentes, ya que la responsabilidad penal persigue la restauración de la paz social perturbada por el delito, mientras que la disciplinaria se inspira, más bien, en un criterio de moralidad, que impone a la Administración la ineludible necesidad de exigir a sus servidores, lealtad, honor y dignidad en el cumplimiento de sus deberes, para rodear del prestigio imprescindible a la función pública».

Y, curiosamente, lo mismo dice el Tribunal Constitucional (STC de 20 de octubre de 1984), que reproduce casi literalmente los fundamentos de la vieja jurisprudencia. Pero lo más grave no es esta clara infracción del *ne bis in idem*, lo más grave es que la sanción disciplinaria puede tener más entidad que la penal. Así, por ejemplo, en el caso que citábamos antes de malversación de caudales públicos, el funcionario puede ser sancionado penalmente, si reintegra la cantidad malversada, a una pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo



público por tiempo de seis meses a tres años (art. 433), pero puede ser separado definitivamente de su empleo por la vía disciplinaria.

Desde luego, esto se compagina mal con el carácter subsidiario y de «ultima ratio» del Derecho penal. Por eso debe proponerse, ya que la jurisprudencia constitucional y algunas normas legales disciplinarias son inequívocas en este punto, que el Derecho penal no sea rebasado en la magnitud de la gravedad de sus sanciones por ninguna otra disciplina jurídica y que a los hechos constitutivos de delito no puedan aplicarse otras sanciones que las que se pronuncian en la sentencia penal, ya de por sí suficientes para restablecer el orden jurídico violado (para más detalles, véase *infra* capítulo V).

Fuera del ámbito disciplinario, la cuestión se ha solucionado en favor de la vigencia del *ne bis in idem*, hasta el punto de existir disposiciones expresas, como los arts. 32 y 33 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores de 1984, el art. 74 de la Ley de Seguridad Vial, o el art. 32 de la Ley de Seguridad Ciudadana, en las que expresamente se consagra la vigencia del *ne bis in idem* y la supremacía de la Jurisdicción penal para juzgar y sancionar los hechos constitutivos de delitos.

La distinción entre el *poder sancionador administrativo* y el propiamente penal es puramente coyuntural y, desde luego, no se basa en criterios cualitativos o de diferencias esenciales entre los ilícitos administrativos y penales que están en su origen. La distinción es fundamentalmente cuantitativa. Una vez más, conforme al carácter de «última ratio» del Derecho penal, es obvio que éste se ocupa de las infracciones más graves. Así, por ejemplo, en materia de tráfico, conducir bajo el efecto de bebidas alcohólicas es constitutivo de delito a partir de una determinada cantidad de alcohol en sangre. La LO 15/2007, de 30 de noviembre, modificó el Código penal ampliando enormemente las posibilidades de intervención del Derecho penal en esta materia, criminalizando incluso con penas de prisión infracciones que hasta la fecha eran puramente administrativas (rebasar los límites de velocidad sin crear peligro concreto). El efecto preventivo general que con ello se pretende igualmente puede conseguirse con la sanción administrativa y con el empleo de medidas de este orden. Sin embargo, cabe el peligro de que rebajando este hecho a la categoría de infracción administrativa, pase a manos del poder sancionatorio de la Administración y que ésta proceda más expeditivamente que el propio Derecho penal.

Contra este procedimiento poco se puede hacer, dado el relativismo de la distinción entre ilícito administrativo e ilícito penal, pero, en todo caso, y para evitar los abusos a que dio lugar la Ley de Orden Público

en la dictadura franquista, el art. 25,3 de la Constitución dispone expresamente que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad».

Es decir, de toda la gama de sanciones, la única específica del Derecho penal es la privación de libertad, bien como sanción directa, bien como subsidiaria en caso de impago de multa penal.

En las demás, la Administración puede hacer un uso ilimitado de ellas. Lo único que cabe esperar ante este desmesurado poder sancionatorio es que también aquí rijan los mismos principios y garantías que rigen en la imposición de las sanciones penales. La ausencia de una ley general reguladora del poder sancionatorio viene siendo suplida por el Tribunal Constitucional, que tras pasa a las sanciones administrativas los principios y garantías de las penales (para más detalles, véase *infra* capítulo V).

#### *b) La relativa dependencia del Derecho penal en sus presupuestos*

Pero si el Derecho penal es totalmente independiente en sus efectos, no lo es tanto, sin embargo, en sus presupuestos.

No puede desconocerse que hay delitos cuya creación es genuinamente penal, en tanto en cuanto no tienen un explícito correlato en las leyes no penales o habría que buscarlo a través de cláusulas generales como las de los artículos 6 y 1902 del Código civil. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos contra la vida y la libertad sexual.

Pero tampoco es menos cierto que existen otros grupos de delitos cuya relación con otras ramas del Derecho es tan estrecha que mal se pueden precisar sus presupuestos sin acudir previamente a ellas. Principalmente ocurre esto con los delitos contra el patrimonio, cuyos presupuestos existenciales descansan en relaciones jurídicas privadas. Así, por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes supone la existencia de una relación jurídica obligacional que liga al acreedor con el deudor; la apropiación indebida o el hurto suponen la ajenidad de la cosa apropiada, la distinción entre estos dos delitos descansa en el discutido concepto de la posesión, etc. Lo mismo sucede con algunos delitos contra el estado civil, la bigamia, por ejemplo, que supone la constatación de la previa existencia de otro matrimonio anterior válidamente constituido.

Una buena prueba de la relativa dependencia del Derecho penal en sus presupuestos es la existencia en la LECrim de las *cuestiones prejudiciales* — arts. 3 a 7 —, que precisamente han sido creadas para dilucidar los casos en los que

la existencia de un delito depende de la constatación de relaciones jurídicas pertenecientes a otras ramas del Derecho. Estas cuestiones serán, unas veces, resueltas por el juez penal, y otras, se remitirá su conocimiento a otras jurisdicciones cuyas resoluciones vincularán o no al juez penal, etc., pero, en todo caso, deben ser resueltas previamente a la cuestión penal propiamente dicha.

La cuestión de si el Derecho penal crea sus prohibiciones o éstas le vienen ya dadas es, pues, más adecuada para oscurecer los problemas que para solucionarlos y, en todo caso, no se puede resolver de un modo general. Sobre todo si se tiene en cuenta que el Ordenamiento jurídico no está compuesto de compartimentos cerrados, estancos, sin comunicación entre sí, sino que existe una relación de interdependencia entre ellos, sin que esto implique la subsidiariedad de ninguno. Existe, pues, una *unidad del Ordenamiento jurídico* en todas sus ramas y un concepto de ilicitud o antijuricidad válido para todas ellas; lo único que varían son los efectos que se preven en una o en otra y que cada una configura autónomamente de acuerdo con sus necesidades.

c) *Las consecuencias del principio de intervención mínima en la protección de bienes jurídicos: el concepto de bien jurídico como límite del poder punitivo del Estado*

El concepto de *bien jurídico* que dimos en el capítulo III ofrece al legislador un criterio bastante aceptable como principio inspirador de sus decisiones en materia penal: sólo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto del Derecho penal. Sin embargo, la vaguedad del concepto mismo y su posible manipulación obligan a ulteriores precisiones conceptuales, que ocupan hoy una buena parte de las reflexiones de la Ciencia del Derecho penal.

Naturalmente, esta discusión carecería de interés si el bien jurídico existiera antes de que el legislador le otorgase su protección «sacándolo», por así decirlo, de la realidad social en la que vive. Pero el concepto de bien jurídico, como todos los conceptos normativos, es una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado y, a veces, manipulado y pervertido en sus elementos esenciales. De tal modo que poco se gana con decir que el Derecho penal protege bienes jurídicos, si antes no nos ponemos de acuerdo sobre lo que entendemos por tales.

En el capítulo III se propuso una *teoría personalista del bien jurídico*, y se dijo que tan importante como el «interés humano necesitado

de protección penal» es el proceso mismo — social y político — a través del que se constituye, dejando abierto el concepto a otros fenómenos relevantes que puedan modificarlo en el futuro.

Esta estrategia definitoria tiene la ventaja de ofrecer más un argumento para elaborar y aplicar el Derecho penal, que un «salvoconducto» de la *ratio legis*. Más no se puede esperar de este tipo de conceptos fundamentales; pero tampoco su vaguedad e insuficiencia deben llevar a su abandono o, como algunos pretenden, a su sustitución por conceptos aún más vagos e imprecisos como el de «funcionalidad del sistema social» o el de «restablecimiento de la vigencia normativa», perdiéndose así un importante punto de apoyo para la crítica del Derecho penal positivo.

La absoluta autonomía del Derecho penal en la configuración de sus efectos no quiere decir que éstos puedan ser empleados de cualquier modo, en su calidad y cantidad, para proteger bienes jurídicos. Con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el Derecho penal, sino también *ante* el Derecho penal. Es decir, si para el restablecimiento del Orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales.

Otro límite a la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal viene impuesto por la propia gravedad de las acciones que en ellos inciden. Si, como ya decíamos en el capítulo II, el fundamento del concepto material de delito no es sólo el *desvalor de resultado*, lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino también el *desvalor de acción*, la protección de bienes jurídicos que lleva a cabo el Derecho penal se tiene que establecer con la incriminación de las conductas que los atacan. Este proceso de incriminación se realiza con la descripción de estas conductas en los llamados tipos penales, que cumplen así la misión de indicar la materia de prohibición, lo que el legislador considera que debe ser prohibido.

Pero no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el Derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El Derecho penal se limita a castigar únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter «fragmentario», pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, el Derecho penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia.

Este *carácter fragmentario del Derecho penal* aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: en primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales.

De todo lo dicho se deduce que el bien jurídico es un fundamento necesario de la intervención del Derecho penal en la regulación de la convivencia humana, pero no es por sí solo criterio suficiente para limitar el poder punitivo del Estado. La intervención del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos depende además, como dice HASSEMER (HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción, 1989, pp. 65 ss.), del criterio del *merecimiento de pena*, es decir, del juicio de si un comportamiento concreto que afecta a un determinado bien jurídico debe, por la gravedad del ataque, por la propia importancia del bien jurídico, etc., ser sancionado penalmente. En esta decisión el legislador se guía no sólo por criterios de Justicia, sino también de oportunidad y utilidad social. Ambos criterios se interfieren y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena. En un Estado de Derecho sería fundamentalmente injusto, desde luego, castigar un hurto de escasa cuantía con pena de muerte o con veinte años de prisión, por más que ello fuera útil desde el punto de vista de la prevención de estos delitos. Pero igualmente puede ser desaconsejable castigar, por ejemplo, como hace el art. 227 del Cp, con pena de prisión un comportamiento ciertamente injusto, como el impago de pensiones al cónyuge o a los hijos, cuando ello puede producir más daño que beneficio a las víctimas. En caso de duda sobre el merecimiento de pena de una conducta debe elegirse la vía de la impunidad o la despenalización (*in dubio pro libertate*). En definitiva, la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal es antes que una cuestión dogmática, un problema de Política criminal (véase *infra* capítulo X.C). Y en este sentido sólo se pueden dar aquí algunos criterios o pautas orientadores que deben ser tenidos en cuenta a la hora de crear los correspondientes tipos penales en la Parte Especial.

1º) Una consecuencia inmediata del principio de protección de bienes jurídicos es, por ejemplo, la exclusión del ámbito de protección penal de las meras discrepancias ideológicas, políticas o religiosas (cfr., sin embargo, arts. 504 y 543) y las meras inmoralidades sin trascendencia en los derechos de terceros. En general se puede decir que las

leyes penales que no protegen bienes jurídicos son nulas por arbitrarias o por infringir el principio de intervención mínima del Derecho penal, aunque en ningún precepto de la Constitución se recoja expresamente este principio (cfr. ROXIN, Parte General I, p. 63).

La misión del Estado es, por tanto, garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a sus ciudadanos.

De acuerdo con este principio, han ido desapareciendo del moderno Derecho penal delitos como la homosexualidad entre adultos, el adulterio, el besialismo, la blasfemia; comportamientos considerados tradicionalmente como inmorales y castigados por el Derecho penal pero que, al no concretarse en la lesión de bienes jurídicos particulares determinados, han dejado de ser punibles. En relación con el ejercicio de la sexualidad se ha producido, en consecuencia, una restricción de la punibilidad y en el Código penal vigente se tipifican en el Título VIII como «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» sólo los ataques violentos o intimidatorios, o en situación de prevalimiento o de engaño, a la libertad sexual, la implicación de menores o deficientes mentales en actos sexuales de adultos y la explotación de formas deterioradas del ejercicio de la sexualidad como la prostitución (cfr. esta situación con la vigente hasta 1979, descrita en MUÑOZ CONDE, Introducción, 1975, pp. 72 y ss.). No obstante, la alarma social creada con los abusos sexuales de menores y la pornografía infantil en Internet motivó la introducción en el Código penal de 1995 de tipos delictivos cuestionables como algunos de los contenidos en el art. 189,2 y 7. Igualmente cuestionable es incriminar el hecho de lucrarse «explotando la prostitución de otra persona, *aun contando con su consentimiento*» (art. 188,1).

2º) De la concepción del Derecho penal como un instrumento de protección de bienes jurídicos no se deduce, sin embargo, automáticamente que el legislador esté obligado a sancionar penalmente todos los comportamientos que lesionen bienes jurídicos, cuando la protección a los mismos se puede conseguir incluso más eficazmente con otros instrumentos jurídicos no penales. Sucede esto, por ejemplo, con el *aborto*, donde una política de planificación familiar, asesoramiento y ayuda social y fiscal a la mujer, sirve más para la protección de la vida del feto que todas las prohibiciones penales juntas.

Debe asimismo advertirse contra una tendencia que pretende identificar bien jurídico protegido penalmente con derecho fundamental reconocido en la Constitución aunque, obviamente, detrás de todo bien jurídico haya un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. En realidad, un derecho fundamental puede dar lugar a diversos bienes jurídicos, que merezcan distinta protección penal. Así, por ej., el derecho reconocido en el art. 15 de la Constitución («Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral») contiene, a su vez, varios bienes jurídicos con distinta problemática que se refleja en la tipificación de las conductas que pueden afectarles. Así, en el Título I del Libro II del Código penal se tipifican los delitos contra la vida humana independiente en sus diversas modalidades de homicidio, asesinato y cooperación e inducción al suicidio; en el

Título II, los delitos contra la vida humana dependiente en las diversas modalidades del aborto; en el Título III, los delitos contra la integridad física y la salud física o psíquica; en el Título IV se tipifican las lesiones al feto; y en el Título VII, los delitos contra la integridad moral, especialmente la tortura. También respecto a este importantísimo derecho fundamental se ve, pues, hasta qué punto el legislador penal está legitimado no sólo para seleccionar las distintas acciones merecedoras de pena, sino para marcar los límites de la protección penal y la diferente protección penal que merece cada uno de ellos, utilizando para ello criterios político-criminales extraídos de las propias formalidades y límites del Derecho penal. (Sobre la distinción entre bien jurídico y derecho fundamental reconocido en la Constitución, véase MUÑOZ CONDE, EDJ 1996, y 2001, pp. 561 ss.).

No hay, pues, una obligación de proteger penalmente todo bien jurídico y mucho menos de protegerlo exclusivamente a través del Derecho penal, aunque de una Política criminal razonable cabe esperar que los bienes jurídicos fundamentales de carácter personalísimo (vida, integridad física, libertad) sean objeto de protección penal a través de la tipificación como delitos y consecuente amenaza de pena de los ataques más graves a los mismos (véanse ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, pp. 16 ss.; MUÑOZ LLORENTE, 2001; SANTANA VEGA, 2001).

3º) Actualmente se advierte una tendencia a ampliar el ámbito de intervención de Derecho penal a la protección de *bienes jurídicos universales* cada vez más inaprensibles y, por eso mismo, difíciles de delimitar. De esta tendencia hay muchas muestras en el actual Código penal, en cuyo Título XVI se protegen bienes jurídicos como «la ordenación del territorio» (Capítulo I), «el patrimonio histórico» (Capítulo II), «los recursos naturales y el medio ambiente» (Capítulo III) y «la flora, fauna y animales domésticos» (Capítulo IV). Dada la importancia de estos sectores en las sociedades modernas, parece inevitable recurrir también al Derecho penal para su protección. Pero ello en ningún caso debería significar la pérdida de identidad del Derecho penal y su conversión en una *soft law* haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho civil o administrativo o utilizándolo simplemente como «tapadera» de los déficit de funcionamiento de otras ramas del Derecho. El concepto de bien jurídico concebido originariamente como límite del poder punitivo del Estado, se convierte en una legitimación de la ampliación del Derecho penal a la prevención de riesgos difícilmente identificables como bienes jurídicos. Esta «funcionalización» del Derecho penal encierra el peligro de que se le asignen tareas que luego en la práctica no puede cumplir, ofreciendo engañosamente a la opinión pública unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se verifican en la realidad. La tendencia a la «expansión del Derecho penal» (en expresión de SILVA

SÁNCHEZ) se ha ido incrementando en los últimos años y ha dado lugar a una polémica entre los que consideran que infringe el principio de intervención mínima, tal como aquí se ha expuesto, y los que consideran, por el contrario, que es inevitable y que el Derecho penal tiene que hacer frente los problemas característicos de las sociedades modernas (medio ambiente, uso de energía nuclear, salud pública, terrorismo) ampliando su ámbito de intervención y adaptando sus instrumentos técnicos a las peculiaridades de dichos ámbitos (criminalización anticipada al estadio previo a la lesión o puesta en peligro concreto de bienes jurídicos, recurso a delitos de peligro abstracto, empleo con profusión de normas penales en blanco, sustitución del concepto de bien jurídico por el de equilibrio funcional o su ampliación a los bienes jurídicos colectivos o universales, etc.). Frente a ello sólo cabe recordar el carácter de «ultima ratio» que tiene el Derecho penal y la insuficiencia protectora y motivadora de sus instrumentos, cuando no van acompañados por otros de carácter preventivo o reparador o éstos no se emplean adecuadamente.

Las críticas a lo que se ha dado en llamar «Derecho penal moderno» proceden fundamentalmente del grupo de penalistas de la llamada Escuela de Frankfurt, y tienen su principal representante en Hassemer (véase, por ejemplo, HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, 1995, p. 27; también los trabajos de PRITWITZ y otros, en VARIOS, 2000; así como las contenidas en VARIOS, 2003; y como crítica al Código penal español de 1995, MUÑOZ CONDE, La Ley 1996). La doctrina española reciente se ha ocupado con intensidad de estas cuestiones, véanse, por ejemplo, además del trabajo de SILVA SÁNCHEZ, 2001, los trabajos de MATA Y MARTÍN, 1997, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2001, MENDOZA BUERGO, 2001. El debate a favor y en contra de esta tendencia sigue abierto y no es previsible que se cierre a corto plazo. Más discutible aún es lo que Jakobs llama un «Derecho penal del enemigo», que prácticamente con el pretexto de acabar con los «enemigos del sistema», hace tabla rasa de los principios limitadores y garantistas del Estado de Derecho, convirtiendo el Derecho penal en un instrumento de guerra contra un «enemigo» invisible, que ni se define, ni se identifica (en este sentido, véanse, JAKOBS en VARIOS, La ciencia del Derecho penal, 2004; JAKOBS/ CANCIO, 2003. Críticamente al respecto, MUÑOZ CONDE en VARIOS, El Derecho ante la globalización, 2004; EL MISMO, 2005 y 2006; PÉREZ CEPEDA, 2007; PORTILLA CONTRERAS, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; PRITWITZ, en VARIOS, Política criminal, 2004).

*d) Las consecuencias del principio de intervención mínima respecto a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito. El principio de proporcionalidad*

Otras consecuencias del principio de intervención mínima se refieren a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito.



También aquí la idea rectora es la de que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito. Un ejemplo de este principio es el art. 2.2 del Código penal que permite, excepcionalmente, el efecto retroactivo de las leyes penales «que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena».

Las consecuencias de este principio son el *principio de humanidad* y el *principio de proporcionalidad*.

1º. El principio de humanidad obliga siempre a reconocer que el delincuente, cualquiera que sea el delito que haya cometido, es un semejante, una persona humana que tiene derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno derecho.

Estas ideas se reflejan en el proceso penal, en la abolición de determinados tipos de pena y en la ejecución de las penas privativas de libertad.

– En el proceso penal, el principio de humanidad, que surge con la Ilustración, ha llevado a la abolición de la tortura como medio de averiguación de la verdad y a la de cualquier otro medio que prive al acusado de la libre determinación de su voluntad, como el lavado de cerebro, el detector de mentiras, el suero de la verdad, etc. Esto es lo que garantiza, en definitiva, el derecho a la presunción de inocencia que, como principio básico del imputado en el proceso penal, reconoce el art. 24 de la CE.

– Con respecto a la *pena de muerte*, el principio de humanidad impone su abolición en los países donde existe; pues ni sirve más que otras penas para proteger a la comunidad, ni permite ningún tipo de acción resocializadora sobre el delincuente, ni, desde luego, es necesaria para garantizar la paz social.

– Por último, en materia de ejecución penitenciaria, el principio de humanidad obliga a tratar con respeto al encarcelado y procurar su reinserción en la vida social una vez que haya salido de la cárcel, ahorrándole, en todo caso, todo tipo de vejaciones inútiles y de sufrimientos.

El art. 15 de la Constitución prohíbe expresamente la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, aboliendo la pena de muerte. Y el art. 25.2 de la misma dice que las penas y las medidas privativas de libertad estarán orientadas primordialmente a la reinserción social de los condenados.

2º. El *principio de proporcionalidad* es una idea de Justicia inmanente a todo el Derecho. Con él se quiere decir, ni más ni menos, que

a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente.

Trasladado al campo del Derecho penal, este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.

El primer criterio que se debe utilizar para determinar la gravedad de la pena que se debe imponer a un determinado delito es, desde luego, la importancia del bien jurídico afectado, dado que éste es el principal fundamento de la intervención del Derecho penal. De ahí, por ejemplo, que los delitos contra la vida sean los que se castiguen más severamente en los Códigos penales.

La gravedad de la pena depende, además, de la forma de ataque al bien jurídico. Así, por ejemplo, un ataque doloso a la vida es mucho más severamente castigado (por ej., como asesinato), que uno o varios ataques imprudentes al mismo bien jurídico (por ej., diez homicidios por imprudencia a consecuencia de un accidente de tráfico). La diferenciación no se hace en estos casos cuantitativa, sino cualitativamente, es decir, en función del desvalor ético-social del comportamiento realizado.

También la imposición de las medidas de seguridad se inspira en el principio de proporcionalidad (cfr. art. 6,2).

El Tribunal Constitucional afirmó el carácter constitucional de este principio (STC 62/1982, de 15 de octubre) derivándolo de los valores de la justicia, la libertad y la dignidad humana (arts. 1 y 10 CE) y, posteriormente, concretó sus exigencias para que la restricción de derechos —lo que incluye a la ley penal— pueda considerarse proporcionada: a) debe ser idónea para perseguir una finalidad de relevancia constitucional; b) debe ser necesaria, en el sentido de que no sea suficiente con otra intervención menos drástica; y c) debe ser ponderada, en el sentido de que proporcione más beneficios para el interés general que perjuicios para los derechos que se limitan, lo que se conoce como proporcionalidad en sentido estricto (entre otras, vid. SSTC 136/1996; 161/1997). Sobre la desproporción en la pena del delito de colaboración con organización o grupo terrorista del art. 576, STC 136/1999, de 20 de julio. Para más detalles sobre este principio véanse los trabajos de AGUADO CORREA, 1999, CUERDA ARNAU, 1997, DE LA MATA BARRANCO, 2007 y PRITTWITZ, 2000).

## ***B) PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN LEGALIZADA: EVOLUCIÓN Y FUNDAMENTO***

La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por

eso mismo, fundamentales de las personas y el carácter de *ultima ratio* que esta intervención tiene imponen necesariamente la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo. Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de «principio de legalidad», establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el «imperio de la ley», entendida ésta como expresión de la «voluntad general».

El *principio de intervención legalizada*, o de legalidad, sirve, pues, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal. Aunque hoy se entienda como un principio fundamental del Derecho penal, su reconocimiento ha supuesto un largo proceso, en ningún modo continuo, en el que se observan, junto al deseo de los ciudadanos por conseguir un mínimo de garantías frente al poder punitivo estatal, retrocesos y vueltas a sistemas absolutos y arbitrarios, cuando no a bur-las descaradas en la práctica penal de algunos Estados que, sin embargo, mantienen el principio de legalidad como «fachada formal» de su legislación penal positiva.

El principio de intervención legalizada supone, al mismo tiempo, un freno para una política penal demasiado pragmática que, decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defen-sistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna. En este sentido debe decirse, una vez más, que «el fin no justifica los medios». Una política penal mala, pero llevada a cabo con las garantías jurídicas mínimas, es preferible a una buena política penal realizada sin ningún tipo de control. La expresión tan gráfica de VON LISZT: «el Derecho penal es la Magna Carta del delincuente» es precisamente una consecuencia del principio de legalidad, pues, por muy grave que sea un hecho, su autor sólo podrá ser castigado si ese hecho ha sido considerado previamente como delito por una ley y sólo con la pena prevista en esa ley, aplicada y ejecutada también conforme a dicha ley.

Debe aceptarse, por consiguiente, el riesgo de que, por una mala elaboración de la ley o por la enorme astucia de un delincuente, queden sin sanción acciones gravemente perturbadoras de la convivencia humana. Pero este riesgo es, por otra parte, bastante pequeño; en todo caso, es el

precio que hay que pagar por la *seguridad jurídica*, requisito indispensable en una comunidad organizada.

De la vigencia del principio de intervención legalizada se derivan para el Derecho penal una serie de consecuencias que relativizan todo su contenido y que lo distinguen de las demás disciplinas jurídicas tanto en orden a las fuentes, como a su interpretación o a su elaboración científica.

En lo que sigue se tratará de la evolución y fundamento de este principio.

El estudio de las consecuencias del mismo y de su vigencia en el Derecho penal español se hará en el capítulo siguiente.

1. El principio de intervención legalizada nace con el Estado de Derecho. Naturalmente, esto no fue obra de un día ni surgió por generación espontánea, sino fruto de un largo proceso al que se le han querido hallar remotos precedentes.

Su origen más reciente se encuentra en aquel momento histórico en el que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio. A esta situación se llega precisamente con la Revolución Francesa, que no fue más que la coronación del pensamiento político y filosófico del siglo XVIII, la época del Iluminismo y de la Ilustración.

Durante esa época se suceden las Declaraciones de derechos fundamentales de las personas y las del principio de legalidad de los delitos y las penas, como, por ejemplo, en la *Petitions of Rights* de los Estados americanos de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776), en la *Josephina* austríaca de 1787 y, sobre todo, en la famosa Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, en la que se establecía que «nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada» (art. 8).

Desde entonces se viene acogiendo este principio en las Constituciones y Códigos penales decimonónicos, no siendo una excepción la legislación española de la época que lo proclama también en todas sus Constituciones y Códigos penales. De esta orientación se aparta únicamente el Derecho penal anglosajón, que sustituye el principio de legalidad de los delitos y las penas por la vinculación del juez tanto al precedente judicial, a la tradición judicial —el *common law*—, como al Derecho legal emanado del Parlamento —*statute law*—, constituyendo así un sistema jurídico-penal con características propias (véanse, por

ej., FLETCHER, Conceptos básicos, y el Prólogo a esta obra de MUÑOZ CONDE).

Como se deduce de esta rápida visión de la evolución del principio de intervención legalizada, éste constituye una conquista de la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX y es el resultado del paso de una concepción absolutista del Estado a una liberal: el Estado liberal de Derecho. A los ojos del jurista moderno se presenta como una conquista irreversible e irrenunciable, en cuanto ofrece el único medio racional de control del poder punitivo estatal. Sus insuficiencias se deben más a su realidad efectiva, que al principio como tal.

El principio de intervención legalizada tiene, por tanto, un claro fundamento político, el del Estado liberal de Derecho; pero también hay razones puramente jurídicas que lo fundamentan. De este doble fundamento, político y jurídico, me voy a ocupar más detenidamente en las páginas siguientes, dejando para el capítulo V su plasmación en el Derecho penal actualmente vigente en España.

2. Políticamente, ya se ha dicho, el principio de intervención legalizada es producto del espíritu liberal que creó el Estado liberal de Derecho.

El Estado liberal de Derecho se distingue por cuatro características: a) Imperio de la ley; b) División de poderes; c) Legalidad en la actuación administrativa; d) Garantía de derechos y libertades fundamentales.

Veamos cómo se reflejan estas cuatro características en el principio de intervención legalizada.

– El «imperio de la ley» supone que quien ejerce el poder estatal ya no puede castigar a las personas arbitrariamente y que su poder punitivo está vinculado a la ley. Por ley debe entenderse «la formalmente creada por el órgano popular representativo (Parlamento o Asamblea Nacional) como expresión de la voluntad general». En el ámbito del Derecho penal esto quiere decir que sólo pueden determinarse los delitos y las penas por los órganos populares representativos que reflejan la voluntad popular, es decir, por el Parlamento u organismo similar. Todas las leyes penales que no se crean por este procedimiento infringen el espíritu del principio de legalidad.

– La segunda de las características del Estado de Derecho: la «división de poderes», sirve de base técnica al principio de intervención legalizada.

La división de poderes, tal como la configuró MONTESQUIEU en su obra «El espíritu de las leyes», significa la distribución del poder estatal en tres funciones atribuidas cada una a un organismo distinto: la

legislativa, al Parlamento; la ejecutiva, al Gobierno o Administración; y la judicial, a los Tribunales o Jurisdicción. Esta separación de poderes no debe entenderse, de todos modos, en un sentido absoluto, como separación e incomunicación total de las funciones respectivas. Antes bien debe darse una serie de controles e intervenciones mutuas y recíprocas.

Esta división de poderes garantiza el principio de legalidad penal, repartiendo el poder punitivo estatal entre el legislativo, que se encarga de determinar los delitos y las penas a través de un proceso democrático en el que participan los representantes del pueblo, y el judicial, que se encarga de su aplicación en el caso concreto.

– Conforme al esquema anterior, el poder ejecutivo no tiene, o no debe tener, un puesto importante en la elaboración del Derecho penal. Por eso no afecta tanto el principio de legalidad administrativa al Derecho penal.

De todas formas, un cierto grado de relajación del principio clásico de separación de poderes y determinadas razones políticas han hecho que la Administración tenga hoy, y concretamente en nuestro país, una facultad sancionatoria que cuantitativamente es tan importante como la de los poderes legislativos y judicial.

Por eso, como ya se ha dicho, conviene trasladar al Derecho administrativo sancionatorio todas las garantías y cautelas que rodean la sanción penal propiamente dicha, evitando así que la «administrativización» del poder sancionatorio implique para el ciudadano una merma de sus garantías y derechos.

– Finalmente, el objetivo fundamental del principio de intervención legalizada es el de garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas. La mejor manera de protegerlos es concretizarlos y formularlos en leyes y castigar con penas su lesión o violación. Los Códigos penales se convierten así en un catálogo de prohibiciones de conductas que pueden lesionar esos derechos y libertades fundamentales. De este modo se tipifican los delitos contra la *vida*, contra la *integridad corporal*, contra la *libertad*, contra el *honor*, etc., cuya esencia consiste precisamente en lesionar estos derechos fundamentales.

Pero también las penas y sanciones penales aplicables a los autores de un delito afectan a sus derechos y libertades fundamentales (por ej., su libertad en la pena de prisión), por lo que es necesario revestirlas de todas las garantías que entraña el principio de legalidad (véase *infra* capítulo siguiente).

Este cuadro que, con todas sus insuficiencias prácticas, se presenta hoy como punto de partida válido de toda política penal, fue, como es lógico, atacado fuertemente por los Estados totalitarios, que, por lo pronto, hicieron tabla rasa del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal. Fue el Código penal ruso de 1926 uno de los primeros en establecer que el juez no estaba vinculado a la ley. E igualmente se plasmó esta idea en plena época hitleriana en el Código penal alemán, en cuyo parágrafo 2 se decía expresamente, tras la reforma de que fue objeto en 1935, «será castigado el que cometa un acto que la ley declare punible o que merezca serlo según la idea fundamental de una ley penal y el sano sentimiento popular». Quienes determinaban, naturalmente, lo que era «el sano sentimiento popular» eran los detentadores del poder ejecutivo que, por supuesto, se habían ocupado previamente de apoderarse del poder legislativo y de dominar por completo al judicial.

La experiencia supuso un retroceso a esa época de terror y arbitrariedad de la que el Derecho penal, con el liberalismo, parecía haberse librado definitivamente. La derrota de Alemania y las amargas experiencias sufridas con la derogación del principio de intervención legalizada han impuesto la vuelta al sistema clásico. Y parece conveniente seguir conservándolo en tanto los hombres tengan que imponer limitaciones en los derechos y libertades de otros hombres.

El principio de intervención legalizada se ha convertido en un principio de validez universal a través de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en las Naciones Unidas, en cuyo artículo 11 se dice: «Nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

3. El principio de intervención legalizada no sólo tiene un fundamento político, sino también jurídico.

La base jurídica se la dio el penalista alemán P.A. FEUERBACH (1775-1833). También fue FEUERBACH quien le dio su formulación latina: «*nullum crimen, nulla poena sine lege*».

Para FEUERBACH, este principio es una consecuencia inmediata de su teoría de la pena, entendida como «coacción psicológica» (véase *supra* capítulo II). La pena, según este autor, ejerce una coacción psicológica en los ciudadanos que les hace abstenerse de la comisión de delitos. Pero, para que pueda desempeñar esta función, es necesario que se describan previamente en la ley las conductas prohibidas y las penas con que se conminan esas conductas. Sin esa previa descripción legislativa, el potencial delincuente no podría saber si su conducta estaba previamente prohibida y castigada y, por consiguiente, no significaría la pena una coacción psicológica para nadie.

Por muy elemental que pueda parecer actualmente esta teoría, tiene, sin embargo, el mérito de haber destacado la *función de motivación*

de la norma penal. Esta función de motivación tiene su origen en la teoría de la coacción psicológica, y también para ella tiene una gran importancia el principio de legalidad. A través de la tipificación de las conductas prohibidas en las leyes penales y de la consiguiente amenaza de imponer una pena si se realizan, se motiva a los ciudadanos para que se abstengan de cometerlas.

El principio de legalidad sirve también para determinar la *culpabilidad* del delincuente. Pues sólo quien conoce la prohibición contenida en la ley penal o, por lo menos, ha podido conocerla, puede motivarse por ella y puede ser castigado como culpable de un hecho punible.

El principio de legalidad es, por otra parte, la garantía jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal. A través de esta *función de garantía* se controla el poder punitivo estatal en todos los estadios en que éste se ejerce. Justamente por eso, el Título Preliminar del Código penal recoge las garantías *criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución* que se estudiarán en el capítulo siguiente (véase *infra* capítulo V.2, 3 y 4).

Todo ello constituye, al mismo tiempo, un programa para la realización del Derecho penal en cada una de sus fases, estableciendo el marco dentro del cual tienen que moverse los tribunales a la hora de aplicarlo y los intérpretes y demás elaboradores técnicos a la hora de interpretarlo. Por eso, para evitar cualquier desviación del programa, el art. 4, después de advertir que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas (art. 4,1), establece una serie de instrucciones sobre lo que deben hacer los tribunales cuando les parezca que la ley penal no castiga hechos que, a su juicio, deberían ser castigados penalmente (art. 4,2), o cuando, por el contrario, castigue en general o castigue demasiado severamente hechos que, a su juicio, no deberían estarlo (art. 4,3). Tanto en un caso, como en otro, el art. 4 prescribe que el juez o tribunal se atenga estrictamente a la ley, bien prescindiendo de castigar lo que ésta no castiga, bien castigando lo que ésta castiga, sin perjuicio de dirigirse al Gobierno exponiendo su criterio, para que éste proponga la reforma legal correspondiente o conceda el indulto (art. 4,4).

La importancia del principio de legalidad o de intervención legalizada se refleja en que éste es prácticamente el único principio penal que se recoge directamente en la Constitución (art. 25,1): «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».



Con la formalización del control social jurídico-penal al máximo nivel, la protección de bienes jurídicos queda enmarcada, con todas sus ventajas e inconvenientes, por el «imperio de la ley». De ello se deducen una serie de consecuencias que relativizan de golpe el contenido del Derecho penal, lo vinculan a la legislación vigente en cada país en cada momento histórico y lo hacen depender de los avatares que, a través de la historia, se van sucediendo. Ésta es su gran tragedia, pero también su principal mérito, pues nadie que esté en su sano juicio puede ya atribuirle una misión trascendente, casi divina, más allá de la legislación y del Estado que le dan origen.

### *C) PRINCIPIO DE CULPABILIDAD*

En Derecho penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación que conviene distinguir desde el primer momento para evitar confusionismo y polémicas inútiles en relación con el contenido que hay que darle a este principio.

– Por un lado, la *culpabilidad como fundamento de la pena* se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, es decir, prohibido por la ley penal con la amenaza de una pena. Para ello se exige la presencia de una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de otra conducta distinta) que constituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de culpabilidad. Basta la falta de cualquiera de estos elementos específicos de la culpabilidad para que no pueda imponerse una pena. El fundamento material común a estos elementos es bastante discutido e incluso es preferible hablar de «responsabilidad» en lugar de «culpabilidad» para denominar la categoría en la que ubicar sistemáticamente estos elementos, pero, en todo caso, es hoy doctrina dominante la necesidad de la presencia de estos elementos para poder imponer una pena (cfr. *infra* capítulos XXII, XXIII y XXIV).

– Por otro lado está la *culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena*. Aquí ya no se trata de fundamentar el sí, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración; en una palabra, la magnitud exacta que, en el caso concreto, debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. En este caso se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de la culpabilidad, además de por

otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc.

– Finalmente, el concepto de culpabilidad se emplea como *proscripción de la responsabilidad por el resultado*, o responsabilidad puramente objetiva. En este sentido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia.

Sólo en este último sentido es unánimemente aceptado el principio de culpabilidad, mientras que en los otros dos significados anteriormente señalados, tanto el concepto como la función del principio de culpabilidad son objeto de viva discusión.

En todo caso parece hoy fuera de discusión en el moderno Derecho penal que la pena tanto en su fundamento, como en sus límites, depende del grado de *participación o responsabilidad subjetiva* del sujeto en la realización del delito y que si ésta falta, no sólo cuando no hay dolo o imprudencia respecto al resultado delictivo, sino también cuando el sujeto carece del grado de desarrollo mental necesario, desconoce que el hecho estaba prohibido o no le era exigible otro comportamiento, carece de sentido imponer una pena ya que la norma penal no puede desarrollar la función motivadora que la caracteriza. En definitiva, el principio de culpabilidad exige una concepción del sujeto del delito como un *sujeto responsable*, que sólo en la medida en que lo sea puede ser sancionado con una pena (cfr. *infra* capítulo XXII).

Este principio en su versión de que sólo el sujeto responsable que comete un delito puede ser sancionado con una pena, no es obviamente aplicable cuando se trata de imponer medidas de seguridad a inimputables, aunque también para éstos rige el principio de culpabilidad en su vertiente de proscripción de la responsabilidad por el resultado, y también para ellos rigen principios tan elementales como el proporcionalidad y legalidad en la aplicación de las medidas de seguridad (cfr. *supra* capítulo II.B.c, e *infra* capítulos XXIII.5.C y XXXIV; en los que se trata también de la problemática de la responsabilidad penal de los menores).

En el Título Preliminar del Código penal se acoge, entre las garantías penales, el principio de culpabilidad, si bien sin mencionar este nombre, en su vertiente de que «No hay pena sin dolo o imprudencia» (art. 5), es decir, como proscripción de la responsabilidad objetiva, pero no otras consecuencias que se deducen también del mismo, como la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad o la exigibilidad de un comportamiento distinto, que sí encuentran acogida en otras partes del articulado del Código (cfr., por ej., arts. 10, 12, 14,

19, 20, etc.). De ahí que en la tramitación parlamentaria del Código penal de 1995 estimara algún Grupo Parlamentario que la declaración contenida en el art. 5 era incompleta (véase GARCÍA ARÁN, 2001). Sin embargo, como ya se ha dicho, tanto el concepto de culpabilidad como su contenido distan mucho de ser pacíficos en la doctrina, de ahí que se rehuyera utilizarlo en la redacción legal, y ésta se refiera sólo a lo que hoy es absolutamente indiscutible, es decir, que tanto se le considere como una consecuencia del principio de culpabilidad, como si se lo considera una consecuencia de otros elementos del delito, una pena sólo puede imponerse cuando existe dolo o imprudencia. El estudio y el desarrollo de estos conceptos, así como del concepto y contenido de la culpabilidad corresponden a otro lugar (véase *infra* Segunda Parte).

Como resumen y conclusión de todo este capítulo se puede decir lo siguiente:

El Derecho penal cumple las funciones genéricas asignadas a las normas penales, protección y motivación, o mejor, protección a través de la motivación, protegiendo los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves (*principio de intervención mínima*), respetando las garantías de legalidad, certeza y seguridad jurídicas propias del Estado de Derecho (*principio de legalidad* al que se añaden las garantías del proceso penal), y aplicando su principal consecuencia jurídica, la pena, a los sujetos responsables del delito cometido, es decir, con capacidad para ser motivados por la norma penal (*principio de culpabilidad*).

Sobre estas bases, que se encuentran más o menos explícitamente recogidas en las Constituciones y textos fundamentales de las sociedades civilizadas democráticas modernas, se debe elaborar el sistema del Derecho penal del Estado de Derecho, tanto en su Parte General (Fundamentos, Teoría del Delito, Consecuencias jurídicas), como en los distintos sectores que integran la Parte Especial (es decir, el estudio de las concretas figuras delictivas y sus correspondientes consecuencias jurídicas).

**Bibliografía:** Sobre el principio de intervención mínima y sus consecuencias: AGUADO CORREA, El principio de proporcionalidad en Derecho penal, Madrid 1999; ÁLVAREZ GARCÍA, Bien jurídico y Constitución, CPC 1991; EL MISMO, Introducción a la teoría jurídica del delito, Valencia 1999; BENITO LÓPEZ, La potestad sancionadora de la Administración penitenciaria y la doctrina del Tribunal Constitucional. Límites y Garantías, en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; CÓRDOBA RODA, Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima,

La Ley 1996; CUERDA ARNAU, Aproximación al principio de proporcionalidad, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; DE LA MATA BARRANCO, El principio de proporcionalidad penal, Valencia 2007; DOMÍNGUEZ VIGUERA, Enjuiciamiento constitucional de la proporcionalidad de la pena. Comentario a la STC (Sala 2ª) de 8 junio 1992, La Ley 1992; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «ius puniendi», en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; GONZÁLEZ CUSSAC, El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del «derecho penal del enemigo», RP 2007; GRACIA MARTÍN, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia 2003 (nota crítica de PAREDES CASTAÑÓN, RDPC 2006); HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Valencia 1999 (traducción de Muñoz Conde y M. Díaz Pita); HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto, Valencia 1995; JAKOBS/ CANCIO MELÍA, Derecho penal del enemigo, Madrid 2003; LASCURAIN SÁNCHEZ, Por un Derecho penal sólo penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; MARTOS NÚÑEZ, El principio de intervención penal mínima, ADP 1987; EL MISMO, Principios penales en el Estado social y democrático de Derecho, RDPC 1991; MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Granada 1997; MENDOZA BUERGO, El Derecho penal en la sociedad de riesgo, Madrid 2001; MIR PUIG, Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; MOLINA GIMENO, Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal, AJA 2008; MORILLAS CUEVA, Aproximación teórica al principio de intervención mínima, RFDUG 1983; MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, Barcelona 1975; EL MISMO, El «moderno» Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias, La Ley 1996; EL MISMO, Protección de los derechos fundamentales en el Código penal, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General), EDJ 1996; EL MISMO, Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; EL MISMO, El nuevo Derecho penal autoritario, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; EL MISMO, De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo, RP 2005; EL MISMO, Delito político y Derecho penal del enemigo, en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; EL MISMO, Crónica sobre el «Derecho penal del enemigo» RP 2006; EL MISMO, La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo, EDJ 2007; MUÑOZ LLORENTE, Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico, RDPP 2001; NISTAL BURÓN, ¿Es viable en nuestro Ordenamiento jurídico la pena de «cadena perpetua» como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?, AJA 2008; NÚÑEZ CASTAÑO, Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Repercusión de la «Responsabilidad penal por el producto» en los principios garantizadores y la Dogmática penales: (o de cómo sobrevive el «viejo» Derecho Penal cuando se quiere, y se sabe, aplicar a la «nueva» realidad social), en Nuevas posiciones de la Dogmática jurídica penal, CDJ 2006; ORDÓÑEZ SOLÍS, La pena de muerte en

Europa y en América: sociedad, justicia y ficción, La Ley Penal 2008; PALAZZO, Principio de *ultima ratio* e hipertrofia del Derecho penal, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; PÉREZ CEREDA, La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno, Madrid 2007; PORTILLA CONTRERAS, Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, CPC 1989; EL MISMO, La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; PRITWITZ, El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal, en VARIOS, La insostenible situación del Derecho penal, Granada 2000; SÁNCHEZ GARCÍA, El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal, La Ley 1994; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; SANTANA VEGA, Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política en las sociedades postindustriales, 2ª ed., Madrid 2001; TRILLO NAVARRO, Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista, La Ley Penal 2008; VARIOS, La insostenible situación del Derecho penal, Granada 2000; VARIOS, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, Arroyo Zapatero/ Neumann/ Nieto Martín (coord.), Cuenca 2003; VARIOS, La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio (Eser/ Hassemer/ Burkhardt, coord. de la versión alemana; Muñoz Conde, coord. de la versión española, Valencia 2004; VARIOS, El Derecho ante la globalización y el terrorismo, Losano/Muñoz Conde (coord.), Valencia 2004; VARIOS, La Política criminal en Europa, Mir Puig/ Corcoy Bidasolo (dir.), Gómez Martín (coord.), Barcelona 2004; VARIOS, Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Cancio Melia/Gómez Jara (coord.), Madrid 2006; VARIOS, Hacia la abolición universal de la pena capital, Valencia 2010; ZUGALDÍA ESPINAR, ¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»? , CPC 2003; EL MISMO, Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho (A propósito del «Código Penal de la Seguridad» y el pensamiento funcionalista), en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004. Puede verse también la bibliografía sobre el bien jurídico indicada en el capítulo III.

Sobre el principio de intervención legalizada, véase la bibliografía citada en el capítulo V.

Sobre el principio de culpabilidad como límite del Derecho penal: BELESTÁ SEGURA, ¿Qué queda del principio de culpabilidad en el Código penal de 1995? Examen del art. 5, AP 2001; CAIROLI MARTÍNEZ, La culpabilidad, ¿realidad o ficción?, CPC 2006; DE LA MATA BARRANCO, Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal, ADP 2007; EL MISMO, El principio de proporcionalidad penal, Valencia 2007; GARCÍA ARÁN, Culpabilidad, legitimación y proceso, ADP 1988; EL MISMO, el llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; GONZÁLEZ CUSSAC, La generalización del derecho penal de excepción: la afec-

tación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad, EDJ 2007; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Valencia 1999 (traducción de Muñoz Conde y M. Díaz Pita); HORMAZÁBAL MALARÉE, *El nuevo Código penal y el principio de culpabilidad*, JD 1997; JAÉN VALLEJO, *Los principios superiores del Derecho penal*, Madrid 1999; JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997; MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, en *Homenaje a Vives*, Valencia 2009; MUÑOZ CONDE, *El principio de culpabilidad*, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela 1975; EL MISMO, *Culpabilidad y Prevención en Derecho penal*, CPC 1980; QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona 1976; ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid 1980 (traducción, introducción y notas de Muñoz Conde); TORÍO LÓPEZ, *El concepto individual de culpabilidad*, ADP 1985; EL MISMO, *Estudio crítico del principio «ninguna pena sin culpabilidad»*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid 1993; VASSALLI, *El principio de culpabilidad*, en *Homenaje a Rodríguez Devesa II*, Madrid 1989; VIVES ANTÓN, *Principios penales y dogmática penal*, en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)*, EDJ 1996; ZUGALDÍA ESPINAR, *El principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Estudios Jurisprudenciales I* 1992. Véase también la bibliografía citada en el capítulo XXII.

Sobre los límites del *ius puniendi*: AMBOS, *El Derecho penal frente a amenazas extremas*, Madrid 2007; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los límites del ius puniendi*, ADP 1994; GARCÍA ARÁN, *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia 2009; LUQUIN, *Repensando el ius puniendo*, en *Homenaje a Núñez Barbero*, Salamanca 2008; PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia 2007; EL MISMO, *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo*, Granada 2010; SIEBER, *Límites del Derecho Penal*, RP 2008; VARIOS, *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, EDJ 2008; VIDAUERRI, *Notas básicas en torno a la potestad tipificadora del legislador penal*, en *Homenaje a Díaz Pita*, Valencia 2008; ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid 2007.



## CAPÍTULO V

### El principio de legalidad en el Derecho español

1. El carácter constitucional de las garantías contenidas en el principio de legalidad
2. Principio de legalidad de los delitos y las penas
  - A) La reserva de ley. (La exigencia de ley orgánica)
  - B) El principio de taxatividad y la seguridad jurídica (ley estricta)
  - C) La prohibición de retroactividad (la exigencia de ley «previa»)
  - D) La prohibición de analogía. La analogía «*in bonam partem*»
  - E) El principio «*non bis in idem*»
3. Garantía jurisdiccional
4. Principio de legalidad de la ejecución
5. Técnicas legislativas y principio de legalidad: las leyes penales en blanco
6. Fuentes indirectas del Derecho penal: la costumbre, los principios generales del Derecho. El papel de la jurisprudencia

#### 1. EL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley.

Esta formulación tan amplia se concreta en el contenido esencial del principio y en diferentes derivaciones del mismo que conforman las distintas garantías individuales. De esta forma, el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado *principio de legalidad de los delitos y las penas*, frecuentemente expresado mediante el aforismo «*nullum crimen, nulla poena, sine lege*».

Se trata de un principio cuya plena consolidación pertenece al nacimiento del Derecho penal moderno, si por tal entendemos el propio del Estado liberal. Y asimismo, nos encontramos ante un principio plenamente asumido por la comunidad internacional, como demuestra su acogimiento en los acuerdos supranacionales más importantes de



nuestro tiempo; así, el principio de legalidad y sometimiento al imperio de la ley se encuentra proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966.

Sin embargo, la mera existencia de una ley no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena, como demuestra el hecho de que la existencia de leyes e incluso, la proclamación formal del principio de legalidad hayan convivido en regímenes autoritarios junto a la constante violación de los derechos individuales.

Precisamente para evitar que el principio de legalidad sea una proclamación vacía de contenido, la ley debe reunir una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea *escrita, previa* a la realización de los hechos que se pretende sancionar y *estricta*, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible (véase *infra* 2).

Según los distintos momentos sobre los que opera, el principio de legalidad de los delitos y las penas contiene, en primer lugar, las denominadas *garantía criminal* y *garantía penal*, lo que se corresponde con la originaria formulación de dicho principio. Estas garantías actúan en el momento de la definición legal de los delitos y las penas y en el de la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable, pero a ellas se han añadido otras que operan en momentos distintos; concretamente, el principio de legalidad exige también que la decisión sobre la responsabilidad penal y sobre la pena aplicable se lleve a cabo mediante el proceso establecido legalmente y por los órganos judiciales competentes, en cumplimiento de lo que se conoce como *garantía procesal y jurisdiccional* (véase *infra* 3). Por último, se exige también que la pena impuesta se ejecute con arreglo a las disposiciones vigentes en cumplimiento de la *garantía de ejecución o principio de legalidad de la ejecución* (véase *infra* 4).

Se trata, por tanto, de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también de que los ciudadanos conozcan en todo momento cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles.

En nuestro Ordenamiento, el sometimiento a la ley se encuentra proclamado con carácter general en el art. 9 CE (9,1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico»; 9,3: «La Constitución garantiza el principio de legalidad...»). Asimismo, el art. 117,1 CE establece que la Justicia se administra por Jueces y Magistrados «...sometidos únicamente al imperio de la ley».

Ahora bien, el principio de legalidad es especialmente estricto y exigible cuando opera en materia penal por lo que el artículo 25,1 CE lo concreta en este ámbito estableciendo que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha sistematizado el contenido del principio de legalidad penal distinguiendo entre sus aspectos materiales y formales. Así, en terminología del Tribunal Constitucional el principio de legalidad contiene en primer lugar una *garantía material* que se corresponde con la «predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes», es decir, proporciona la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas incriminadas y las penas que se les asignan. Pero además, el principio de legalidad penal conlleva una *garantía formal* que hace exigible que las leyes penales sean promulgadas con determinado rango (SSTC 21.1.88 y 19.7.89, entre otras), lo que equivale a la reserva de ley que estudiaremos más adelante.

Sin embargo, las formulaciones de los arts. 9,3 y 25,1 CE no agotan todo el contenido del principio de legalidad penal, pues en realidad recogen sólo la exigencia de que exista una ley que permita la condena o la sanción y la de que dicha ley sea previa a la comisión de los hechos (garantía criminal). Por tanto, las restantes garantías propias del principio de legalidad se asientan en otros preceptos constitucionales o de rango inferior.

Ello ha provocado críticas al texto constitucional en esta materia, dirigidas a la ausencia de una formulación completa y acabada del principio de legalidad penal. Entre otras cuestiones, cabe destacar que el artículo 25,1 CE recoge el principio de legalidad en lo que afecta a la definición de los delitos, pero omite la referencia al establecimiento de las penas, cuya sumisión al principio de legalidad, además de encontrarse recogida en el artículo 2 Cp, deberá deducirse de las menciones genéricas al sometimiento a la ley (arts. 9 y 117,1 CE).

E incluso podría decirse que, proclamado con carácter general el principio de legalidad en el art. 9,3 CE y concretada su dimensión penal

en el art. 2 Cp, resulta redundante e innecesaria la formulación del art. 25,1. Sin embargo, la previsión de este precepto posee una considerable relevancia por el hecho de encontrarse recogido entre los derechos fundamentales y las libertades públicas (Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE), que en virtud del art. 53,2 CE son susceptibles de protección extraordinaria y de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por su violación. Por tanto, la infracción de cualquier aspecto de los contenidos en el art. 25,1 CE y entre ellos, la infracción de la reserva de ley a la que enseguida haremos referencia, puede ser recurrida individualmente por los ciudadanos en vía de amparo. El Tribunal Constitucional ha ampliado las garantías contenidas en el principio de legalidad a las medidas de seguridad pese a que no vienen expresamente mencionadas en el art. 25,1 CE (véase *infra* capítulo XXXIV)

A continuación veremos con mayor detalle el contenido y alcance de las distintas garantías y los preceptos en los que se recogen.

## **2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y LAS PENAS**

Como se desprende de lo anterior, no cabe calificar de delito a las conductas que no se encuentran definidas como tales por la ley, incluso aunque sean desvaloradas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales (*garantía criminal*); del mismo modo, a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas de las que están previstas en la ley (*garantía penal*).

Además de lo establecido por el ya citado art. 25 CE, este contenido esencial del principio de legalidad penal se encuentra recogido en el artículo 1,1 Cp («No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración»), el artículo 10 Cp («Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes *penadas por la Ley*») y en el art. 2 del mismo Código («No será castigado ningún delito ni falta *con pena* que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración»). Todo ello implica una serie de limitaciones para el Derecho penal cuyo incumplimiento supondría la lesión del principio de legalidad y con ello, la inconstitucionalidad del precepto o de la decisión punitiva en cuestión.

### A) LA RESERVA DE LEY. (LA EXIGENCIA DE LEY ORGÁNICA)

Cuando se dice que la ley penal debe ser «escrita», se está expresando, en primer lugar, que el Derecho penal es exclusivamente Derecho positivo, lo que excluye la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se establezcan delitos y penas. Lo que se pretende con ello es reservar al poder legislativo la potestad para definir los delitos y las penas: en el esquema propio de la división de poderes, sólo el legislativo como representante de la voluntad popular se encuentra legitimado para decidir qué conductas debe perseguir el Estado mediante el instrumento más grave de que dispone, esto es, la sanción penal.

En el Ordenamiento constitucional español no existen dudas acerca de que la definición de los delitos y las penas está monopolizada por el poder legislativo, entendiéndose por tal las Cortes Generales, y excluyendo a estos efectos a los cuerpos legislativos de las Comunidades Autónomas puesto que la legislación penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149,1,6ª CE).

Sin embargo, esta *reserva de ley* en materia penal no se deduce directamente del art. 25,1 CE, puesto que éste se refiere genéricamente a la «legislación» exigible tanto para definir delitos como para definir infracciones administrativas, sin especificar el rango concreto que se requiere en cada caso. Por ello, desde las primeras interpretaciones constitucionales se puso de manifiesto la necesidad de completar esta formulación con otros preceptos de la Constitución (ARROYO ZAPATERO, 1983); así, el art. 53,1 establece que «sólo por ley» (que debe entenderse como la emanada del Parlamento), podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, precepto frecuentemente utilizado para establecer la reserva de ley en materia penal. Pero además, la Constitución impone que las leyes que desarrollan derechos fundamentales revistan la forma de *ley orgánica* (art. 81,1 CE), de modo que los derechos fundamentales (Sección 1ª, Capítulo II, Título I CE), entre los que se encuentra la libertad, el honor, etc., gozan de mayor protección que el resto de derechos y libertades.

Tal cuestión ha planteado si todas las leyes penales, por afectar a derechos fundamentales, deben ser aprobadas como leyes orgánicas.

Al respecto, la doctrina mayoritaria ha mantenido que todas las normas penales, *por el hecho de serlo*, afectan a algún derecho fundamen-

tal: así, se ha dicho que en la medida en que prohíben conductas limitan la libertad individual, e igualmente afectan al honor dada la repercusión que en el mismo tiene la posibilidad de ser sometido a un proceso penal (CARBONELL MATEU, Derecho penal).

La discusión producida en torno a este tema ha puesto de manifiesto que la cuestión a la que hay que atender para decidir si una ley penal «desarrolla» o no un derecho fundamental —puesto que ésta es la expresión utilizada por el art. 81 CE— es la pena que impone. Dicho en otros términos, una ley penal no desarrolla un derecho fundamental porque lo proteja como bien jurídico (por ejemplo, la norma penal que castiga el homicidio al proteger la vida), sino porque imponga una pena cuya aplicación suponga la restricción de un derecho fundamental y por tanto, afecte a su ejercicio. Si se entendiera que el derecho fundamental desarrollado es el bien jurídico protegido por la ley, habría que concluir, por ejemplo, que la Administración de Correos no puede dictar una circular interna organizando determinada actividad para asegurar el secreto de la correspondencia, porque, al tratarse de un derecho fundamental, su protección requeriría una ley orgánica.

Véase, sin embargo, la STC 116/1999, de 17 de junio, en la que se considera innecesaria la ley orgánica para regular las técnicas reproductoras porque no afectan a la vida.

Situados, pues, en la pena señalada, lo que resulta absolutamente claro es que todas las normas penales que impongan penas de *prisión* «desarrollan» el derecho fundamental a la libertad en la medida en que establecen las condiciones en que los ciudadanos pueden ser privados del mismo. Por tanto, todas las leyes que prevean penas de tal naturaleza deben poseer el rango de orgánicas.

Esta conclusión ha sido establecida también por el Tribunal Constitucional (SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, y 160/1986, de 10 de diciembre), quien, sin embargo, no se ha pronunciado sobre la necesidad de que las normas penales que señalan penas de multa deban ser también leyes orgánicas.

La cuestión puede parecer dudosa —si no se aceptan los argumentos recogidos sobre la limitación de la libertad de actuación y la afectación al honor— dado que la propiedad que resulta limitada al exigirse el pago de una multa, no es un derecho fundamental. Sin embargo, en aplicación del art. 53,1 Cp, el impago de una multa penal puede conllevar el arresto sustitutorio del condenado, por lo que, de manera indirecta, tam-

bién las normas penales que imponen multas limitan la libertad de los individuos y en tal medida, deben ser aprobadas como leyes orgánicas.

Con independencia de los argumentos expuestos, cuando se reclama que todas las leyes penales, por el hecho de serlo, sean aprobadas como leyes orgánicas, no se están utilizando exclusivamente razones formales. La ley penal expresa los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia, destinando a su protección el instrumento más grave de que dispone. La legitimación exclusivamente atribuida al legislador para elaborar la ley penal debe ejercerse con el máximo consenso posible en torno a su elaboración y promulgación, lo que resulta favorecido por la exigencia de la mayoría cualificada propia de las leyes orgánicas.

### ***B) EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA (LEY ESTRICTA)***

La garantía por la que la definición de delitos y penas se reserva al legislador no es una exigencia meramente formalista —aunque el Tribunal Constitucional la denomine «garantía formal»— sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad: para que realmente la ley cumpla con la función de establecer cuáles son las conductas punibles debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible. La vaguedad de las definiciones penales, además de privar de contenido material al principio de legalidad, disminuye o elimina la seguridad jurídica exigida por el art. 9,3 CE.

Este contenido de seguridad jurídica —la garantía material— es el que monopoliza el legislador mediante la reserva de ley (GARCÍA RIVAS, 1992); por mucho que en un reglamento dictado por la Administración puedan definirse conductas con exquisita precisión, el principio de legalidad en nuestro sistema exige que sea precisamente el legislador quien se encargue de delimitar claramente lo que se castiga mediante la norma penal, sencillamente porque la representación popular sobre la que se asienta es la que le legitima para ello. Por tanto, si órganos no legislativos definieran delitos, no se quebrantaría simplemente una exigencia formal, sino también los motivos por los que dicha forma se establece.

La exigencia de clara *determinación* de las conductas punibles se expresa en el denominado *principio de taxatividad* o mandato de certeza, cuyo cumplimiento plantea uno de los problemas más arduos del

manejo correcto de la técnica legislativa (véase STC 105/1988, de 8 de junio).

Efectivamente, el legislador penal no puede pretender recoger absolutamente todos los matices con que se expresa la realidad y debe acudir frecuentemente a términos amplios que deben ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas, porque es imposible que la ley enumere todas las posibles formas de aparición de una situación. Cuando ello se intenta, se cae en la utilización de enumeraciones casuísticas que generalmente no agotan todas las posibilidades fácticas y obligan a interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad.

Así, en el delito de robo (art. 242 Cp), el legislador se refiere a la utilización de «violencia o intimidación en las personas», porque la ley no puede prever todas las múltiples formas violentas posibles. En cambio, para establecer cuándo un delito puede cometerse mediante una omisión porque ésta equivalga a la causación del resultado, el art. 11 Cp establece tres situaciones de equiparación entre acción y omisión (obligación legal o contractual de actuar y actuación precedente) que probablemente resulten insuficientes para incluir otros supuestos en los que la omisión «equivalga» a la acción.

Una técnica legislativa correcta debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcar todos los matices de la realidad. El punto justo es, en ocasiones, tan difícil de establecer que quizá por ello la jurisprudencia constitucional es especialmente cauta al referirse al principio de taxatividad.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha establecido que la necesaria taxatividad de las definiciones penales es una exigencia de los principios de legalidad y seguridad jurídica (art. 9,3 CE). Así lo afirma, por ejemplo, en la sentencia 62/1982, de 15 de octubre, pero reconociendo a continuación que los conceptos valorativos utilizados en ocasiones por la ley penal no violan necesariamente el principio de legalidad si su significado puede ser concretado por la interpretación en cada momento histórico.

En esa posibilidad de concreción se encuentra uno de los aspectos esenciales de la cuestión y permite establecer diferentes grados de taxatividad; por un lado, el legislador puede acudir en ocasiones a conceptos que necesiten de la concreción jurisdiccional pero cuyo significado genérico se desprende de la propia ley o es deducible de su finalidad. Así, en ocasiones se acude a conceptos amplios como el de «generalidad de personas» (art. 74,2 Cp) para evitar recoger una cuantía concreta o el

de lesiones que necesiten «tratamiento médico o quirúrgico» (art. 147 Cp) para evitar definir las lesiones en función de un número fijo de días necesarios para su curación. Tales conceptos jurídicos indeterminados tienen un significado atribuible a grupos de casos, que el juez debe concretar, pero que no depende exclusivamente de su personal valoración y, pese a ser amplios, tienen límites cognoscibles.

Sin embargo, ello no ocurre cuando el legislador establece lo que se denominan *tipos abiertos* en los que las fronteras de la conducta punible son absolutamente difusas, con el consiguiente perjuicio de la seguridad jurídica. Éste es un problema que aparece, por ejemplo, en los conceptos vagos y definiciones abiertas en materia de delitos contra la Constitución, el orden público o la independencia del Estado; así, los «ultrajes» a los símbolos del Estado (art. 543 Cp), «cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero que atente contra la independencia o seguridad del Estado» (art. 589 Cp) y numerosas cláusulas abiertas utilizadas en materia de persecución del terrorismo que suponen la indeterminación de las conductas que se persiguen: «cualquier acto de colaboración...» (art. 576).

### C) LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD (LA EXIGENCIA DE LEY «PREVIA»)

Como se ha enunciado, la ley debe ser también «previa» a los hechos que se pretende sancionar, es decir, debe haber sido promulgada con anterioridad a la comisión de tales hechos.

Esta exigencia es inseparable del principio de legalidad penal: si debe existir una ley que defina las conductas como delictivas para poder perseguirlas, dicha ley debe estar vigente en el momento en que se cometen los hechos. Por ello, la ley penal es *irretroactiva* y no puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor.

La prohibición de retroactividad plantea una serie de cuestiones que merecen un tratamiento separado. Para su exposición más detenida nos remitimos al Capítulo dedicado al ámbito temporal de la ley penal (véase *infra* capítulo VII).

### D) LA PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA. LA ANALOGÍA «IN BONAM PARTEM»

Como se ha apuntado, la aplicación de la ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos



se encuentran recogidos por éstas. Por tanto, el intérprete y en su caso, el juez, no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma, porque con ello violaría claramente el principio de legalidad.

Lo anterior viene expresado por la denominada *prohibición de analogía*, cuyo tratamiento pormenorizado presenta zonas de confluencia con la problemática de la interpretación. Por ello, el tema se desarrollará con mayor detalle en el capítulo destinado a esta última, al que nos remitimos (véase *infra* capítulo VI).

### *E) EL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM»*

En términos generales, el principio «non bis in idem» consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez. Este principio no se encuentra expresamente formulado en la Constitución, pero existe una amplia jurisprudencia constitucional en la que el Tribunal Constitucional mantiene que tal exigencia se deriva del principio de legalidad consagrado en el art. 25,1 CE.

Así, entre otras muchas, la STC 2/1981, de 30 de enero, establece que la razón por la que dicho principio no se incluyó expresamente en el redactado de la Constitución es precisamente su íntima vinculación «con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución».

En el ámbito de las normas penales estrictamente consideradas aparecen algunas expresiones del principio a que venimos refiriéndonos. Así, el art. 67 Cp establece que no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes «*que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse*». En cumplimiento de esta regla, por ejemplo, a los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos no puede aplicárseles la agravante del art. 22,7ª consistente en ejecutar el hecho prevaliéndose del carácter público que tenga el culpable, porque tal circunstancia ha sido ya tenida en cuenta al sancionarlos como delitos cometidos en ejercicio de la función pública.

Sin embargo, con ello se apunta a uno de los mayores problemas de la decisión sobre si se infringe o no el «non bis in idem», puesto que no siempre aparece de manera clara cuándo nos encontramos realmente ante *un solo hecho* que pueda considerarse definido por dos normas distintas. Ésta es la problemática del denominado concurso de leyes o de

normas, cuyo estudio corresponde a otras lecciones del programa, y que se resuelve decidiendo cuál de las normas aparentemente concurrentes debe prevalecer sobre la otra; ésta es la razón por la que el principio «non bis in idem» se contiene en el principio de legalidad: en definitiva, se trata de decidir qué norma se ajusta con mayor exactitud al supuesto enjuiciado, lo que conduce a excluir la aplicación de otras que recogen sólo algunos aspectos del mismo (GARCÍA ALBERO, 1995).

Sin olvidar esta cuestión, los casos más frecuentes y arduos de concurrencia de sanciones se plantean en la confluencia del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador o disciplinario. Existen situaciones que son constitutivas de delito y que, a la vez, pueden considerarse definidas como infracciones administrativas o disciplinarias por las que puede imponerse la correspondiente sanción: así, por ejemplo, el art. 468 Cp recoge el delito de quebrantamiento de condena que comete (en grado de tentativa) el condenado que intenta evadirse del establecimiento penitenciario. Y ese mismo intento es constitutivo de una falta muy grave con arreglo al Reglamento Penitenciario, por la que el interno puede recibir sanciones de aislamiento en celda entre otras.

El Tribunal Constitucional ha establecido una considerable jurisprudencia (MORENO BRAVO/ IGLESIAS MACHADO, 2006) en la que se matiza la formulación general del principio de «non bis in idem» con el que hemos iniciado este apartado y que, como se verá, conduce a admitir algunos supuestos de concurrencia entre la sanción penal y la administrativa.

Los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en esta materia pueden resumirse en torno a dos principios generales (a y b) y una excepción (c):

a) No cabe duplicidad de sanciones cuando se trate de un mismo *sujeto*, un mismo *hecho* y las sanciones tengan el mismo *fundamento* (STC 2/1981). Luego, *a sensu contrario*, pueden acumularse sanciones de fundamento distinto.

b) Se prohíbe que autoridades del mismo orden (sea del orden judicial o bien del orden administrativo) sancionen repetidamente el mismo hecho a través de procedimientos distintos. La STC 159/1985 denegó la acumulación de una pena y una medida de seguridad impuestas ambas por órganos judiciales sobre unos mismos hechos.

c) En cambio, puede acumularse una pena y una sanción administrativa por un mismo hecho, si el sujeto se encuentra en *relación de sujeción especial* con la Administración.

De darse tal relación (funcionario, concesionario, etc.), afirma el Tribunal Constitucional que el *ius puniendi* ejercido con la sanción administrativa «no es el genérico del Estado» (STC 2/1987), y dicha sanción administrativa puede aplicarse junto a la pena en virtud, precisamente, de la relación existente entre la Administración y el sancionado. Este argumento ha sido utilizado por el pro-

pio Tribunal Constitucional para admitir la duplicidad de sanciones (penal y disciplinaria) en el caso de los reclusos, a quienes considera afectados por una relación de sujeción especial con la Administración Penitenciaria. Las SSTC de 13 de junio de 1990 y de 10 de diciembre de 1991 han matizado esta doctrina añadiendo que no basta con la relación de sujeción especial sino que, además, las sanciones deben tener distinto fundamento.

De la jurisprudencia constitucional se desprende que no es posible la aplicación conjunta de dos sanciones *penales* a un mismo hecho, puesto que, si ambas son penales, normalmente tendrán el mismo fundamento y, con toda seguridad, se impondrán ambas por autoridades del orden judicial, con lo que no podrán acumularse.

En cambio, no se cierra definitivamente el paso a la acumulación de sanción penal y administrativa; es más, los principios que se acaban de resumir parecen establecidos para permitirlos en muchos casos: así, cuando sobre un mismo hecho concurren una pena y una sanción administrativa, con relativa frecuencia estaremos ante una relación de sujeción especial entre el sancionado y la Administración, con lo que podrá admitirse la acumulación. Piénsese en los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos que pueden recibir la pena establecida en el Código y también la sanción disciplinaria propia de su condición de funcionarios que atiende, precisamente, a su vinculación con el Cuerpo al que pertenezcan, esto es, a la Administración. Del mismo modo, será frecuente que la sanción penal y la administrativa obedezcan a distintos fundamentos, supuesto en el que expresamente ha admitido el Tribunal Constitucional la acumulación de sanciones.

La STC 94/1986, de 8 de julio, estableció que no infringe el «non bis in idem» la aplicación de una pena por quebrantamiento de condena y, al mismo tiempo, la privación del beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo (art. 100,1 Cp anterior), puesto que este segundo supuesto no tiene su fundamento en el castigo del delito cometido sino en el incumplimiento de una «condición» a la que se encuentra sometida la redención de penas por el trabajo (también, STC 35/1996, de 11 de marzo). En cambio, fuera de las relaciones de sujeción especial, la STC 177/1999, de 11 de octubre, anuló una condena por delito ecológico, porque la Administración ya había sancionado el hecho sin dar preferencia a la actuación de los Tribunales (vid. NAVARRO CARDOSO, 2001).

### 3. GARANTÍA JURISDICCIONAL

Al enunciar las garantías contenidas en el principio de legalidad hemos advertido que éste exige, junto a la existencia de la ley, que las penas se impongan por el órgano competente y tras el proceso legalmente

establecido. A tal exigencia se alude cuando se menciona la garantía jurisdiccional.

Puede entenderse que el art. 3,1 Cp es el precepto acogedor de tal garantía: «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», principios que pueden considerarse implícitos también en el texto constitucional.

Efectivamente, en el art. 3,1 Cp se contienen, al menos, las siguientes exigencias: a) para ejecutarse una pena debe haberse seguido un proceso legal, porque de ningún otro modo puede alcanzarse una sentencia; b) para ejecutarse una pena, debe decidirlo un órgano judicial, único legitimado para dictar sentencias; y c) hasta que la sentencia no es firme, no puede ejecutarse la pena, esto es, la pena no empieza a cumplirse.

Tales principios se contienen implícita o explícitamente en el art. 24,2 CE, con lo que puede considerarse que la llamada «garantía jurisdiccional» tiene rango constitucional.

En primer lugar, el art. 24,2 proclama el derecho a un «proceso público», junto a las restantes manifestaciones del derecho a la defensa; igualmente, se reconoce que todas las personas tienen derecho al «Juez ordinario predeterminado por la ley», lo que supone que nadie puede ser juzgado por órgano distinto de los que ejercen la jurisdicción y se completa, en materia penal, con lo dispuesto en el art. 1 LECrim: «No se impondrá pena alguna... sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente».

Por último, no se cumplirá la pena mientras la sentencia no sea firme, lo que significa que hasta ese momento el reo no estará ejecutoriamente condenado y se le presumirá inocente; si se encuentra en prisión, lo estará en situación de prisión preventiva y todavía sin cumplir la pena. Ello significa que la exigencia de sentencia firme para el cumplimiento de la pena se deriva de la presunción de inocencia, igualmente contenida en el art. 24,2 CE.

#### **4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN**

Por último, el principio de legalidad impone que la ejecución o el cumplimiento de las penas se lleve a cabo con total sumisión a lo establecido en las leyes.

Ello tiene igualmente rango constitucional, en la medida en que el principio de legalidad, como formulación genérica, vincula al Estado en virtud del art. 9,3 CE, pero su formulación concreta se contiene en el art. 3,2 Cp, con arreglo al cual las penas deben ejecutarse en la forma prescrita por la ley y los reglamentos y sin otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

Las normas que rigen para la ejecución de las penas privativas de libertad están contenidas en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de diciembre) y su Reglamento (para más detalles, véase *infra* Tercera Parte).

## **5. TÉCNICAS LEGISLATIVAS Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LAS LEYES PENALES EN BLANCO**

La estructura de las normas penales se compone de dos partes: la definición del supuesto de hecho punible y el establecimiento de la consecuencia jurídica o sanción.

Se dice que nos encontramos ante una *ley penal en blanco* cuando parte de esta estructura (generalmente, parte de la definición del supuesto de hecho) no se contiene en la propia ley penal sino que ésta se remite a una norma distinta. Así, el primer apartado del art. 325 Cp, al definir el delito de atentados genéricos contra el medio ambiente, se remite a lo que disponen «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», que han de ser infringidas para que las conductas en él previstas tengan relevancia penal.

La problemática que plantean las leyes penales en blanco, en relación al principio de legalidad, aparece cuando la remisión se lleva a cabo respecto de una disposición de rango inferior al de la propia ley penal, generalmente un reglamento. En tales casos, parte de la definición de la conducta se contiene en una disposición que, complementando la ley penal, no ha sido dictada por el poder legislativo, con lo que puede resultar infringida la reserva de ley y, en su caso, la reserva de ley orgánica que afecta a las leyes penales.

En el Código penal español se contienen numerosas normas que remiten a lo dispuesto en disposiciones administrativas (véanse, entre otros, los arts. 316, 333, 360). Generalmente se afirma la necesidad de tales remisiones por lo complejo y cambiante de las materias (sanitaria, laboral, medioambiental) que debe regular el Código penal y en las que la norma penal no puede recoger los múltiples matices con los que la

conducta punible puede producirse, de modo que, se dice, resulta inevitable remitirse al reglamento para completar la definición. También se ha dicho que la ley penal en blanco que se remite a un reglamento puede proporcionar mayor seguridad jurídica (al concretarse la conducta en el reglamento), que la utilización por el Código penal de conceptos vagos e indeterminados, a interpretar por el juez sin una disposición escrita en la que fundamentarse. Este último argumento se aparta del mantenido en estas páginas acerca de que la reserva de ley no es algo meramente formal, sino que se destina a que sea precisamente el legislador quien proporcione la seguridad jurídica contenida en la garantía material.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya sobre la utilización de esta técnica legislativa. Al respecto, la STC 3/1988, de 21 de enero, admite, en primer lugar, la «colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora», es decir, la remisión a los reglamentos. Pero asimismo establece límites a la técnica de la remisión prohibiendo determinada utilización de la misma. Concretamente, el Tribunal Constitucional exige para aceptar la remisión, que en la ley «queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta» de tal manera que sólo sean infracciones las acciones y omisiones subsumibles en la norma con rango de ley.

Ello significa, según el Tribunal Constitucional, que para respetar la reserva de ley en materia penal el núcleo esencial de la conducta punible, su contenido de desvalor respecto de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, debe encontrarse descrito por la ley penal. Si la definición del núcleo esencial del hecho punible se remite al reglamento, la infracción administrativa definida en éste se convierte automáticamente en delito, habilitándose con ello a la Administración para legislar en materia penal e infringiéndose la reserva de ley.

En el Código penal pueden encontrarse ejemplos de utilización correcta e incorrecta de la ley penal en blanco, con arreglo a los criterios del Tribunal Constitucional. Así, el propio Tribunal (STC 127/1990, de 5 de julio), consideró correcta la definición del delito ecológico contenida en el art. 347 bis del Código penal anterior en el que se incriminaba a quien «contraviniendo las leyes o *reglamentos* protectores del medio ambiente», realice determinadas conductas que creen un peligro grave para las personas o el medio ambiente. En este caso, no cualquier infracción legal o reglamentaria constituye delito sino sólo aquellas que acompañen a determinados hechos y provoquen el peligro, lo que equivale, según el Tribunal Constitucional, al núcleo esencial del hecho punible (vid. STC 53/1994, de 24 de febrero, declarando inconstitucio-

nales algunos artículos de la Ley de fomento y conservación de la pesca fluvial).

En cambio, el art. 360 del Código penal sanciona a quien despache sustancias nocivas «sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos», de tal forma que la definición del delito en el Código no se diferencia de la definición contenida en las disposiciones administrativas, o lo que es lo mismo, constituye delito «aquello» que en los reglamentos se define como infracción administrativa. Como puede verse, con tal utilización de la ley penal en blanco, más que una remisión normativa, se produce una habilitación del reglamento para definir delitos, lo que no resulta admisible desde el punto de vista constitucional.

Lo cierto es que el criterio del Tribunal Constitucional sobre el «núcleo esencial» del delito parte de la base de que las remisiones a normas administrativas son inevitables y ello puede llevar a admitir una cierta relajación en la reserva de ley: si el Código penal exige para que haya delito, además de la conducta básica, que «se infrinjan los reglamentos», esa infracción administrativa es tan «esencial» para cometer el delito, como los restantes elementos de la definición o, lo que es lo mismo, sin infracción administrativa no hay delito (véase art. 316 Cp). Luego, en definitiva, la definición de ciertos elementos del delito queda en manos de la Administración.

Uno de los problemas más arduos de los que plantea la remisión normativa en materia penal es el de aquellos supuestos en que la norma que completa al Código penal emana del Parlamento de una Comunidad Autónoma, que la ha dictado dentro de sus competencias.

El problema se ha planteado, por ejemplo, en el caso de la transfusión de sangre contaminada con virus del SIDA en un hospital de Cataluña, sin haberse realizado previamente las pruebas para detectarlo que imponían disposiciones legales de dicha Comunidad Autónoma. El precepto que venía en aplicación era el 343 bis del Código penal anterior, que prohibía la expedición de medicamentos —no entraremos aquí en la consideración de la sangre como tal— «sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias».

Dejando ahora de lado si en este caso el Código penal efectúa la remisión correctamente, son varias las cuestiones planteadas:

a) Como es sabido, la legislación penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149,1,6ª CE), sin que los Parlamentos autonómicos puedan promulgar leyes que definan delitos y establezcan penas. Sin embargo, si la remisión de la ley penal recae sobre una materia (sanitaria, medioambiental, etc.), sobre la que la Comunidad Autónoma tiene competencia, la legislación emanada de ésta *delimitará y acotará*, de hecho, lo que deba considerarse delictivo, con lo que puede estarse afectando al sistema de reparto competencial.

b) Si esto es así, puede producirse como consecuencia que lo que en una Comunidad Autónoma es constitutivo de delito, resulte no serlo en otra. En

el ejemplo planteado, al producirse los hechos, la obligatoriedad de realizar las pruebas sobre el SIDA en la sangre destinada a transfusiones sólo se había establecido en Cataluña e, inevitablemente, ello conduce a plantear una posible infracción del principio de igualdad ante la ley. (En contra de tal infracción, CARBONELL MATEU, Derecho penal, refiriéndose a supuestos en que las diferentes necesidades de las Comunidades Autónomas permiten el tratamiento desigual de supuestos desiguales reflejados en la normativa autonómica que integra la norma penal).

Tales cuestiones no han sido todavía abordadas por el Tribunal Constitucional y muy escasamente por la doctrina constitucional. Lo que parece claro es que una vez asumida legalmente la competencia por la Comunidad Autónoma, ésta puede ejercerla dentro de sus límites y con todas sus consecuencias sin necesidad de atender a los problemas que puedan derivarse de las remisiones que la legislación penal efectúa a dicha normativa específica.

Es por el contrario el Poder legislativo del Estado el que debe cuidar de que la legislación penal se mantenga dentro de su competencia exclusiva y sea única para todos los ciudadanos españoles. Por tanto, el problema no radica en el contenido de la disposición autonómica, sino en la forma en que el legislador efectúa la remisión: con ello volvemos de nuevo a las exigencias propias de la ley penal en blanco y a la corrección de la remisión normativa que debe respetar la mínima exigencia del Tribunal Constitucional, dejando a salvo la definición del núcleo esencial del delito en la ley penal.

## **6. FUENTES INDIRECTAS DEL DERECHO PENAL: LA COSTUMBRE, LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA**

La sumisión a la ley escrita (positiva) comporta también como consecuencia fundamental la imposibilidad de considerar a *la costumbre*, *los principios generales del Derecho* y *la jurisprudencia* como fuentes directas del Derecho penal.

Para establecer el valor de la costumbre y los principios generales del Derecho en el ámbito penal, hay que partir del concepto de fuente de producción del Derecho, como medio de creación de normas jurídicas vinculantes. La costumbre y los principios generales tienen reconocido el carácter de fuente de producción de normas (de manera subsidiaria a la ley) en el artículo 1 del Código civil, pero ello no es válido para las normas penales en virtud de la reserva absoluta de ley que opera sobre las mismas; por tanto, en Derecho penal, ni la costumbre ni los principios generales son fuente de producción de normas, esto es, no pueden establecer delitos ni penas.

Sin embargo, el concepto de «fuente» puede utilizarse en un sentido distinto, no referido a la creación de normas jurídicas sino como medio



de integración, interpretación y complementación de las fuentes de producción, esto es, como fuente indirecta.

En este sentido, la *costumbre* desempeña una importante función en la interpretación y aplicación del Derecho penal, porque también en este sector del Ordenamiento se acude frecuentemente a la utilización de conceptos indeterminados que deben ser dotados de contenido teniendo en cuenta los comportamientos sociales. Piénsese en conceptos como «imprudencia» (art. 5 Cp) o «menoscabando su fama» (art. 208 Cp): evidentemente, conductas que hace años podían ser calificadas como imprudentes hoy no sólo no lo son, sino que vienen prácticamente impuestas por los avances técnicos y, asimismo, resulta imposible decidir si una expresión menoscaba la fama de otro sin analizarla en relación con el medio en que se produce y los usos que rigen en él.

El carácter de única fuente de producción del Derecho penal que posee la ley se ve reafirmado por el hecho de que los recursos de apelación y casación contra sentencias penales sólo pueden interponerse si se ha infringido un precepto legal o se han quebrantado las normas procesales (arts. 790 y 847 y ss. LECrim), de modo distinto a lo que ocurre con la casación de sentencias civiles; por tanto, es la infracción de la ley la que posibilita la revisión de las sentencias penales y éstas no pueden recurrirse alegando la «infracción» de la costumbre por los tribunales. Esto significa, entre otras cosas, que por muy acostumbrada que sea la realización de un hecho definido por la ley como delito, dicha ley no podrá considerarse derogada por la costumbre, ni ésta ser alegada como fuente de Derecho: no sólo porque únicamente la ley penal tiene este carácter, sino porque se trataría de una costumbre «contra legem».

Ahora bien, el problema radica a veces en establecer cuáles son esos hechos «definidos por la ley como delito» y ahí es donde se pone de manifiesto el papel fundamental de la costumbre «secundum legem» o interpretativa, en la aplicación del Derecho penal: es perfectamente posible revisar interpretaciones de la ley llevadas a cabo por los órganos judiciales que no hayan tenido en cuenta los usos sociales que deben considerarse para establecer determinados conceptos. Así, por ejemplo, si una sentencia califica como «exhibición obscena» con arreglo al art. 185 Cp, hechos considerados normales en la sociedad actual, tal aplicación del Derecho penal podría ser revisada, desde luego, *por infringir la ley*, pero la infracción derivaría de una interpretación errónea de la misma desconectada de los usos sociales imperantes. Estas consideraciones resultan especialmente importantes para el estudio de la tipicidad como elemento del delito, en el que se incluye la denominada «adecuación

social» de determinadas conductas como característica que impide considerarlas delictivas (véase *infra* Segunda Parte, capítulo XV).

Los *principios generales del Derecho* desempeñan también una función en la aplicación del Derecho penal aunque no puedan tener carácter de fuente directa del mismo. Entre ellos, el principio «in dubio pro reo» (en caso de duda, debe resolverse a favor del reo), tiene una vertiente claramente procesal que impone la absolución si existen dudas sobre la validez de las pruebas de cargo; pero el mencionado principio puede operar también en la decisión sobre la ley aplicable, en la medida en que de existir más de una interpretación posible, debe elegirse la que más favorezca al reo; el Tribunal Supremo ha reconocido el valor informador de este principio en varias ocasiones (SS 31.1.83; 6.2.87; 6.5.86).

En cuanto a la *jurisprudencia*, no puede atribuírsele tampoco carácter de fuente del Derecho penal (ni de los restantes sectores del Ordenamiento: véase art. 1,6 Cc), pero su función complementadora y de apoyo a la interpretación es igualmente destacable. En ocasiones, ha sido la jurisprudencia la que ha motivado la modificación de la ley penal a través de la reiteración de fallos en los que se plasmaba determinada aplicación del Derecho penal: tal es el caso de la figura del delito continuado como forma especial de cómputo de la pena que, tras largos años de utilización por los tribunales, fue incluida en el artículo 69 bis del Código penal anterior (art. 74 del actual) por la Reforma de 25 de junio de 1983.

Pero junto a supuestos como éste, existen en el Código penal determinados conceptos que son concretados por las decisiones judiciales en jurisprudencia constante y uniforme de modo que puede preverse casi con absoluta seguridad cómo y a qué supuestos va a ser aplicada la ley penal. Pueden encontrarse varios ejemplos: la atenuante de arrepentimiento espontáneo (art. 21,4<sup>a</sup> Cp; art. 9,9<sup>a</sup> Cp anterior) no se ha aplicado si al producirse el arrepentimiento ya se habían iniciado las diligencias policiales y se califica como coacciones el corte de suministro de la energía eléctrica por considerarlo un supuesto de violencia (art. 172,1 Cp).

Debe recordarse que la jurisprudencia no vincula formalmente a los tribunales (así, STC 78/1984, de 9 de julio) pero sin embargo, los órganos judiciales mantienen una clara tendencia a seguir los criterios interpretativos de los órganos superiores, de modo que las líneas jurisprudenciales se mantienen durante años hasta que la evolución social y doctrinal propicia su modificación.

Sin embargo, la importante STS de 13 de febrero de 1999 absolvió a un condenado por delito de contrabando basándose en que un cambio jurisprudencial ha consagrado una nueva interpretación por la que dicho tipo no debe aplicarse en determinados casos. Se admitió un recurso de revisión al entender que el cambio jurisprudencial que establece la inaplicabilidad de una norma a determinados supuestos es un «hecho nuevo» que evidencia la inocencia del condenado a los efectos del art. 954,4º LECrim. Con ello no sólo se consagra la función interpretativa, sino que se reconoce la aplicación retroactiva de interpretaciones jurisprudenciales favorables al reo (vid. VIDALES RODRÍGUEZ, 2001). En los últimos años (desde 1991) el Tribunal Supremo a través de distintos Acuerdos del Plenario ha pretendido dar criterios interpretativos *vinculantes* en determinadas materias en las que había decisiones contradictorias (véase Acuerdo de 18 de julio de 2006, en Acuerdos, pág. 192). Pero tales Acuerdos ni siquiera son jurisdiccionales, por lo que no pueden ser vinculantes.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el art. 5,1 LOPJ establece su carácter vinculante para todos los tribunales:

«La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*».

Pertenece a la teoría general de las fuentes el estudio de si puede atribuirse tal carácter a la jurisprudencia constitucional, lo que resulta especialmente problemático en las sentencias interpretativas en la medida en que puedan ser contradictorias. Sin embargo, no puede negarse que sean fuente del Derecho aquellas sentencias del Tribunal Constitucional en las que se resuelve la inconstitucionalidad de una norma y, consiguientemente, su derogación.

**Bibliografía:** ÁLVAREZ GARCÍA, Reflexiones sobre el principio de legalidad, en Nuevas posiciones de la Dogmática jurídica penal, CDJ 2006; EL MISMO, Sobre el principio de legalidad, Valencia 2009; ARROYO ZAPATERO, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, REDC 1983; ARROYO ZAPATERO/ NIETO MARTÍN, El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional, Cuenca 2007; BACIGALUPO ZAPATER, La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal, Anuario de Derechos humanos 1983; EL MISMO, Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco, AP 1994; EL MISMO, La «rigurosa aplicación de la Ley», ADP 1995; BENLLOCH PETIT, El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, PJ 1998; BOIX REIG, El principio de legalidad en la Constitución, en Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal, Bilbao 1983; EL MISMO, La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; BUSTOS

RAMÍREZ, Las fuentes del derecho y el principio de legalidad sancionatoria, en Las fuentes del derecho (Anuario de la Facultad de Derecho del Estudi General de LLeida) 1983; CARBONELL MATEU, Derecho penal: conceptos y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia 1999; COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG, Garantías constitucionales del derecho sancionador, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, Sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa, en Comentarios a la legislación penal III, Madrid 1984; CORCOY BIDASOLO, Repercusiones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la doctrina penal, EDJ 2007; CORDOBA RODA, Consideraciones sobre la jurisprudencia penal, RJCAt. 1974; EL MISMO, Consideraciones sobre el principio de legalidad, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; CUERDA RIEZU, Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; CUGAT MAURI/ QUINTERO OLIVARES, «Nullum crimen sine poena» y pluralidad de delito o procesos, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; DE LEÓN VILLALBA, Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio «ne bis in idem», Barcelona 1998; DE SOLA DUEÑAS, Principio «non bis in idem» y sanciones disciplinarias en el Ordenamiento Penitenciario, RJCAt. 1989; DE VICENTE MARTÍNEZ, El principio de legalidad penal, Valencia 2004; DELGADO GIL, La competencia de las Comunidades Autónomas en materia penal: algunas posibilidades en relación con los delitos sobre el patrimonio histórico, La Ley Penal 2010; DONDE MATUTE, Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional, Barcelona 2007; DOVAL PAÍS, Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las Leyes penales en blanco, Valencia 1999; FEJOO SÁNCHEZ, Reserva de Ley Orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales, CPC 1994; GARCÍA ALBERO, «Non bis in idem» material y concurso de leyes penales, Barcelona 1995; EL MISMO, ¿Nullum crimen sine lex certa?, Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad, JD 2008; GARCÍA ARÁN, Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal, EPC 1992/1993; GARCÍA PLANAS, Consecuencias del principio «non bis in idem» en Derecho Penal, ADP 1989; GARCÍA RIVAS, El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del TC, Madrid 1992; GARCÍA TORRES, Consideraciones sobre el principio «ne bis in idem» en la doctrina constitucional, RMF 1995; GERPE LANDIN, Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal, RJCAt. 1991; GONZÁLEZ CUSSAC, La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad, EDJ 2007; GÓRRIZ ROYO, Sentido y alcance del «Ne bis in idem» respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (De la STC 2/1981, 30 de enero a la STC 2/2003, 16 de enero), EPC 2004; HUERTA TOCILDO, El Derecho fundamental a la legalidad penal, REDC, 1993; LAMARCA PÉREZ, Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española, REDC 1987; EL MISMO, Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo, La Ley Penal 2007; LORENZO SALGADO, La vigencia del principio de legalidad en el Código Penal español. (Especial referencia a la Reforma de 25 de junio de 1983), EPC 1986/1987; MADRID CONESA, El principio de legalidad del delito, Valencia 1983; MAPELLI CAFFARENA, Las relaciones especiales de

sujeción y el sistema penitenciario, EPC 1992/1993; MATA Y MARTÍN, El principio «non bis in idem» en la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados, PJ 1996; MESTRE DELGADO, Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, ADP 1988; EL MISMO, Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre la legislación penal y penitenciaria, La Ley Penal 2010; MONTIEL, Analogía favorable al reo, Madrid 2009; MORENO BRAVO/ IGLESIAS MACHADO, La prohibición de la duplicidad de sanciones y el principio «Non bis in idem» desde la jurisprudencia constitucional y penal, CPC 2006; MUÑOZ CLARES, Ne bis in Idem y Derecho Penal: Definición, patología y contrarios, Murcia 2006; MUÑOZ QUIROGA, Aplicación del principio bis in idem en las relaciones especiales de sujeción, PJ 1991; NAUCKE, La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, en VARIOS, La insostenible situación del Derecho penal, Granada 2000; NAVARRO CARDOSO, El principio *ne bis in idem* a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: exposición y crítica, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; NAVARRO FRÍAS, Mandato de determinación y tipicidad penal, Granada 2010; PALAZZO, La legalidad y la determinación de la ley penal: El significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris, RP 2010; QUERALT JIMÉNEZ, «Ne bis in idem»: significados constitucionales, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; EL MISMO, Del Derecho penal del amigo a la supresión del principio de legalidad, EDJ 2007; RODRÍGUEZ MOURULLO, Legalidad (Principio de), NEJ XIV, 1971; RODRÍGUEZ RAMOS, Hacia una teoría de las fuentes materiales del Derecho Penal, ADP 1981; EL MISMO, Reserva de ley orgánica para las normas penales, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; ROIG TORRES, Sobre la imposibilidad de crear delitos y establecer penas mediante Decretos-leyes, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; SANTANA VEGA, El concepto de la ley penal en blanco, Buenos Aires 2000; SANZ HERMIDA, Aplicación transnacional de la prohibición del «bis in idem» en la Unión Europea, RP 2008; SILVA SÁNCHEZ, Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las «Leyes en Blanco», EPC 1992/1993; EL MISMO, ¿Competencia «indirecta» de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?, La Ley 1993; SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALA, Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: principios comunes, AP 1987; TERRADILLOS BASOCO, Peligrosidad social y Estado de Derecho, Madrid 1981; TRAYTER JIMÉNEZ, Sanción penal-sanción administrativa: el principio «non bis in idem» en la jurisprudencia, PJ 1991; VARIOS, Vinculación del juez a la ley penal, CDJ 1995; VIDALES RODRÍGUEZ, La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales, Valencia 2001; VIVES ANTÓN, Constitución y medidas de seguridad, PJ 1986.

# CAPÍTULO VI

## La interpretación de la ley penal

1. Concepto y relevancia
  2. Interpretación y prohibición de analogía
  3. Clases y métodos de interpretación
    - A) Clases de interpretación según el sujeto
    - B) Clases de interpretación según el método utilizado
    - C) Clases de interpretación según el resultado
- Excurso: interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal

### 1. CONCEPTO Y RELEVANCIA

En términos genéricos, la interpretación es una operación intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete.

La labor interpretativa en relación al Derecho penal es especialmente importante habida cuenta del rigor con el que el principio de legalidad opera en esta materia. Hemos visto ya cómo la gravedad de las consecuencias del Derecho penal determina que las exigencias del principio de legalidad penal sean especialmente estrictas para el legislador, quien debe respetar el principio de taxatividad y evitar los conceptos vagos, abiertos y excesivamente indeterminados.

Del mismo modo, el intérprete de la ley penal se encuentra sometido a especiales exigencias derivadas del principio de legalidad. La primera de ellas quedó enunciada entre las garantías derivadas del mismo y será desarrollada a continuación como problemática relacionada con la prohibición de analogía.

Pero además de tener vetada la aplicación analógica de la ley, el intérprete no puede ignorar que según cuál sea el contenido que se atribuya a los preceptos penales depende, se decide o puede decidirse la punición o la impunidad de las conductas. Ésta es la razón por la que los métodos de interpretación comúnmente aceptados para todo el Ordenamiento jurídico, deben ser manejados con especial cautela cuando

son aplicados a las leyes penales, lo que justifica algunas matizaciones al respecto, que serán expuestas en último lugar.

## 2. INTERPRETACIÓN Y PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA

Al exponer las garantías contenidas en el principio de legalidad quedó establecida la completa sumisión a los términos de la misma que opera para quienes la interpretan y aplican. Ello significa que las leyes penales no pueden ser aplicadas a supuestos distintos de aquéllos para los que están previstos, exigencia contenida en la denominada prohibición de analogía, que el Código penal recoge de manera expresa en el art. 4,1: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

La analogía consiste en aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a los que la ley describe. Así, por ejemplo, el art. 458 Cp incrimina al «testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial»; si falta a la verdad en unas declaraciones ante la policía, tal precepto no puede ser aplicado por mucho que se aprecie una similitud entre ambas situaciones; si se aplicara se estaría incriminando un supuesto no contemplado por la ley como delito, aunque sea similar a los que ésta contempla.

Obsérvese que al hablar de la prohibición de analogía nos estamos refiriendo a la prohibición de una *forma de aplicación de la ley*, aunque en ocasiones se hable de «interpretación analógica» por la relación que esta cuestión mantiene con la interpretación.

La analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma: de lo que se trata en la analogía es de que, una vez interpretada la ley (es decir, una vez establecidos los supuestos que contiene), se extienden sus consecuencias (se aplican) a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos.

De la aplicación analógica deben distinguirse las llamadas *cláusulas legales de analogía*. Éstas aparecen cuando la ley utiliza expresiones destinadas a extender el sentido de los términos legales a supuestos similares, como ocurre, por ejemplo, con la circunstancia atenuante 7ª del artículo 21 Cp. En dicho precepto, tras enumerarse las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, se establece que también produce tal efecto «...cualquier otra circunstancia de análogo significación que las anteriores».

Cuando los tribunales aplican esta circunstancia, denominada «análoga», no realizan una aplicación analógica de la ley sino que aplican la propia ley dotándola previamente de contenido a través de la interpretación. Tal interpretación consiste en identificar determinadas situaciones que tienen el mismo fun-

damento que las atenuantes previstas en los restantes números del art. 21 Cp (STS de 9 de marzo de 1991).

La prohibición de analogía afecta, sin ningún género de dudas, a todas aquellas disposiciones penales perjudiciales para el reo, es decir, a la denominada *analogía in malam partem*. Lo anterior es consecuencia directa del sentido garantista del principio de legalidad que actúa como límite a la intervención punitiva del Estado y significa que no pueden aplicarse analógicamente las normas penales que *fundamentan* la responsabilidad penal porque definen las conductas punibles, ni tampoco aquéllas que la *agravan* en función de determinadas circunstancias.

Téngase en cuenta que el Código penal establece cláusulas legales de analogía que fundamentan la responsabilidad penal o la agravan, resultando, por tanto, perjudiciales para el reo. Así, el art. 239,1 se refiere a «las ganzúas u otros instrumentos *análogos*». O bien, el art. 23 recoge como circunstancia que puede atenuar o *agravar* el ser cónyuge del agraviado o persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por «análoga relación de afectividad». Como ya se ha dicho, tales cláusulas legales no suponen aplicación analógica de la ley y, aunque perjudiquen al reo, no infringen la prohibición de analogía. Ahora bien, si conllevan una definición excesivamente abierta de la conducta pueden igualmente ser contrarias al principio de legalidad material por infracción del principio de taxatividad.

Si la prohibición de analogía perjudicial resulta perfectamente clara, mayores problemas ha suscitado la aceptación o rechazo de la llamada *analogía in bonam partem* o beneficiosa para el reo, puesto que aunque no le perjudique, también supone aplicar la ley a supuestos que no contempla.

Al respecto se ha argumentado que la analogía beneficiosa (por ejemplo, la que supusiera aplicación de una circunstancia eximente no prevista expresamente en el Cp) debe aceptarse porque en el propio Código penal existe un ejemplo de su admisión en el caso de la ya mencionada circunstancia atenuante análoga. Sin embargo, tal argumento no resulta suficiente en la medida en que, como se ha dicho, no se trata de un caso de aplicación analógica sino de interpretación de una ley que contiene una cláusula de analogía.

Por el contrario, la jurisprudencia y un sector doctrinal mantienen que la analogía *in bonam partem* debe considerarse igualmente prohibida, sobre todo, en base a lo dispuesto por el art. 4,3 Cp, según el cual, el tribunal deberá acudir al Gobierno,

«exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto... cuando de la rigurosa aplicación de las disposi-



ciones 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...».

El art. 4,3 Cp viene a ser una nueva confirmación del principio de sometimiento de los tribunales a la ley: el párrafo que se acaba de transcribir y el que le precede obligan a los tribunales a aplicar en todo caso la ley, tanto si consideran que ésta es demasiado benigna como si estiman que «de su rigurosa aplicación» resulta penada una acción que no debiera serlo. En ambos casos, el tribunal podrá dirigirse al Gobierno exponiendo lo que considere conveniente para que éste, en su caso, inicie la modificación de la ley o conceda el indulto de aquél que ha debido ser condenado en aplicación de la ley, considerándose excesiva la condena a juicio del tribunal sentenciador. En base a ello, el Tribunal Supremo ha negado reiteradamente la posibilidad de aplicar de manera analógica las circunstancias eximentes.

La doctrina dominante entiende, sin embargo, que el art. 4,3 Cp no es suficiente argumento para negar la aplicación analógica beneficiosa, básicamente porque la prohibición de analogía es una consecuencia del principio de legalidad y éste, como se ha dicho, constituye un límite a la intervención punitiva que impide la sanción más allá de los términos de la ley, pero que no persigue impedir la atenuación de la sanción o su exclusión.

Lo cierto es que tal sentido del principio de legalidad se corresponde con los enunciados legales del mismo. Recordemos que el art. 25,1 CE impide «condenar» por acciones u omisiones no descritas en la ley, con lo que se prohíbe extender la aplicación de los preceptos que fundamentan la sanción, pero no la de los que la excluyen o atenúan.

Ello permite interpretar la «rigurosa aplicación» de las disposiciones legales a que hace referencia el art. 4,3 Cp, de acuerdo con el sentido del principio de legalidad contenido en el actual marco constitucional y, asimismo, con la actual concepción de la función interpretativa desarrollada por los tribunales. La aplicación «rigurosa» no tiene por qué ser necesariamente «formalista», sino adecuada a la finalidad y espíritu de las normas, siempre que con ello no se desborde la sumisión al principio de legalidad.

Pero si éste se destina a limitar la intervención penal y a impedir la fundamentación de la responsabilidad *más allá* de los términos de la ley, puede aceptarse que la aplicación de la ley beneficiosa de modo analógico es también una aplicación «rigurosa», de manera que sólo cuando ni siquiera con tal aplicación beneficiosa fuera posible mitigar

o excluir la pena, deberá el tribunal ejecutar la sentencia y acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente.

El TC ha consagrado repetidamente la prohibición de analogía (SSTC 133/1987, 119/1992, 111/1993, 219/1997). En STC 34/1996, de 11 de marzo, entendió que no hay analogía sino interpretación correcta aplicando el concepto «comunicaciones telefónicas» (que parece limitarse a las producidas a través de hilo telefónico), a las comunicaciones inalámbricas.

### 3. CLASES Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Las clases de interpretación suelen ordenarse en atención al intérprete o sujeto que la lleva a cabo, en atención a los métodos utilizados y por último, en atención a los resultados obtenidos.

#### A) CLASES DE INTERPRETACIÓN SEGÚN EL SUJETO

Al respecto se establecen las siguientes: es interpretación *auténtica* la llevada a cabo por el propio legislador mediante normas que precisan el significado de los términos utilizados. En el Código penal español los ejemplos son frecuentes. Así, el art. 239 precisa lo que debe interpretarse por «llaves falsas» a efectos del delito de robo. Es la única interpretación plenamente vinculante.

La interpretación *judicial* es, obviamente, la llevada a cabo por los órganos judiciales. Debe recordarse que, excepto en el caso del Tribunal Constitucional (art. 5 LOPJ), no vincula al intérprete aunque, como se ha dicho, resulta de gran importancia.

Por último, es interpretación *doctrinal* la mantenida por los juristas en las obras científicas. Evidentemente, tampoco resulta vinculante, pero su influencia es mayor de lo que habitualmente se cree y para expresarlo pueden bastar los siguientes ejemplos: durante años la jurisprudencia mantuvo tesis muy estrictas en materia de relación de causalidad entre la conducta y su resultado (teoría de la equivalencia de las condiciones) lo que fue profusamente criticado por la doctrina y ha determinado una evolución jurisprudencial hacia la progresiva aplicación de teorías doctrinales modernas como la de la denominada imputación objetiva. En otro plano, hasta 1983 el Código penal no definió con un concepto claro el delito de estafa y al hacerlo (Reforma de 25 de junio de 1983) recogió lo esencial del concepto mantenido por J. ANTÓN ONECA en un trabajo publicado en NEJ en 1958 y que ya era utilizado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia.

## B) CLASES DE INTERPRETACIÓN SEGÚN EL MÉTODO UTILIZADO

La interpretación *gramatical*, también denominada «literal», pretende establecer el sentido de las normas atendiendo al significado de las palabras contenidas en las mismas. La interpretación gramatical es necesaria, pero no suele ser suficiente, por lo que, normalmente, se utiliza en combinación con otros métodos.

Cuando decimos que la interpretación gramatical no siempre es suficiente, nos referimos a la necesidad de que las leyes no se interpreten de manera excesivamente formalista, sino atendiendo a su espíritu como recoge, junto a otros criterios, el art. 3 Cc. Sin embargo, precisamente por imperativo del principio de legalidad, la interpretación gramatical opera como límite (y en tal medida, es necesaria) de los otros métodos que la complementan y que no podrán desbordar el tenor literal de los términos legales.

La interpretación *lógico-sistemática* busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del Ordenamiento jurídico. Aunque en ocasiones el legislador olvide el orden sistemático e incurra en contradicciones, los términos legales no pueden interpretarse de manera aislada sino en relación al contexto en que se les utiliza. Podemos encontrar ejemplos de la utilización del método sistemático en la atención al título o el capítulo del Código penal en que se encuentre descrito el delito en cuestión; así, el delito de agresión sexual se regula en el Título VIII del Libro II, que lleva por rúbrica «De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», lo que elimina cualquier duda acerca de que el coito violento con una persona dedicada a la prostitución y en contra de su voluntad constituye delito de agresión sexual, puesto que se lesiona su capacidad de autodeterminación en esta materia.

Este ejemplo pone de manifiesto que la interpretación sistemática se relaciona estrechamente con la interpretación *teleológica*, es decir, con aquella que atiende a la finalidad perseguida por la norma. Frecuentemente, la ubicación de un precepto penal orienta acerca de los fines que persigue y, más concretamente, acerca de cuál es el bien jurídico que se quiere proteger, lo que, en definitiva, permite decidir cuáles son los supuestos a los que debe ser aplicado.

La finalidad de la norma permite igualmente concretar el sentido gramatical de los términos. Así, el art. 422 Cp incrimina al funcionario

que admitiere dádiva o «regalo» ofrecido en consideración a su función, con lo que se pretende evitar que los funcionarios perciban remuneraciones por los particulares, ya que ello afectaría a la imparcialidad y al correcto desempeño de la función pública. Y precisamente porque ésta es la finalidad del precepto, sólo debe aplicarse a supuestos en los que el «regalo» tenga una cierta relevancia económica, excluyéndose aquéllos sin la suficiente entidad como para considerarlos perseguidos por el Ordenamiento penal (unas flores, etc.).

Sirve también como ejemplo de uso social adecuado el regalo de una participación de Lotería en Navidad, aunque en algún supuesto en que ha resultado premiada, se ha planteado la relevancia económica del *premio* como motivo para fundamentar la calificación como cohecho.

Por último, la interpretación *histórica* atiende a los antecedentes de las normas y a las circunstancias en que tuvieron su origen. Por ejemplo, el Código penal utiliza frecuentemente las expresiones «imprudencia grave» e «imprudencia leve», que pueden entenderse equivalentes a los conceptos de imprudencia temeraria y simple que utilizaba el Código penal anterior y que se encontraban ya considerablemente consolidados.

### C) CLASES DE INTERPRETACIÓN SEGÚN EL RESULTADO

Desde este punto de vista, la interpretación puede ser, en primer lugar, *declarativa*. En ella, el intérprete llega a la conclusión de que el sentido de la norma coincide plenamente con su tenor literal.

Por el contrario, la interpretación *restrictiva* establece un sentido de la norma que reduce el ámbito del sentido literal propio de los términos legales; es restrictiva la interpretación que antes hemos mantenido sobre el término «regalo» en el artículo 422 Cp, puesto que no lo considerábamos aplicable a cualquier regalo sino «sólo» a los económicamente relevantes.

La interpretación *extensiva* plantea problemas particulares por su proximidad con la *analogía*. Si por interpretación extensiva se entiende (por oposición a la restrictiva), aquélla que incluye en el término legal el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, pero sin rebasarlo, puede considerarse respetuosa con el principio de legalidad y, por tanto, aceptable. En cambio, si la interpretación extiende el sentido de la norma más allá de las acepciones posibles del término legal (de su sentido literal), está permitiendo su aplicación a supuestos no contenidos en el precepto y, por tanto, incurriendo en analogía prohibida.

Por ejemplo, a un estudiante de quinto curso de Licenciatura en Derecho que trabaje como pasante de un abogado no le es aplicable lo dispuesto en el art. 466,1 Cp para el abogado que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, porque el estudiante de Derecho no se incluye en ninguna de las acepciones posibles del término «abogado» y tal aplicación de la ley resultaría analógica. En cambio, sí puede aplicarse al Licenciado en Derecho que no se encuentra todavía inscrito en el Colegio de Abogados, interpretando el mencionado término en su acepción más amplia.

### *EXCURSO: INTERPRETACIÓN, SUBSUNCIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY PENAL*

La aplicación de las normas jurídicas a la realidad se suele describir como resultado de un *silogismo* en el que la premisa mayor la constituye una norma jurídica completa; la inclusión de un «caso» de la realidad en el supuesto de hecho de esa norma jurídica, la premisa menor; y la conclusión, la aplicación a ese caso de la consecuencia jurídica prevista en la norma. Así, por ejemplo:

– El art. 138 del Código penal dice: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años» (premisa mayor).

– Es así que A ha matado a B (premisa menor).

– Luego A debe ser castigado con la pena de prisión de diez a quince años (conclusión).

En este silogismo la obtención de la premisa mayor, es decir, la averiguación del sentido de la norma jurídica incumbe a la *interpretación*; la obtención de la premisa menor, es decir, la inclusión del caso de la realidad en el supuesto de hecho de la norma jurídica constituye la llamada *subsunción*; y, finalmente, la conclusión está constituida por la *aplicación* de la consecuencia jurídica.

En Derecho penal el esquema lógico que se acaba de exponer viene reforzado por dos principios que informan la Administración de Justicia penal: el de *oficialidad* y el de *legalidad*, según los cuales los tribunales han de hacer todo lo necesario para averiguar y sancionar los hechos realmente acaecidos que pudieran ser constitutivos de delito y en esa actuación han de estar sometidos a la ley. Con estos principios se intenta impedir que los tribunales se irroguen funciones que sólo corres-

ponden al legislador o que actúen arbitrariamente sin sujeción a criterio legal alguno. De este modo, la actividad judicial y jurídico-penal en general se presenta como el resultado de un silogismo, perfectamente comprensible con los esquemas de la lógica formal e incluso reducible a esquemas lógicos simbólicos o matemáticos.

Pero la realidad de la Administración de Justicia ofrece un panorama diferente al que se acaba de describir. La reducción de la actividad jurídico-penal a los esquemas simbólicos de la lógica formal es imposible sin que se pierda una buena parte de lo que constituye la esencia de esta actividad, porque ni la averiguación de los hechos de la realidad y su correspondiente enjuiciamiento jurídico son comprensibles de un modo absolutamente lógico, ni tampoco los citados principios de oficialidad y legalidad rigen como parece que deberían regir (en este sentido, CORDOBA RODA, 1974, pp. 69 y ss.). Para comprender mejor la complejidad de la actividad que va desde la interpretación a la aplicación de la ley penal, pasando por la subsunción, conviene distinguir tres momentos o fases:

1º) Punto de partida de toda la actividad jurídica es el *caso* que surge como problema de la realidad y que se trata de subsumir en el supuesto de hecho de la norma jurídica. Para ello hay que empezar por constatar ese hecho tal como se ha producido en la realidad. Ésta es una tarea no exenta de dificultades, ya que normalmente cuando alguien se enfrenta con el problema de si un hecho ha sucedido realmente, el hecho no ha sido percibido directamente por él y es ya pretérito.

La primera misión del juez consiste, pues, en reconstruir los hechos tal como *aproximadamente* se dieron en la realidad. Esta labor de reconstrucción sólo puede ser aproximada a la realidad, ya que es imposible reproducir el hecho ya producido en todos sus detalles. La situación de las personas y cosas cambia con el tiempo y el hecho reproducido tiene que ser necesariamente distinto, en mayor o menor grado, del que realmente sucedió.

Para esta reconstrucción aproximada de los hechos posiblemente constitutivos de delito el juez o tribunal se sirve de una serie de elementos que solamente son «indicios» de cómo esos hechos se produjeron efectivamente. Entre estos indicios se cuentan la inspección ocular, los documentos, los testigos y peritos, la confesión del propio acusado y cuantos otros medios de prueba sean admisibles en Derecho. La función indiciaria de cada uno de estos medios de prueba viene condicionada por el hecho que se trata de probar. Así, por ejemplo, un documento en el que se refleje un contrato simulado de compraventa es el mejor

medio de prueba de un alzamiento de bienes o de una estafa. La pericia caligráfica puede ser el mejor medio de demostrar una falsedad documental. El informe médico pericial puede ser decisivo para averiguar las causas de la muerte o la naturaleza de unas heridas, etc. De todos modos debe advertirse que nunca o casi nunca puede darse a estos «indicios» un valor absoluto. Naturalmente se puede sacar de ellos siempre una conclusión, pero en realidad se trata siempre de una conclusión con diferentes grados de probabilidad.

De todos estos elementos de prueba el más difícil y complejo y el de valor más dudoso respecto a la conclusión es la *prueba testifical*. Las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos son a menudo contradictorias; es más, son los propios testigos los que con sus declaraciones deforman, consciente o inconscientemente, la realidad. De un atentado político presenciado por varias personas, una dirá que los terroristas iban en un coche azul, otra que el coche era verde y que además no llevaba placa de matrícula, una tercera que oyó tres disparos, una cuarta que sólo oyó uno, una quinta no querrá decir nada por temor a las represalias o a buscarse complicaciones, etc. Alguno de los datos aducidos será irrelevante a los efectos de la subsunción jurídica del hecho, por ejemplo, el color del coche, pero también suele ocurrir que se omitan datos que pueden tener alguna significación para el enjuiciamiento jurídico. De todas estas declaraciones debe extraer el juez aquéllo que le interesa y desechar lo irrelevante, teniendo siempre en cuenta para ello la interpretación dada a los elementos del supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas que de la subsunción de los hechos se derivarán.

Iguales o mayores dificultades presenta la averiguación o determinación del autor o autores del hecho. La tarea de la subsunción es también la de individualizar el «quién» anónimo de la norma jurídica en una persona o personas concretas a las que imputar el hecho averiguado. También para ello sirven los «indicios» antes señalados. Así, por ejemplo, en un caso de asesinato, un testigo declara que vendió al acusado una pistola, con la que según el perito en balística se hicieron los disparos. Pero estos datos son sólo mediatamente relevantes para la identificación del autor del hecho. También puede suceder que el que compró la pistola la haya vendido posteriormente a un tercero. Pero el indicio que supone la declaración del testigo puede ser importante si se añaden otros e incluso uno de ellos puede ser tan decisivo que sobren los demás, por ejemplo, si varias personas atestiguan que vieron al acusado cuando éste disparaba sobre la víctima.

Ni siquiera la *prueba pericial*, que, al basarse en conocimientos técnicos o científicos debería ser la más fiable de todas, está exenta de objeciones. También en la constatación de problemas físicos, químicos o bioquímicos de carácter puramente técnico, hay resultados periciales

contradictorios que se derivan de la propia incapacidad que a veces tienen las ciencias empíricas para establecer la *verdad material*. Así sucede, por ejemplo, en el problema de la determinación de la causalidad en las intoxicaciones como ocurrió en el caso de la adulteración del aceite de colza (cfr. STS de 23 de abril de 1992 y comentario a la misma de MUÑOZ CONDE, en HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, 1995, pp. 87 y ss.). Pero sobre todo sucede esto en la pericia psiquiátrica forense, cuando se trata de determinar la imputabilidad o inimputabilidad de un acusado. Veamos un ejemplo:

El psiquiatra de la acusación ve en el acusado una *personalidad psicopática*, que no le impide conocer perfectamente la ilicitud de lo realizado (la agresión sexual y posterior asesinato de una menor) ni controlar sus impulsos paidófilos y homicidas. El psiquiatra de la defensa considera al acusado un psicótico en avanzado estado de deterioro psíquico, incapaz de controlar la agresividad que despiertan en él los niños. Un tercer perito, llamado por el juez en atención a las discrepancias existentes entre el perito de la acusación y el de la defensa, dice que el origen de esa agresividad se encuentra en un conflicto que el acusado tuvo en la niñez, que no ha conseguido superar después y que, de algún modo, ha degenerado en una *neurosis* que disminuye notablemente su capacidad intelectual y volitiva. Y, finalmente, un cuarto perito, especialista en neurología, recabado a su vez por la defensa, encuentra una *disritmia cerebral mínima*, secuela de un golpe que el acusado se dio en la cabeza al caerse de un caballo en su niñez.

La LECrim regula la forma y el modo en que han de practicarse este tipo de pruebas con el fin de que pueda llegarse a reconstruir lo más exactamente posible la realidad de lo sucedido. La misma regulación legal puede ser, sin embargo, un obstáculo para la averiguación de la verdad. En el Derecho procesal penal la práctica de la prueba viene limitada en tiempo y en forma, se exceptúa del deber de testificar a determinadas personas que tienen una relación de parentesco con el acusado, se prohíbe valorar pruebas obtenidas ilícitamente, mediante torturas, etc. El tribunal sólo en base a las pruebas o indicios, practicadas con las limitaciones legales, deberá fijar el «caso» que debe subsumir en el supuesto de hecho de la norma penal. En todo caso, el art. 741 LECrim dispone que el tribunal debe apreciar las pruebas practicadas en juicio «según su conciencia», lo que obviamente no supone una absoluta libertad del juzgador, vulnerando incluso las reglas de la lógica y del sentido común. El *derecho de prueba* tiene una racionalidad que liga la práctica y valoración de la misma a una metodología científica, característica de la cultura de nuestro tiempo (véanse HASSEMER, 1984, pp. 179 y ss.; MUÑOZ CONDE, 1998, pp. 25 y ss.; cfr., sin embargo, la STS de 10 de febrero de 1978).



De este modo se va operando un progresivo proceso de simplificación, de deformación y aun de mutación de los hechos realmente sucedidos que repercute, por supuesto, en el enjuiciamiento jurídico global y en toda la actividad jurídico-penal.

A estas «impurezas» procesales que imponderablemente deforman el hecho realmente sucedido hay que añadir otras razones de tipo extrajurídico que también impiden su correcta constatación. La moderna Criminología ha puesto de relieve que no todos los hechos constitutivos de delito, aunque sean conocidos, son castigados o reprimidos judicialmente. En esta *selección de los hechos* a castigar entran en juego una serie de razones políticas o económicas difícilmente controlables, pero de una realidad innegable. Entre estas razones se cuentan el excesivo costo de las investigaciones judiciales, determinadas actitudes valorativas de la judicatura en orden a la persecución penal de algunos delitos, etc. Todo ello conduce a una afirmación que pueda resultar paradójica: los tribunales, al reproducir el hecho que origina su actuación, realmente *producen un caso* que no siempre coincide con el hecho originario. Se habla así de *verdad forense*, que no siempre coincide con la verdad material de los hechos tal como sucedieron (véanse HASSEMER, 1984, p. 190; MUÑOZ CONDE, Introducción, p. 161; EL MISMO, 1998, pp. 49 y ss.; VIVES ANTÓN, 1992, pp. 279 y ss.; CÓRDOBA RODA, 1974, p. 119).

2º) A la determinación del hecho y su autor, es decir, del caso de la realidad que ha de ser juzgado, sigue su *enjuiciamiento jurídico* o *subsunción* en sentido amplio. Se trata de un proceso muy complejo que va desde la simple subsunción lógica o subsunción en sentido estricto hasta los más complejos juicios valorativos. Este proceso se puede contemplar desde diversas perspectivas.

– Desde el punto de vista del *lenguaje* se trata de convertir el lenguaje coloquial en un lenguaje jurídico, es decir, convertir las palabras que designan los elementos fácticos en conceptos jurídicos. De este modo se convierte el lenguaje en un instrumento mediador entre la premisa mayor (la norma jurídica) y la premisa menor (los hechos), que posibilita la aplicación de la conclusión. Desde el punto de vista lingüístico la función de la subsunción consiste, pues, en adaptar la terminología coloquial a la terminología jurídica.

– Desde el punto de vista estructural la subsunción supone la *concreción* de la norma necesariamente abstracta y general en el caso concreto y particular que hay que juzgar. De este modo aparece el Derecho penal, y el Derecho en general, no como un conjunto de normas abstractas,

sino como el conjunto de preceptos que rigen en concreto los hechos de la vida social.

– Desde el punto de vista psicológico la subsunción supone un acto de *decisión* del juzgador, en el que, se quiera o no confesarlo, influyen como «pre-juicios» y «prejuicios» elementos que se encuentran fuera o más allá de la ley. De este modo se pone de relieve que lo que el juzgador aplica es *algo más que la ley* y que, por tanto, también hay que tener en cuenta ese algo más para enjuiciar de un modo totalizador la actividad jurídica.

El problema fundamental de la subsunción consiste en relacionar los preceptos jurídicos abstractos con el hecho real concreto (véase ENGISCH, pp. 69 y ss.). El estadio previo de la subsunción es la interpretación de la ley, es decir, que antes de la subsunción hay que aclarar primero el sentido de la premisa mayor a aplicar. Para ello hay que tener en cuenta todo lo que antes se ha dicho sobre la interpretación de la ley. Pero ahora no se trata de interpretar, por ejemplo, el concepto de «cosa mueble» del art. 234 Cp, sino de incluir en ese concepto, que se supone ya interpretado, una cosa determinada, por ejemplo, la energía eléctrica. Esta tarea se dificulta tanto más, cuando el concepto jurídico es demasiado genérico o implica un juicio valorativo del juzgador.

Un ejemplo de esto lo constituye el término «morada» en el art. 202,1, que plantea el problema de si pueden subsumirse también en él las dependencias anejas a una casa habitada, la «roulotte» de un turista o la habitación de un hotel. La solución depende de cuáles sean los elementos fundamentales del concepto jurídico y de la finalidad perseguida con la creación del delito de allanamiento de morada. Si por morada se entiende todo espacio, total o parcialmente acotado, que evidencia la voluntad de una persona de excluir a otras y si la finalidad de la ley es la de proteger la intimidad de esa persona, no cabe duda de que los citados lugares pueden incluirse en el concepto de morada, por más que no lo sean según el sentido dado a la palabra «morada» en el lenguaje coloquial.

La subsunción se dificulta aún más cuando los conceptos jurídicos son conceptos valorativos. El concepto «grave deformidad» empleado en el art. 149 es un concepto valorativo, estético, que implica siempre una valoración subjetiva del juzgador ante el caso concreto. ¿Es una «deformidad» en el sentido de la ley la pérdida de dos dientes a consecuencia de un puñetazo? ¿Y la cicatriz que deja una puñalada en el vientre de la víctima? La solución en estos casos no puede ser unívoca, porque la valoración de tales hechos desde el punto de vista estético-funcional depende de muchas circunstancias: edad de la víctima, sexo, profesión, etc. Así, por ejemplo, la cicatriz en el vientre puede considerarse deformidad en una chica joven que probablemente no podrá exhibirse en «bikini», y también la pérdida de los dientes, pero quizás haya que cambiar el juicio cuando se trate de una anciana. En otros casos la valoración puede ser más objetiva. Así, por ejemplo, nadie dudará en considerar deformidad una

cojera a consecuencia de la herida o una cicatriz grande en el rostro. El juez es en estos casos el portador de las valoraciones dominantes en la sociedad, lo que supone un «pre-juicio», pero a veces también un «prejuicio» que condiciona la subsunción.

La función del juzgador no es sólo importante en la subsunción de los hechos reales en la norma, sino también en la determinación de lo que rige en concreto la vida social. En esta materia hay que tener también en cuenta, como ya se ha dicho, los elementos que se encuentran fuera de la ley, pero que condicionan su aplicación.

Algunos de estos elementos proceden de la doctrina, que ha creado diversas teorías que sólo mediatamente encuentran reflejo en la ley. Entre estas teorías se encuentran, por ejemplo, la de la relación de causalidad adecuada o las de la imputación objetiva, que sirven para excluir del ámbito de la subsunción en la norma un gran número de casos que teóricamente son subsumibles en ella (véase *infra* capítulo XIII).

3º) La tercera fase está constituida por la *aplicación de la norma penal* al caso cuya prueba y subsunción en la norma penal se ha realizado. En esta fase lo más importante es la *determinación de la consecuencia jurídica*. En Derecho penal es casi imposible determinar con absoluta seguridad la consecuencia jurídica justa para un hecho concreto. Ya HEGEL tuvo que confesar, a pesar de ser partidario de una teoría absoluta, retribucionista de la pena, que «no es posible determinar razonablemente si lo justo es una multa de cinco táleros o de cuatro táleros y veinticinco centavos o una pena de prisión de un año o de 364 días». Por eso en esta fase el arbitrio judicial es aún mayor que en la fijación de los presupuestos de la pena. Nuestro Código penal no ordena ninguna pena exactamente determinada, sino que deja un amplio marco dentro del cual decide el juzgador en atención a la concurrencia de las circunstancias agravantes y atenuantes. Pero el Código penal no es tan generoso con el juzgador como a veces se cree. Así, por ejemplo, cuando no concurren circunstancias atenuantes o agravantes, la regla 6ª del art. 66,1 deja al arbitrio del tribunal la fijación de la extensión de la pena señalada por la ley, pero obliga *preceptivamente* para ello a tener en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente. Tampoco la concesión de la suspensión condicional de la pena o de los sustitutivos de la pena de prisión queda completamente al arbitrio judicial, ya que entre sus presupuestos figuran conceptos como el de peligrosidad o de reinserción social, difícilmente controlables (cfr. arts. 80 y 88). Con ello se demuestra, una vez más, que la exacta de-

terminación de la pena es un acto de decisión que implica siempre una valoración subjetiva del juzgador, que, en última instancia, pretende con su decisión la *solución del caso* o del conflicto que motivó su intervención, aunque ello casi siempre esté fuera de su alcance (cfr. *infra* Tercera Parte, capítulo XXXI).

*En definitiva*, tanto en la producción como en la decisión y solución del caso, es decir, tanto en la interpretación de la ley, como en la subsunción de los casos de la realidad en la misma, a los efectos de solucionar el conflicto en ellos planteado intervienen factores e imponderables que no siempre son exclusivamente reconducibles a la ley y que, sin embargo, también deben ser tenidos en cuenta para determinar qué es exactamente lo que rige en términos reales el comportamiento de las personas en sociedad.

**Bibliografía:** BACIGALUPO ZAPATER, La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal, Anuario de Derechos Humanos 1983; EL MISMO, La «rigurosa aplicación de la ley», ADP 1995; CÓRDOBA RODA, Consideraciones sobre la jurisprudencia penal, RJCat. 1974; DÍEZ PICAZO, La interpretación de la ley, Valencia 1970; ENGISCH, Introducción al pensamiento jurídico, Madrid 1967; GÓMEZ BENÍTEZ, Seguridad jurídica y legalidad penal, en Vinculación del juez a la ley penal, CDJ 1995; HASSEMER, Fundamentos del Derecho penal, Barcelona 1984 (traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde); EL MISMO, ¿Palabras justas para un derecho justo? (Sobre la interdicción de la analogía en el derecho penal), Persona y Derecho 1996; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia 1995; MARTÍNEZ VAL, El principio pro reo, RGLJ 1956; MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, Barcelona 1975; EL MISMO, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, lección inaugural del curso 1998/99 en la Universidad «Pablo de Olavide», Sevilla 1998; ORTS BERENGUER, La atenuante de análoga significación, Valencia 1978; RIGGI, Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley, Barcelona 2010; RODRÍGUEZ MOURULLO, Naturaleza de los conceptos jurídicos y límites de la individualización penal, en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela 1975; ROMEO MALANDA, Las eximentes por analogía en el Código penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto, RDPC 2005; SÁNCHEZ TOMÁS, Interpretación penal en una Dogmática abierta, ADP 2005; VIVES ANTÓN, Procesos y teorías de la verdad, en La reforma del Proceso penal, Valencia 1992; EL MISMO, Dos problemas del positivismo jurídico, en La libertad como pretexto, Valencia 1996.



## CAPÍTULO VII

### Ámbito temporal de la ley penal

1. Promulgación y derogación de la ley penal
2. Principio de legalidad y prohibición de retroactividad de la ley penal. La sucesión de leyes penales
3. La retroactividad de la ley penal más favorable
  - A) La retroactividad como excepción
  - B) La retroactividad en medidas de seguridad, leyes procesales y disposiciones sobre responsabilidad civil
  - C) Determinación de la ley más favorable
  - D) Eficacia de las leyes intermedias y de las leyes temporales
4. El momento de realización del delito

### 1. PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL

Las leyes penales tienen una eficacia temporal vinculada, obviamente, a su período de vigencia. Las exigencias propias del principio de legalidad que se han recogido al tratarlo con carácter general, determinan algunas especialidades en cuanto a su aplicabilidad a hechos cometidos bajo la vigencia de una u otra ley. Antes de precisarlo, conviene recordar las nociones generales sobre la entrada en vigor y la derogación de las leyes, que son de aplicación al Derecho penal.

Con arreglo al art. 91 CE, el Rey sanciona las leyes aprobadas por las Cortes Generales, *promulgándolas* y ordenando su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Sin embargo, la eficacia de la ley no se produce hasta una *entrada en vigor* que, con arreglo al art. 2,1 Cc tiene lugar a los veinte días de su publicación, a no ser que en la propia ley se disponga otra cosa.

Durante dicho período entre la publicación y la entrada en vigor —la *vacatio legis*—, la ley carece de eficacia y no puede ser aplicada, lo que significa que todavía se encuentra vigente la ley anterior. Ésta será, en principio, la aplicable a los delitos cometidos durante la *vacatio legis*.

En materia de leyes penales, dada la trascendencia de sus efectos, suele recomendarse la previsión de una *vacatio legis* superior a los veinte días habituales, para permitir su completo conocimiento no sólo

por los tribunales que deben aplicarla, sino también por los ciudadanos que recibirán sus consecuencias. Así, el Código penal establece un período de seis meses entre su publicación y su entrada en vigor (véase Disposición final séptima).

En cuanto a la *derogación* de la ley penal, rige igualmente lo dispuesto con carácter general en el art. 2,2 Cc: las leyes sólo se derogan por otras posteriores, sin que por la derogación de una ley recobren su vigor las que ésta hubiere derogado.

Debe recordarse, igualmente, que las Sentencias del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de una ley tienen el valor de cosa juzgada, vinculan a los poderes públicos y producen efectos generales desde su publicación en el BOE (art. 38 LOTC). Por ello, desde el momento en que el Tribunal Constitucional declara inconstitucional un precepto penal, éste debe dejar de ser aplicado y la sentencia produce los mismos efectos que una ley nueva sobre los hechos cometidos con anterioridad.

## **2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. LA SUCESIÓN DE LEYES PENALES**

Como ha quedado expuesto, el principio de legalidad presenta un contenido esencialmente garantizador, propio de sus orígenes vinculados al nacimiento del Estado liberal. Pero resulta igualmente propio de la filosofía liberal el fundamento político-criminal del principio de legalidad, por el que éste se relaciona con la finalidad más característica del Derecho penal, esto es, la prevención general.

Efectivamente, si las leyes penales pretenden que los ciudadanos se abstengan de delinquir y para ello anuncian la imposición de una pena a quienes cometan determinadas conductas, no podrá atribuírseles responsabilidad si en el momento de su actuación la ley no la definía como delito.

Pero la finalidad preventivo general nace de la propia función del Derecho penal como Ordenamiento protector de los bienes jurídicos esenciales para la colectividad. Y de este modo, la exigencia de que el Derecho penal exprese en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad determina que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en el seno

social. Tal sustitución de las normas vigentes por otras más adecuadas al contexto histórico se conoce como *sucesión de leyes penales*.

Éste no es un concepto puramente cronológico ni referido a la mera sustitución en el tiempo de una ley por otra, sino que se utiliza con un contenido material centrado precisamente en la existencia de una evolución de las concepciones dominantes sobre la necesidad de proteger unos u otros bienes jurídicos. Así, por Ley 22/1978, de 26 de mayo, se derogaron los arts. 449 a 452 del Código penal, acogedores de los delitos de adulterio y amancebamiento, cuando la necesidad de abandonar la protección penal de la fidelidad conyugal constituía ya un clamor en la sociedad española.

Es este contenido material de la sucesión de leyes penales el que permite explicar el *principio de irretroactividad* de las leyes penales, por el cual éstas no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación. Así, la creación de una nueva figura delictiva por la ley penal expresa un desvalor sobre los hechos que se definen, pero no puede recaer sobre conductas cometidas con anterioridad a que tal desvalor se expresara legalmente. Y permite también explicar la excepción al principio, esto es, la retroactividad de la ley más favorable, así como solucionar algunos casos dudosos que se plantean en la aplicación concreta de dichos principios y que se verán más adelante (véase *infra* 3).

Obsérvese que las anteriores consideraciones apuntan a lo que puede considerarse el *fundamento político-criminal*, referido a la función del Derecho penal, de la prohibición de retroactividad. En esta línea, ha sido destacado también el hecho de que las leyes penales son reglas de conducta que miran al futuro —esto es, a la prevención de delitos— y por tanto, no pueden desplegar sus efectos hacia momentos anteriores a su entrada en vigor.

Conforme a ello, no resulta extraño que concepciones penales basadas en la idea de prevención especial y en la consideración de la pena como terapia benefactora para el individuo (el positivismo criminológico, el correccionalismo), cuestionaran la validez del principio que analizamos, pretendiendo que tales efectos beneficiosos de las penas alcanzaran a todo comportamiento antisocial con independencia de que al cometerse no fuera considerado delictivo por la ley vigente. Pero con independencia de la coherencia interna de tales planteamientos, lo que ha prevalecido en los Ordenamientos modernos es la supremacía de las garantías individuales frente al poder punitivo.

Por ello, junto a la fundamentación hasta aquí recogida, la prohibición de retroactividad de las leyes penales se asienta, *desde el punto de*



*vista jurídico*, en los principios de legalidad y seguridad jurídica, como límites a la intervención penal del Estado. Por último, no cabe duda de que la irretroactividad de la ley penal viene impuesta por el más elemental concepto de Justicia.

Desde el punto de vista constitucional, la concreta prohibición de retroactividad de las leyes penales se contiene básicamente en el ya citado art. 25,1 CE, aunque su enunciado debe ser considerado junto al de otros preceptos porque el alcance de tal prohibición no puede establecerse claramente sin tomar en consideración la excepción prevista para las leyes favorables que se analiza en el siguiente apartado.

Igualmente y como ya se recogió al estudiar el principio de legalidad en general, el Código penal acoge en su art. 2,1 la prohibición de retroactividad de las leyes penales al establecer que «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración».

### **3. LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE**

El art. 25,1 CE prohíbe la aplicación retroactiva de normas que *definen* conductas punibles, pero con ello no se hace referencia alguna a las normas penales de distinto contenido, como por ejemplo las que prevén circunstancias atenuantes, agravantes o aquéllas que modifican la ley vigente aumentando o disminuyendo la gravedad de las penas.

Por ello, el alcance real de la prohibición de retroactividad se establece a partir del contenido constitucional del principio de legalidad y su concreción en preceptos de rango inferior contenidos en el Código penal.

#### **A) LA RETROACTIVIDAD COMO EXCEPCIÓN**

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en la formulación general del principio de legalidad contenida en el artículo 9,3 CE se garantiza «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras *no favorables* o restrictivas de derechos individuales». Por tanto, aunque el art. 25,1 CE se refiera únicamente a la imposibilidad de «condenar» por hechos no descritos en la legislación vigente y pudiera parecer que recoge exclusivamente la irretroactividad de las normas que definen delitos, tal formulación ha de entenderse referida a todas aquellas que resulten per-

judiciales, por fundamentar no sólo la existencia de la condena sino también su concreta gravedad.

En este sentido, resulta indudable que las leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito, no pueden ser aplicadas de modo retroactivo.

La Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio, permite aplicar nuevas normas restrictivas del régimen abierto y la libertad condicional a los ya condenados por hechos anteriores a la promulgación de dicha norma. En tanto en cuanto se trata de una disposición restrictiva de derechos y claramente perjudicial que, así, se aplica retroactivamente, es considerada inconstitucional por parte de la doctrina (VIDALES RODRÍGUEZ, 2004, IGLESIAS RÍO, 2005).

De esta forma, la prohibición de retroactividad de la ley perjudicial para el reo confirma el carácter de límite para el Estado y garantía para el ciudadano que posee el principio de legalidad. Pero precisamente porque ése es el sentido de la presente garantía, cabe afirmar que la aplicación retroactiva de las leyes penales que beneficien al reo, no lesiona su contenido.

Como se ha visto, la Constitución no menciona expresamente esta posibilidad de aplicación retroactiva: ni en el art. 25,1 ni en el art. 9,3, que sólo prohíbe la retroactividad de lo desfavorable. Sin embargo, el mismo hecho de que sólo se prohíba en este caso, permite afirmar que la Constitución autoriza la retroactividad en el caso contrario.

Por ello, aunque resulte quizá forzado afirmar que la retroactividad de la ley favorable sea un principio contenido en la Constitución y deducible *a sensu contrario* de su art. 9,3 (véase STC 8/1981, de 30 de marzo), lo cierto es que en el texto constitucional no hay nada que impida que en normas de rango inferior se establezca la retroactividad beneficiosa como principio de plena aplicabilidad.

Ello responde además, a una exigencia de coherencia en la aplicación del Ordenamiento jurídico, ya que si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvalora en menor medida, no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo las consecuencias de unas leyes que han dejado de considerarse adecuadas. Es por tanto, la sucesión de leyes penales en el sentido arriba expresado, la que también proporciona fundamento a la excepción que analizamos.

*La retroactividad de la ley penal más favorable* constituye así una excepción al principio general de irretroactividad de las leyes penales que, por otra parte, se encontraba ya reconocido con anterioridad a la promulgación de la Constitución, en el Código penal. Efectivamente,

tras la prohibición general de retroactividad contenida en el número 1 del art. 2 Cp, el número 2 del mismo precepto establece que:

«No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena».

Por tanto, las normas penales que, por ejemplo, establezcan circunstancias eximentes, atenuantes o que disminuyan la gravedad de las penas y obviamente, todas aquellas que despenalicen conductas, pueden ser aplicadas a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Obsérvese al respecto la amplitud de efectos retroactivos permitidos por el art. 2,2 Cp: por supuesto, si la ley más favorable es promulgada con posterioridad a los hechos pero antes del juicio, deberá ser aplicada en la sentencia que se dicte; pero además, la ley posterior más favorable deberá desplegar efectos retroactivos incluso si ya se ha producido una sentencia firme y se está cumpliendo la condena, con lo cual en tales casos deberá dictarse una nueva resolución conteniendo los efectos derivados de la nueva ley (la extinción de la condena o la disminución de la pena). Las *Disposiciones transitorias* del Código penal establecen una serie de reglas para la revisión de condenas y determinación de la ley penal más favorable.

Esta obligatoriedad de revisar la resolución se encuentra expresamente prevista para los supuestos en que una ley penal es derogada por declararla inconstitucional el Tribunal Constitucional. Así se deduce claramente del art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al establecer que las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una ley no permitirán revisar procesos en los que haya recaído sentencia con fuerza de cosa juzgada *«salvo en el caso de procesos penales... en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena... o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad»*.

Asimismo y pese a que no es compartido por la totalidad de la doctrina, los efectos retroactivos de la ley posterior más favorable deben producirse también *cuando el reo ya hubiere cumplido la condena*, cancelándose los correspondientes antecedentes penales. Negar tal amplitud de efectos supone interpretar de manera excesivamente formalista el enunciado del art. 2,2 Cp y restringir el espíritu del principio de retroactividad de las disposiciones beneficiosas.

Existe un supuesto especial en el que se han planteado ciertas dudas acerca de la obligatoriedad de aplicar de manera retroactiva una ley que produce efectos beneficiosos. Se trata de aquellas modificaciones legislativas por las que se

modifican determinadas cuantías establecidas en la ley penal. Por ejemplo, el Código penal ha elevado a 400 euros (66.554 pesetas) la cuantía a partir de la cual un hurto debe ser considerado delito, con lo que pasan a ser constitutivos de falta los hurtos inferiores a tal cantidad.

Evidentemente, tal modificación resulta beneficiosa para quienes hubieren cometido un hurto inferior a 400 euros (o su equivalente en pesetas) con anterioridad a la reforma, pero de ello no se desprende que la nueva ley debiera aplicárseles retroactivamente, por ejemplo, modificando los antecedentes penales de los ya condenados. En este caso, la modificación legal no es un verdadero supuesto de sucesión de leyes penales que demuestre un cambio valorativo sobre los hechos en cuestión, sino una mera adecuación al cambio de precio de las cosas objeto del delito, en función de las circunstancias económicas. Sin embargo, el Tribunal Supremo (Acuerdo de la Sala 2ª, de 25 de octubre de 2005) ha establecido el criterio contrario al aplicar retroactivamente la modificación de la cuantía del delito fiscal, que despenaliza los fraudes inferiores a 120.000 euros (20.000.000 de pesetas).

### ***B) LA RETROACTIVIDAD EN MEDIDAS DE SEGURIDAD, LEYES PROCESALES Y DISPOSICIONES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL***

El art. 2,1 Cp ha venido a zanjar algunas dudas sobre la irretroactividad de las disposiciones establecedoras de medidas de seguridad que, de todas formas, podía mantenerse también en base a su carácter restrictivo de derechos individuales y la prohibición general de retroactividad contenida para tales supuestos en el art. 9,3 CE.

La cuestión es algo más confusa en relación a las leyes procesales. Nuevamente, en el caso de leyes procesales desfavorables o restrictivas de derechos individuales, la prohibición de retroactividad sólo podría asentarse en la declaración general del art. 9,3 CE, que no establece distinciones acerca de la naturaleza penal o procesal de las normas.

Sin embargo, el problema de la hipotética retroactividad de las leyes procesales necesita de algunas matizaciones. En principio, la ley procesal se aplica al desenvolvimiento de los actos procesales en el momento en que éstos están teniendo lugar; por tanto, no siempre es trasladable aquí el concepto de retroactividad de la ley, tal y como lo hemos venido usando para las leyes penales: efectivamente, cuando éstas se aplican, recaen siempre sobre un hecho ocurrido con anterioridad y pueden plantear el problema de que la ley vigente en el momento de la comisión fuera distinta. En cambio, si una ley —procesal— modifica, por ejemplo, los plazos para dictar sentencia o para interponer un recurso, se aplica a esos actos procesales concretos y no cabe hablar propiamente

te de aplicación *retroactiva*, si la ley procesal vigente en el momento en que se cometió el delito establecía requisitos distintos.

Lo anterior se corresponde con la regla *tempus regit actum*, con arreglo a la cual, la ley procesal aplicable será la vigente en el momento de cada uno de los actos procesales y, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, «no cabe pensar que de ello pueda derivarse una aplicación retroactiva de la ley» (Auto 933/1985, de 18 de diciembre).

Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional ha abordado algunos supuestos problemáticos, proporcionándoles una solución que matiza el rigor de la regla *tempus regit actum*. Efectivamente, existen decisiones judiciales de carácter procesal —sometidas, por tanto, a leyes de esta naturaleza— que, por un lado, afectan claramente a la libertad individual y, por otro, tienen efectos que permanecen durante un cierto tiempo, más allá del momento en que ha tenido lugar el acto procesal en cuestión. Y mientras duran esos efectos, puede variar la ley procesal aplicable a los mismos, estableciendo mayores restricciones para el afectado.

Por ejemplo, la prisión provisional acordada durante el proceso es una medida aseguradora de carácter procesal, sin carácter penal pese a suponer privación de libertad. Bajo la vigencia de la LO 7/1983, la prisión provisional tenía fijado un límite temporal básico de 20 meses, que fue ampliado a dos y cuatro años, según los casos, por la LO 10/1984. El problema planteado es el de si las prisiones provisionales acordadas bajo la vigencia de la primera ley debían cesar al alcanzar el tiempo máximo fijado en ella (20 meses), pese a que en ese momento se encontrara vigente ya la segunda ley que permitía su prolongación.

En tales casos, si se aplicara la nueva ley más restrictiva, desplegaría sus efectos sobre un acto procesal iniciado bajo la vigencia de una ley anterior, por lo que podría hablarse con mayor propiedad de retroactividad perjudicial de la ley procesal. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente en el caso de la prisión provisional citado en el ejemplo, estableciendo que la elección de la ley aplicable debe hacerse de la manera más favorable al derecho fundamental a la libertad (*favor libertatis*) y por tanto, acudiendo a la ley anterior más beneficiosa (STC 32/1987, de 12 de marzo, y, considerando aplicable el art. 9,3 CE a las normas procesales, STC 117/1987, de 8 de julio).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional evita un pronunciamiento general y tajante sobre la prohibición de retroactividad de las leyes procesales y no puede decirse que niegue la validez de la regla *tempus regit actum*, tal y como ha quedado enunciada más arriba. La jurisprudencia

citada obliga, en realidad, a aplicar la ley vigente en el momento en que se inició el acto procesal en cuestión (la prisión provisional), con lo que se respeta la mencionada regla. Ahora bien, también es cierto que se prohíbe que la ley posterior más restrictiva se aplique a un acto anterior, con lo que, de hecho, se está prohibiendo la retroactividad de las leyes procesales perjudiciales *en los supuestos en los que, propiamente, puede hablarse de retroactividad*, es decir, en aquellos actos procesales cuya permanencia en el tiempo hace posible la existencia de dos leyes distintas y teóricamente aplicables.

Las normas que regulan los *plazos de prescripción* no se consideran procesales sino materiales, por lo que no pueden aplicarse retroactivamente si perjudican al reo (para más detalles, véase *infra* capítulo XXV.4).

En cuanto a las normas que regulan la *responsabilidad civil ex-delicto* puede plantearse también que las vigentes en el momento del enjuiciamiento resulten más favorables que las que regían al cometerse el delito.

El problema se planteó al promulgarse el Código penal de 1995 respecto a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (art. 121 Cp; casos de la colza, presa de Tous...), puesto que en él se excluía tal responsabilidad subsidiaria en el caso de que lo cometido fuera una falta y no un delito, al contrario que el Código penal anterior, que la admitía en ambos casos.

En primer lugar, la responsabilidad civil *ex-delicto* es una obligación civil sin contenido punitivo (véase *infra* capítulo XXXV) y aunque se regule en el Código penal, sus disposiciones no son leyes penales *stricto sensu*, si por tales entendemos las normas que asocian una pena a la comisión de un delito o falta. Asimismo, el responsable civil no es necesariamente el *reo*, entendiéndose por tal el acreedor de responsabilidad penal.

Pues bien, tanto el art. 2,2 Cp como la Disposición transitoria primera se refieren exclusivamente al «reo», y la responsabilidad penal cuando permiten la retroactividad de la ley posterior más favorable. Desde este punto de vista, si la disposición posterior sobre responsabilidad civil *resulta* perjudicial, será irretroactiva en aplicación del art. 2,3 del Código civil («las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario»), que el Código penal no contradice. Pero también resultarían irretroactivas cuando resulten *beneficiosas* y en aplicación del mismo artículo del Código civil, porque el Código penal sólo permite la aplicación retroactiva de las leyes *penales* y en materia de responsabilidad penal, por lo que prevalece la norma general.

### C) DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE

Cuestión distinta es la *determinación de la ley que se considera más favorable*, porque ello no aparece siempre con claridad.

La elección de la ley más beneficiosa no presenta problemas cuando se despenaliza una conducta o se comparan penas de igual naturaleza (por ejemplo, privativas de libertad). Pero pueden surgir dudas cuando se trata de penas de contenido distinto; así, cabe preguntarse si resulta más perjudicial para el reo una pena de prisión de seis meses a dos años (que puede ser suspendida condicionalmente) o la inhabilitación absoluta para profesión u oficio público (de seis a veinte años). Al respecto debe establecerse en primer lugar que la decisión compete al tribunal sin que pueda dejarse a la elección del reo, aunque el art. 2,2 Cp permite que éste sea oído en caso de duda sobre la ley más favorable (véase también, Disposición transitoria segunda); pero igualmente debe decirse que la permisión de la retroactividad se establece para aquéllo que favorezca «al reo» y por tanto, deberá decidirse en atención a sus circunstancias concretas.

El segundo problema se plantea cuando la ley posterior contiene aspectos beneficiosos pero también perjudiciales, por ejemplo, disminuyendo la gravedad de la pena señalada para el delito pero estableciendo circunstancias agravantes que son aplicables al caso. Tal situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley supone para el caso en cuestión y aplicando de manera completa la ley que permita las menos gravosas.

Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el tribunal estaría creando una norma nueva (*lex tertia*) y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen (STS de 29 de junio de 1985). Tal es el criterio de la Disposición transitoria segunda del Código penal.

### D) EFICACIA DE LAS LEYES INTERMEDIAS Y DE LAS LEYES TEMPORALES

Se denomina ley intermedia a la que no estaba en vigor en el momento de comisión de los hechos ni lo está en el momento del juicio, sino que ha tenido vigencia entre uno y otro. Las dudas que plantea su posible aplicación provienen del hecho de que la valoración contenida

en dicha ley no era mantenida por el legislador cuando se cometió la conducta, pero tampoco lo es en el momento en que ésta se enjuicia.

Pese a ello, si la ley intermedia resulta más beneficiosa para el reo, se acepta su aplicación en atención a que éste pudo ser juzgado con arreglo a la misma si el juicio se hubiera celebrado bajo su vigencia y si ello no ha ocurrido, no deben aplicársele las consecuencias de la ley que le perjudica (STS 27.12.82).

Distinta es la cuestión planteada por las denominadas leyes temporales y de excepción. Son leyes temporales aquéllas que nacen con un período limitado de vigencia establecido taxativamente en la propia ley que fija la fecha en que dejará de estar en vigor. Las denominadas leyes excepcionales son *también leyes temporales*, en la medida en que tienen limitada su vigencia, pero tal límite no se establece de manera fija sino remitiéndolo al cese de las circunstancias en virtud de las que se promulga la ley: por ejemplo, sería excepcional una ley que aumentara las penas de los delitos contra la propiedad para evitar el pillaje durante una catástrofe y mientras ésta durara o bien, que estableciera penas para quienes violaran el toque de queda durante una situación bélica.

Tanto las leyes temporales como las excepcionales suelen tener una vigencia corta, tras la cual vuelve a entrar en vigor la legislación anterior a la situación que las ha provocado, es decir, el Código penal que se encontrara anteriormente vigente y que suele ser más beneficioso que la ley excepcional porque sus normas están previstas para circunstancias normales.

El problema surge cuando los hechos cometidos bajo la vigencia de la ley temporal o excepcional más rigurosa son juzgados cuando ya vuelve a regir el Código penal que resulta más favorable, puesto que, conforme a lo estudiado hasta aquí, éste debe ser aplicado retroactivamente en detrimento de la ley temporal.

Si esto es así y teniendo en cuenta la generalmente corta vigencia de las leyes temporales y el muy probable retraso del procedimiento judicial, prácticamente siempre deberá aplicarse el Código penal más beneficioso y la ley temporal no llegará a aplicarse, resultando ineficaz de hecho.

Por ello se ha planteado la posibilidad de que las leyes temporales y de excepción sean *ultraactivas* y se apliquen a los hechos cometidos bajo su vigencia aunque en el momento del juicio ya se encuentren derogadas; es decir, se plantea una excepción al principio de retroactividad de la ley penal más favorable.



Para apoyar tal propuesta se argumenta no sólo la ineficacia en que caerían las leyes temporales, sino también que en estos supuestos no nos encontramos ante un auténtico caso de sucesión de leyes penales, en el que el Ordenamiento haya variado su valoración sobre las conductas de manera que ello deba beneficiar al reo. Se mantiene, por el contrario, que lo que han cambiado son las circunstancias que motivaron el cambio legislativo, de manera que si tales circunstancias siguieran presentes, el Ordenamiento seguiría valorando los hechos del mismo modo.

Ésta es la opción mantenida —frente al silencio del Código penal anterior— por el art. 2,2, último inciso del Código penal: pese a la retroactividad de la ley posterior más beneficiosa, «los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados... conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario». Con tal redactado se permite la *ultraactividad* de la ley penal temporal, concretándose la norma general contenida en el art. 4,2 Cc, en el que aparentemente se niega dicha ultraactividad.

#### 4. EL MOMENTO DE REALIZACIÓN DEL DELITO

Hasta aquí hemos venido refiriéndonos al momento de comisión del delito como aquél que determina la ley que debe ser aplicada en su enjuiciamiento.

Los delitos en que no existe lapso entre la acción y su resultado no ofrecen problemas acerca del momento en que deben considerarse cometidos. En cambio, la doctrina se ha referido tradicionalmente a los delitos cuya realización se prolonga en el tiempo como supuestos problemáticos para la aplicación de diversas instituciones penales (el propio ámbito temporal de la ley o el momento a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción del delito). Piénsese en supuestos como la transfusión de sangre contaminada con el virus del SIDA que provoca la aparición de la enfermedad varios años después.

El art. 7 Cp resuelve este tipo de supuestos decantándose por la denominada *teoría de la acción* que, frente a la teoría del resultado, opta por el momento en que ha tenido lugar el comportamiento punible. Tal opción se mantiene sólo a los efectos de la determinación de la ley penal aplicable en el tiempo, lo que resulta lógico puesto que a nadie puede aplicársele una ley inexistente al llevar a cabo su comportamiento, puesto que no podía conocerla. Sin embargo, siendo ésta, en principio, la ley aplicable, si en el momento del enjuiciamiento está vigente otra

que resulta más beneficiosa para el reo, será de aplicación de acuerdo con el principio general de retroactividad de la ley posterior más favorable.

En cuanto al momento a partir del cual se computa el plazo de prescripción del delito (art. 131 Cp), el Código no proporciona ningún criterio puesto que el art. 132 se limita a establecer que el tiempo comenzará a correr desde el momento en que se hubiere «cometido la infracción punible», sin especificar si por tal debe entenderse el de la acción o el del resultado.

Lo cierto es que cada uno de los problemas a que afecta el momento de comisión debe solucionarse según las necesidades de la correspondiente institución (teoría de la valoración jurídica), por lo que no existen inconvenientes en aceptar que, a efectos de prescripción del delito, éste no puede considerarse realmente cometido hasta que no se ha consumado.

Problemas distintos presenta la determinación del lugar de comisión del delito para decidir qué órganos son competentes en su enjuiciamiento y qué ley debe ser aplicada. Ello será abordado en el capítulo correspondiente al ámbito espacial de la ley penal (véase *infra* capítulo VIII).

**Bibliografía:** CARBONELL MATEU, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia 1999; CUERDA RIEZU, Irretroactividad y retroactividad de la ley penal, EJB III, 1995; EL MISMO, La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional, en VARIOS, La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su cincuenta aniversario, Barcelona 1998; FRIGOLS I BRINES, Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español: existencia y aplicabilidad temporal de normas penales, Barcelona 2004; IGLESIAS RÍO, Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal, Revista Jurídica de Castilla y León 2005; LASCURAIN SÁNCHEZ, Sobre la retroactividad penal favorable, Madrid 2000; MADRID CONESA, El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo, Valencia 1982; EL MISMO, El principio de legalidad del delito, Valencia 1983; MORILLAS CUEVA, Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, Granada 1980; MUSCO, La sucesión de las leyes penales en el tiempo, RP 2009; PEDREIRA GONZÁLEZ, Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad, ADP 2008; REDONDO HERMIDA, La retroactividad de la Jurisprudencia en Derecho penal español, La Ley Penal 2008; RODRÍGUEZ MOURULLO, Legalidad (principio de), NEJ XIV, 1971; RUIZ ANTÓN, El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia, PJ núm. especial VI, 1989; SÁNCHEZ YLLERA, La aplicación retroactiva de la ley penal. La revisión de sentencias ya dictadas, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte

General), EDJ 1996; SERRANO BUTRAGUENO, Retroactividad, ultra-actividad y extraactividad de las normas penales. La suspensión de la ejecución y la sustitución de penas de prisión de tres y dos años impuestas conforme al Código penal derogado, La Ley 1998; SILVA SÁNCHEZ, Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las «Leyes en Blanco», EPC 1992/1993; EL MISMO, La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de la acción, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; SOTO NIETO, El nuevo Código penal. Cuestiones sobre retroactividad, La Ley 1996; VIDALES RODRÍGUEZ, La libertad condicional y la retroactividad de las disposiciones que la regulan. Razones para un debate sobre su posible inconstitucionalidad, RDP 2004.

# CAPÍTULO VIII

## El ámbito espacial de la ley penal

1. Consideraciones generales
2. El principio de territorialidad
  - A) Concepto de territorio
  - B) El lugar de comisión del delito
3. Excepciones al principio de territorialidad: la extraterritorialidad de la ley penal
  - A) Principio personal
  - B) Principio real o de protección
  - C) Principio de la Justicia universal
4. La extradición
  - A) Conceptos y consideraciones generales
  - B) Fuentes
  - C) La extradición activa
  - D) La extradición pasiva
5. Derecho de asilo
6. Derecho internacional penal: especial consideración de la Corte Penal Internacional
7. Derecho de la Unión Europea: la cooperación judicial

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La potestad punitiva (el *ius puniendi*) de los Estados forma parte inescindible del ejercicio de su soberanía y en tal medida, se encuentra sometida a límites determinados por el espacio sobre el que tal soberanía se ejerce. En principio, por tanto, la potestad punitiva estatal no puede ejercerse más allá de las fronteras del propio Estado.

Sin embargo, esta expresión tan general resulta inmediatamente matizable en función de las características de la delincuencia actual y las relaciones entre los Estados. En primer lugar, las actuales facilidades para trasladarse de un país a otro determinan una considerable movilidad de la delincuencia, de tal modo que no resulta especialmente difícil eludir la actuación de los tribunales del país en el que se ha cometido el delito y, por tanto, la sanción penal. A ello debe añadirse la existencia de organizaciones internacionales, favorecida por dicha movilidad, que extienden su actuación sobre el territorio de varios países y cuya persecución demanda la colaboración internacional de los Estados.

Todo ello conlleva la necesidad de la aceptación de determinadas reglas jurídicas destinadas a resolver los supuestos en los que confluye la potestad punitiva de más de un Estado o bien, a establecer la colaboración internacional en la persecución de hechos que afectan a la comunidad supranacional.

Tales normas jurídicas forman parte del Derecho interno de los Estados, bien por encontrarse recogidas en leyes emanadas del poder legislativo propio, bien por derivarse de lo establecido en los Tratados internacionales que, como en el caso español, se incorporan al Ordenamiento interno desde el momento en que son suscritos y publicados (art. 96,1 CE). Pese a tratarse, por tanto, de normas de Derecho interno, toda la materia se encuentra afectada por principios de carácter internacional nacidos precisamente de los acuerdos entre los Estados.

En definitiva, la problemática que vamos a abordar se centra en establecer cuál es el Estado competente para perseguir o sancionar un hecho delictivo —esto es, cuál es la ley aplicable y los órganos competentes— en función del lugar en que tal hecho delictivo se ha cometido.

La mencionada relación entre potestad punitiva, soberanía y territorio, determina que el punto de partida para establecer la competencia sea precisamente el territorial, lo que conlleva el respeto a la soberanía de los demás Estados cuando la ejercen sobre delitos cometidos dentro de sus fronteras. Sin embargo, veremos cómo en determinados supuestos los Estados ceden parte del ejercicio de su potestad punitiva para favorecer la colaboración internacional y la persecución de delitos, en virtud de principios que atienden no ya al lugar de comisión de los hechos, sino a la nacionalidad del delincuente o a la protección de intereses supranacionales.

Debe tenerse en cuenta que, pese a la existencia de numerosos principios de carácter jurídico, esta materia presenta frecuentes connotaciones políticas que se hacen patentes especialmente en materia de extradición, como institución mediante la que los Estados reclaman o conceden competencia a otros para la persecución de delitos. En último término, la decisión sobre la oportunidad de perseguir o no al autor de un delito que se encuentra fuera de las fronteras del Estado tiene un claro componente político que se refleja en la intervención del poder ejecutivo que muchos Estados prevén para este procedimiento.

## 2. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Como ha quedado apuntado, el principio general para determinar la competencia de los Estados en la persecución de delitos es el que atiende al lugar de comisión. En virtud del principio de territorialidad, el Estado es competente para sancionar, con arreglo a las leyes propias, los hechos cometidos en su territorio (*locus regit actum*), independientemente de la nacionalidad de quien los haya cometido. En suma, se dice, la ley penal es territorial, lo que supone que cualquier ciudadano extranjero que cometa un delito con arreglo a las leyes del país en el que se encuentra, puede ser perseguido y sancionado aunque los hechos no constituyan delito en su país de origen.

Además de su vinculación con el concepto de soberanía, la territorialidad de la ley penal viene abonada por otras razones: desde un punto de vista político-criminal, la vigencia de la ley penal no puede quedar supeditada a la nacionalidad de quien la infringe, porque ello redundaría irremediabilmente en el efecto preventivo general que debe serle propio y, asimismo, son razones procesales las que aconsejan que los hechos se enjuicien en el lugar de su comisión, en beneficio del principio de inmediación y de la correcta disposición y valoración de las pruebas.

El principio de territorialidad se encuentra claramente recogido en el Ordenamiento español. El art. 8,1 Cc establece que,

«Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

Con lo anterior, se establece la vigencia espacial del Ordenamiento penal español, con independencia de la nacionalidad del infractor, pero ello se complementa con la declaración de la competencia de los órganos judiciales españoles contenida en el art. 23,1 LOPJ:

«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 mención a los *buques* y *aeronaves* que aparece en el precepto transcrito nos conduce a la precisión de aquéllo que deba entenderse por territorio español, a los efectos de aplicación del principio de territorialidad.

## A) CONCEPTO DE TERRITORIO

El espacio en el que se aplica la ley española se corresponde con el denominado *concepto jurídico de territorio*, equivalente al espacio en el que el Estado español ejerce su soberanía.

El concepto jurídico de territorio incluye, en primer lugar, el ámbito abarcado por el *territorio en sentido geográfico* (concepto geográfico de territorio), esto es, el espacio terrestre, marítimo y aéreo sometido a soberanía española. El espacio terrestre se corresponde con la tierra firme y aguas interiores comprendidas dentro de las fronteras, mientras que el marítimo abarca la zona de doce millas náuticas adyacente a las costas españolas (Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial). El espacio aéreo es el que se eleva sobre el espacio terrestre y el mar territorial (Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea).

Los edificios de las legaciones extranjeras en España (embajadas y consulados) forman parte del territorio español a estos efectos y, por tanto, la ley española es aplicable a los delitos cometidos en ellos, pero tal competencia se ve limitada por la inviolabilidad de que gozan dichos espacios en virtud de la Convención de Viena de 18 de abril de 1961.

Asimismo, forman parte del territorio en sentido jurídico, los espacios acogidos por el denominado *derecho de bandera o de pabellón*, es decir, los buques y aeronaves españoles cualquiera que sea el lugar en que se encuentren, aunque al respecto el art. 23,1 LOPJ deja a salvo la posibilidad de que en los Tratados internacionales pueda establecerse otra cosa. La actual regulación no distingue, como venía haciéndose hasta su promulgación, entre buques y aeronaves militares y civiles, de modo que sea cual sea su clase, forman parte del territorio español a los efectos que estamos considerando.

Un problema específico se plantea con las oficinas aduaneras españolas que no se encuentran propiamente dentro del territorio español, lo que ha sido denominado como *territorio aduanero*. Como hemos visto, el art. 23,1 LOPJ no menciona nada al respecto y ello plantea una cierta discusión en supuestos en los que alguien es detenido en una oficina aduanera española (fuera todavía del territorio geográfico español), portando, por ejemplo, géneros prohibidos para la importación, como los denomina la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Contrabando, y pretendiendo introducirlos en territorio español (drogas, armas, etc.). ¿Puede considerarse en tales casos que el hecho se ha producido en territorio español?

Al respecto debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que si la oficina aduanera se encuentra fuera de las fronteras, estrictamente no forma parte del territorio español e incluso puede decirse que si dicha oficina se destina a controlar la entrada *en* el territorio, no tiene por qué formar parte necesariamente del mismo.

Sin embargo, resulta indudable que en dichos espacios se ejerce parte de la soberanía del Estado puesto que pueden desempeñarse funciones de control, vigilancia y detención de individuos. Frente a ello caben dos opciones interpretativas: a) el llamado territorio aduanero situado fuera de las fronteras es incluíble sin más en el concepto de «territorio español» a que alude el art. 23,1 LOPJ; y b) aunque los hechos cometidos en territorio aduanero fuera de las fronteras no lo han sido propiamente en territorio español, existe competencia del Estado español para perseguirlos y para aplicarles las leyes españolas.

Obsérvese que, por lo que aquí nos interesa (la competencia del Estado español y la vigencia espacial de la ley española), ambas interpretaciones coinciden en cuanto a los resultados: los hechos se enjuiciarán con arreglo a la ley española. Sin embargo, la relevancia de la distinción se manifiesta en una cuestión distinta que no nos corresponde desarrollar aquí: el grado de consumación del delito cometido; efectivamente, si el territorio aduanero fuera de las fronteras no es territorio español, los actos encaminados a introducir géneros en el mismo serán constitutivos de tentativa de delito de contrabando si son descubiertos en la oficina aduanera, mientras que con arreglo a la opción contraria, podrán ser sancionados como delito consumado por haberse producido ya la entrada en territorio español. La jurisprudencia del Tribunal Supremo presenta algunas contradicciones al respecto pues pueden encontrarse menciones al territorio en sentido geográfico (SSTS 9.3.88, 1.12.88) y, asimismo, reconocimiento del territorio aduanero como integrante del territorio nacional (STS 13.5.87).

## B) EL LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO

Como acabamos de ver, el principio de territorialidad del art. 23,1 LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles sobre los hechos «cometidos» en territorio español. En los casos normales, cuando tanto la acción como el resultado del delito se producen dentro del territorio, no existen dudas sobre la aplicación del mencionado principio.

El problema aparece en los denominados *delitos a distancia*, en los que la acción y su resultado se producen en lugares distintos. Suele plantearse al respecto, el ejemplo del paquete bomba enviado desde España y que provoca una muerte en Francia (o a la inversa). ¿Cabe afirmar aquí que el delito «se ha cometido» en España?

La ley española vigente mantiene un absoluto silencio acerca de cuál es el lugar de comisión del delito, por lo que, en principio, debe acudir-se a las opciones interpretativas que tradicionalmente se han mantenido en la doctrina y que son las siguientes: para la *teoría de la actividad*, el delito se ha cometido allí donde el autor ha realizado su acción, mientras que para la *teoría del resultado*, el lugar donde éste se produce es aquél en el que debe considerarse cometido el delito.

Tanto una como otra teoría conducen a lagunas de punibilidad y producen intolerables situaciones de impunidad. Así, por ejemplo, si un



español envía un paquete bomba desde España y produce una muerte en Alemania, permaneciendo el autor en territorio español, la teoría del resultado permitiría su impunidad: el delito no se habría cometido en España (luego, no habría competencia de los tribunales españoles) y no podría concederse la extradición del autor para que fuera juzgado en Alemania porque, como se verá, en tal materia rige el principio de no entrega de los nacionales. Similares problemas pueden plantearse con la teoría de la actividad si el autor es alemán y se refugia en Alemania.

Por ello, la doctrina se apoya mayoritariamente en la *teoría de la ubicuidad*, con arreglo a la cual puede considerarse cometido el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como en aquél en el que se ha producido el resultado.

La teoría de la ubicuidad es perfectamente asumible en base a nuestro Ordenamiento vigente: al no manifestarse expresamente el art. 23,1 de la actual LOPJ sobre el lugar de comisión, permite cualquier interpretación, lo que resultaba más difícil bajo la vigencia de la LOPJ de 1870, cuyo art. 335 introducía una fórmula un tanto confusa que era interpretada mayoritariamente como acogedora de la teoría del resultado.

El hecho de que la vigente LOPJ (de 1985) prescindiera de cualquier precisión, no sólo permite sino que también favorece una interpretación amplia del concepto de comisión del delito: ésta supone *tanto* la realización de una actividad *como* la producción de un resultado (lo que en la teoría del delito se conoce como desvalor de acción y desvalor de resultado). Dicho en otros términos, si «matar» significa realizar una conducta dirigida a producir un resultado de muerte que termina produciéndolo, el hecho de matar no se «comete» exclusivamente ni en el momento de la acción ni en el momento de la producción de la muerte, sino en ambos; ello coincide, evidentemente, con la tesis de la ubicuidad.

De mantenerse esta conclusión para el Derecho español, significa ni más ni menos que los tribunales españoles pueden estimarse competentes para perseguir tanto las conductas que, iniciadas en España, produzcan su resultado en el extranjero, como aquéllas que se encuentren en el caso contrario. Obviamente, para ejercer dicha competencia, los órganos españoles deberán tener a su disposición al autor de los hechos y en caso de no ser así, el reconocimiento de la misma les facultará para solicitar la extradición al país en que se encuentre.

### 3. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD: LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL

Si el principio de territorialidad se mantuviera a ultranza, muchos hechos delictivos permanecerían en la impunidad, teniendo en cuenta no sólo las facilidades para la movilidad internacional de las personas a que hemos hecho referencia, sino también por la aplicación de una serie de principios internacionales que limitan la concesión de la extradición.

Los problemas que conllevaría el principio de territorialidad si no se aceptaran excepciones al mismo pueden expresarse con el siguiente ejemplo: un ciudadano español comete un homicidio en México y se refugia en España. El principio de territorialidad impediría juzgarlo en España (el hecho no se ha cometido en territorio español) y si México solicitara la extradición para juzgarlo, el Estado español debería denegarla en aplicación del principio de no entrega de los nacionales (*infra* 4.d).

Para evitar problemas como éste, en determinados casos se faculta a los tribunales españoles para enjuiciar hechos cometidos fuera de las fronteras españolas, pero debe tenerse en cuenta que tal competencia sólo podrá ser ejercida efectivamente si el autor de los hechos se encuentra a disposición de los tribunales españoles y si ello no es así, será determinante que se cumplan los requisitos exigidos para la solicitud y la concesión de la extradición. En todo caso, la extraterritorialidad es supletoria respecto de la territorialidad, es decir, sólo opera cuando el país donde se cometen los hechos no quiere o no puede juzgarlos.

Los supuestos en los que el Ordenamiento español reconoce la extraterritorialidad de la ley penal española, esto es, la competencia para que los tribunales españoles la apliquen a hechos cometidos en el extranjero, son los siguientes:

#### A) *PRINCIPIO PERSONAL*

En virtud del mismo, la ley española puede ser aplicada a hechos cometidos por españoles en el extranjero. Se trata, por tanto, de que en ciertos supuestos la ley española «siga» a los españoles fuera de las fronteras predominando con ello la nacionalidad del autor sobre el lugar de comisión del delito.

Al basarse en la nacionalidad del autor, se conoce como principio de personalidad activa. Nuestro Derecho no recoge el principio de personalidad pasiva, que otorga competencia a los Tribunales del país de la víctima.

El principio personal está sometido a determinados requisitos que, junto a su reconocimiento, se contienen en el art. 23,2 LOPJ. Tal precepto establece la competencia de la jurisdicción española para conocer de *los hechos previstos en las leyes españolas como delitos*, aunque hayan sido cometidos en el extranjero, siempre que los responsables fueren españoles o extranjeros nacionalizados con posterioridad a la comisión del hecho. Para ello, el mismo artículo establece los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, 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.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

Acerca del contenido de tal principio en la LOPJ debe observarse lo siguiente: en primer lugar, la competencia extraterritorial de la jurisdicción española se reconoce sólo para hechos «previstos en las leyes españolas como delitos», es decir, se renuncia a perseguir hechos cometidos por españoles en el extranjero que sean constitutivos de falta según la ley española.

En segundo lugar, los requisitos específicos que se acaban de recoger (a, b y c) restringen la vigencia extraterritorial de la ley penal en virtud, precisamente, del carácter supletorio del principio personal y asimismo, como reconocimiento a la territorialidad de la ley penal de los restantes Estados.

El requisito más importante es (salvo en el caso excepcional expresamente previsto en el propio art. 23,2,a LOPJ) el que exige que los hechos sean punibles en el lugar de su ejecución, lo que se conoce como *exigencia de doble incriminación*: piénsese en la española que aborta en el Reino Unido (fuera de los supuestos permitidos por la ley española) y regresa a España. En tal caso, el principio personal no puede llegar hasta el extremo de castigar en España hechos que no son delictivos en el lugar en que se cometieron; si lo hiciera, ignoraría la territorialidad de la ley inglesa, sobreponiéndose a ella, cuando de lo que se trata es

de que el principio personal complemente al territorial, pero no a la inversa.

Debe observarse que la virtualidad principal del principio personal se produce en supuestos como el planteado al inicio del presente apartado: el español que delinque en el extranjero y se refugia en España sólo podrá ser enjuiciado precisamente en aplicación de este principio, que opera en tales casos para evitar la impunidad que se derivaría del principio de no entrega de los nacionales a otros países que soliciten su extradición.

### *B) PRINCIPIO REAL O DE PROTECCIÓN*

Con arreglo al mismo, se reconoce competencia de los tribunales y aplicabilidad de la ley penal española a los delitos cometidos por *españoles o extranjeros, fuera del territorio español*, cuando atacan determinados bienes jurídicos que, genéricamente, pueden reconducirse a la protección del Estado.

Por el presente principio el Estado español se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos fuera de sus fronteras, con independencia de la nacionalidad del autor, cuando lesionan intereses del propio Estado. Tal reserva de competencia se produce, por tanto, ante la posibilidad de que el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito, renuncie a su persecución por tratarse de atentados contra intereses de otro Estado.

El principio real o de protección se recoge en el art. 23,3 LOPJ, con arreglo al cual conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- «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.
  - 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 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».

La relación del principio real con intereses genuinamente estatales puede dificultar su aplicación cuando los hechos cometidos en el extranjero sean considerados allí como delitos políticos (por ejemplo, incitación a la rebelión). En estos casos, si el delincuente reclamado por España se encuentra en el país de comisión, éste puede denegar la extradición aplicando uno de los principios que rigen en esta materia (*infra* 4).

### C) PRINCIPIO DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

En virtud del mismo, el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos *por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional*, cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada. El reconocimiento de este principio por los Estados supone no sólo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesionados por formas de delincuencia internacional. Por tanto, se trata de un instrumento que posibilita la persecución por cualquier Estado que lo asuma, de hechos que se han cometido fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentra interesado como miembro de la comunidad internacional.

El principio de la Justicia universal se encuentra reconocido en el art. 23,4 LOPJ, con arreglo al cual la jurisdicción española es competente para conocer de los hechos cometidos fuera del territorio español que puedan ser calificados con arreglo a la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- «a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España».

La remisión de la letra h) del art. 23,4 LOPJ a los convenios internacionales permite incluir delitos como la tortura o los crímenes de guerra, acogidos en tratados ratificados por España.

En el principio de Justicia universal no se exige que los hechos sean también delictivos en el lugar de comisión (doble incriminación) como ocurría con el principio personal en el que, al no protegerse bienes jurídicos internacionales, no se permite la intromisión en la soberanía ajena. En cambio, si en la Justicia universal no se exige la doble incriminación es precisamente porque opera respecto de bienes que interesan a la comunidad internacional y por esa razón, admite la intervención extraterritorial de otros Estados incluso aunque los hechos no sean delictivos donde se cometieron.

Por las razones expuestas, el principio de Justicia universal —según unánime doctrina— no se dirige a proteger intereses españoles, sino los propios de la comunidad internacional. Sin embargo, tras un período de amplia aplicación de tal principio por los tribunales españoles, fue restringido considerablemente por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el art. 23,4 LOPJ. En su redacción vigente, para que los tribunales españoles puedan ejercer la Justicia universal debe darse una de las siguientes situaciones: a) que los presuntos responsables estén en España; b) que existan víctimas de nacionalidad española; o c) que exista algún vínculo de conexión relevante con España. Y, en todo caso, es necesario que no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y persecución efectiva de los hechos en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional. Los supuestos de existencia de víctimas españolas o vínculo de conexión con España suponen una desnaturalización del principio, puesto que vinculan su aplicación a intereses españoles.

La anterior versión del art. 23,4 LOPJ permitió a la jurisdicción española perseguir como genocidio los delitos cometidos por algunas dictaduras (Chile, Argentina. Véase la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 16/2005, de 19 de abril, sobre el caso Scilingo) y posteriormente, abrir procesos contra autoridades chinas (caso Falung Gong) y guatemaltecas (genocidio de pueblo maya) o diligencias contra autoridades israelíes (bombardeo de Gaza) o estadounidenses (crímenes de guerra en Irak y torturas en Guantánamo). El Tribunal Supremo (STS 327/2003, de 25 de febrero) intentó restringir el principio en el caso de Guatemala exigiendo una vinculación con intereses españoles, lo que fue anulado por la STC 237/2005, de 26 de septiembre, porque tal restricción no podía apoyarse en la LOPJ. Sin embargo, las presiones internacionales, especialmente de Israel y Estados Unidos (BLANCO CORDERO, 2009), determinaron que se aprovechara la LO 1/2009 (dedicada a la oficina judicial) para introducir la modificación del artículo 23,4 LOPJ en el sentido indicado. Previamente, la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI), ya había renunciado a que España ejerciera la jurisdicción universal en aquellos casos en que pudiera ejercerla la Corte Penal In-

ternacional, por lo que no cabía temer que los Tribunales españoles interfirieran en sus competencias.

La persecución de delitos cometidos al amparo de regímenes políticos que los han amnistiado ha planteado la validez, a estos efectos, de dichas amnistías. Al respecto, el art. 23,5 LOPJ (en relación al 23,2,c) prohíbe la extraterritorialidad y, por tanto, la competencia española, si el delincuente ya ha sido absuelto, indultado o penado, es decir, en aquellos casos en que el país de comisión de los hechos ya los ha juzgado. Y precisamente porque ésta es la única excepción, el principio de Justicia universal sigue operando y haciendo posible la competencia española cuando, mediante amnistías o «leyes de punto final», el país donde se cometieron los hechos renuncia a juzgarlos, porque con ello se plantea el genuino supuesto en que la jurisdicción de otros miembros de la comunidad internacional se hace necesaria.

Existen algunas lagunas de punibilidad provocadas por la incapacidad de los principios hasta aquí recogidos para solucionar todos los supuestos. Imaginemos el supuesto del ciudadano alemán que lesiona a un español en Alemania y se refugia en España. Los tribunales españoles no son competentes para juzgarlo porque: a) el hecho no se ha cometido en España y no se cumple el principio de territorialidad, y b) no se trata de un caso de extraterritorialidad porque no se ha cometido ninguno de los delitos relativos a los principios real y de la Justicia universal. Si Alemania no solicita la extradición del autor para juzgarlo, los hechos quedarán en la más absoluta impunidad.

Para solucionar casos como éste, la mayoría de la doctrina española reclama la incorporación a nuestro Derecho del hoy inexistente *principio de la Justicia supletoria*, reconocido en cambio por el Ordenamiento alemán. Con arreglo al mismo, el Estado alemán se reserva la competencia para enjuiciar hechos cometidos en el extranjero, cuando el delincuente se encuentre en Alemania, si el país competente para perseguirlos no solicita la extradición.

## 4. LA EXTRADICIÓN

### A) CONCEPTOS Y CONSIDERACIONES GENERALES

La extradición es un procedimiento de cooperación internacional destinado a impedir que los responsables de delitos, todavía no juzgados o bien ya condenados, eludan la acción de los tribunales competentes para enjuiciarlos o ejecutar la pena, mediante su refugio en otro país.

En todo proceso de extradición intervienen dos Estados: el Estado requirente, que se considera competente para enjuiciar los hechos o ejecutar la pena y por ello solicita la entrega del delincuente, y el Estado requerido, en cuyo territorio se encuentra la persona solicitada.

Asimismo, la presencia de dos Estados obliga a definir la extradición desde sendos puntos de vista: *la extradición pasiva* es la entrega que el Estado requerido hace al requirente, de un acusado o condenado que buscó refugio en el territorio del primero de ellos, a fin de que el segundo pueda juzgarlo o ejecutar la condena; consecuentemente, *la extradición activa* es la solicitud formulada por el Estado requirente al requerido para que le entregue al responsable del delito sobre el que se declara competente, con el fin de juzgarlo o ejecutar la condena.

Por último y en atención a los órganos intervinientes en el procedimiento, la extradición puede ser *gubernativa, judicial o mixta*, según la decisión competa al Gobierno, a los tribunales o a ambos. En este último supuesto se incluye, como veremos, la regulación española.

La extradición es una institución de marcado carácter político, con un considerable margen para la decisión por parte de los Estados sobre la oportunidad de perseguir o conceder la persecución de los hechos que constituyen su objeto. Ello se refleja, en primer lugar, en la naturaleza de las fuentes que regulan la institución, claramente dominadas por la existencia de acuerdos interestatales que se plasman en los Tratados y asimismo, en los acuerdos de reciprocidad.

Pero el componente político de la extradición se muestra especialmente en aquellos sistemas que, como el español, adoptan formas procedimentales mixtas con decisiva intervención del Poder ejecutivo. Una clara muestra de lo anterior aparece en el art. 6 de la Ley de Extradición Pasiva española, con arreglo al cual la decisión de los tribunales declarando procedente la extradición no vincula al Gobierno, «que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones *de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España*».

Por último, debe tenerse en cuenta que entre los Estados miembros de la Unión Europea, la situación es muy distinta puesto que los tradicionales instrumentos de extradición se encuentran en vías de extinción para ser sustituidos por la cooperación judicial (con relación a ello, vid. *infra* apartado 7 de este capítulo).

## B) FUENTES

La enumeración de las fuentes por las que, en nuestro Ordenamiento, se rige la extradición se encuentra contenida en el art. 13,3 CE:



«La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo».

Entre los *Tratados* suscritos por España en relación a esta materia, merecen ser destacados el Convenio Europeo de Extradición (de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España por Instrumento de 21 de abril de 1982, BOE 8 de junio de 1982), el Convenio Europeo para la represión del terrorismo (de 27 de enero de 1977, ratificado por España por Instrumento de 9 de mayo de 1980, BOE 8 de octubre de 1980) y el Convenio Europeo de Asistencia judicial en materia penal (de 20 de abril de 1959, ratificado por España por Instrumento de 14 de julio de 1982, BOE 17 de septiembre de 1982) y el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE.

Las *leyes* a que hace referencia el art. 13,3 CE son la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva y los arts. 824 a 833 LECrim, aplicables al procedimiento de extradición activa.

El *principio de reciprocidad*, al que alude el art. 13,3 CE en tercer lugar, requiere algunas precisiones. Con arreglo a tal principio, el Estado requerido obtiene del requirente la seguridad de que éste le entregará a un fugitivo perseguido por los mismos hechos y con las mismas cualidades personales que el perseguido cuya extradición se demanda.

Sin embargo, no se trata propiamente de una tercera fuente de la extradición situada detrás de los *Tratados* y la ley, sino de un principio que concreta cómo debe aplicarse la ley.

Esta concepción de las fuentes aplicables ha sido confirmada, con posterioridad a la Constitución, por el art. 1 de la vigente Ley de Extradición Pasiva de 1985:

«Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los *Tratados* en los que España sea parte.

En todo caso, la extradición sólo se concederá atendiendo al principio de reciprocidad. El Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente».

### C) LA EXTRADICIÓN ACTIVA

El art. 826 LECrim, establece las condiciones de procedibilidad exigidas para que el Estado español pueda solicitar la extradición de personas que, debiendo ser juzgadas en España, se encuentran en el

extranjero. Las situaciones en las que cabe tal solicitud se contienen en los tres números del mencionado artículo y se corresponden con las siguientes:

1<sup>a</sup>. Españoles que, habiendo delinquido en España, se hayan refugiado en país extranjero. Se trata de un supuesto normal de competencia española en aplicación del principio de territorialidad.

2<sup>a</sup>. Españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto de aquél en el que delinquieron. En este supuesto se complementa parte de la competencia extraterritorial recogida en el art. 23,3 LOPJ (principio real o de protección). Por tanto, valen aquí las consideraciones formuladas al exponerlo sobre las zonas de impunidad existentes en esta materia y que han sido destacadas doctrinalmente en relación al precepto que comentamos.

Obsérvese que el responsable debe encontrarse en país distinto de aquél en el que ha delinquido, de donde se desprende que si se encuentra en el lugar de comisión, deberá ser juzgado allí por aplicación del principio de territorialidad y, por tanto, el Estado español no necesitará solicitar la extradición. Sin embargo, el enjuiciamiento de los hechos dependerá de que en el país extranjero donde se han cometido, sean constitutivos de delito. Y este condicionamiento se extiende también al supuesto que analizamos: si los hechos no son delictivos en el país requerido o si se consideran delitos políticos —recuérdese que se trata de atentados a la seguridad del Estado español—, la extradición será denegada.

3<sup>a</sup>. Extranjeros que, debiendo ser juzgados en España, se hayan refugiado en un país que no sea el suyo. La competencia para juzgar extranjeros en España vendrá determinada por cualquiera de los principios recogidos en el art. 23 LOPJ, anteriormente expuestos, pero su extradición sólo podrá solicitarse si el país en el que se encuentran no es el suyo. Obviamente, con ello se reconoce el principio de no entrega de los nacionales que impediría conceder la extradición si el país de refugio fuera el propio del autor del delito.

El procedimiento de extradición activa se regula en los arts. 824 y ss. LECrim y es de carácter mixto, en tanto en cuanto se inicia por el órgano judicial competente para conocer del delito con la petición al Gobierno de que, a su vez, solicite la extradición al Estado requerido.

## D) LA EXTRADICIÓN PASIVA

Los principios que rigen en esta materia en el Ordenamiento español se encuentran recogidos en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Sin embargo, no deben ser analizados como privativos de la legislación española puesto que, en sus contenidos esenciales, se trata de principios de carácter internacional asumidos por la mayoría de los Estados y reflejados además en muchos de los Tratados de extradición suscritos por España. El propio preámbulo de la Ley de Extradición reconoce la influencia de dichos Tratados en la configuración del contenido de la ley. A continuación recogemos los principios más importantes:

1. Principio de legalidad (art. 13,3 CE y art. 1 LEP), por el que la concesión de la extradición deberá realizarse de acuerdo con los Tratados y la ley.

2. Principio de reciprocidad (art. 1 LEP), por el que podrán demandarse garantías al Estado requirente.

3. Principio de doble incriminación (art. 2 LEP), por el que no se concederá la extradición si el hecho no es constitutivo de delito en España.

4. Principio de no entrega de los nacionales o de los extranjeros que deban ser juzgados en España (art. 3,1 LEP), aunque si el Estado requirente lo solicita, las autoridades españolas iniciarán actuaciones para, en su caso, enjuiciar los hechos en España.

5. Delitos por los que no se concederá la extradición, en función de su escasa gravedad o de su naturaleza:

a) No se concederá la extradición para enjuiciar delitos sancionados con privación de libertad inferior a un año o para ejecutar condenas inferiores a cuatro meses de privación de libertad (mínima non curat praetor; art. 2 LEP).

b) No se concederá la extradición por delitos políticos, sin que puedan considerarse como tales los delitos de terrorismo y los *crímenes contra la humanidad*. Tampoco se concederá por delitos militares, por los cometidos en ejercicio de la libertad de expresión y por los no perseguibles de oficio (art. 4 LEP).

El principio de no extradición por delitos políticos es uno de los que en mayor medida expresa los amplios márgenes de decisión de los Estados en esta materia.

Pese a la existencia de diversas concepciones (objetiva, subjetiva y mixta), difícilmente puede hablarse de un concepto claro y unívoco de delito político, sometido a parámetros jurídicos. Y probablemente ahí radique una contradic-

ción que impide delimitar la situación que se pretende definir: el delito político es, sobre todo y valga la redundancia, un concepto *político*, cuya aplicación por los Estados depende, obviamente, de las propias características del régimen que los gobierne.

E incluso puede depender de las circunstancias por las que atraviesen las relaciones diplomáticas entre los Estados. Recuérdese al respecto que hasta tiempos recientes Francia denegaba a España la extradición de los militantes de ETA que se encontraban en aquel país por considerar que los delitos por los que se les reclamaba eran delitos políticos.

6. Supuestos en los que puede denegarse la extradición: si se sospecha que tras la solicitud existe persecución racial, religiosa o política y si la persona solicitada es menor de 18 años y se considera que la extradición puede impedir su reinserción social (art. 5 LEP).

7. Exclusión de la extradición si se ha concedido el asilo a la persona solicitada (art. 4,8º LEP).

8. Principio de conmutación (art. 4,6º LEP): no se concederá la extradición si el requirente no da garantías de que la persona no será ejecutada o sometida a tratos degradantes.

9. Principio de judicialidad (art. 4,3º LEP): no se concederá la extradición si la persona debe ser juzgada por un tribunal de excepción.

10. Principio de especialidad (art. 21,1 LEP): el extraditado sólo puede ser juzgado por los hechos que motivaron la demanda de extradición.

El procedimiento de extradición pasiva es igualmente de carácter mixto, con intervención judicial y gubernativa. La Audiencia Nacional debe informar la petición de extradición, pero su resolución sólo vincula al Gobierno en caso de ser denegatoria. Si se declara procedente la extradición, el Gobierno podrá denegarla «en ejercicio de la soberanía nacional» (art. 6 LEP).

## 5. DERECHO DE ASILO

En términos genéricos, el asilo es la protección concedida por un Estado a la persona que se refugia en su territorio, huyendo de la persecución de que es objeto por parte de otro. Protección que se plasmará, como acabamos de recoger, en la denegación de la extradición si ésta se solicita.

El art. 13,4 CE remite a la ley la regulación de las condiciones por las que el Estado español podrá conceder asilo a ciudadanos de otros países. Tal mandato constitucional fue desarrollado por la Ley 5/1984,

de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada posteriormente por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Finalmente, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, contiene la regulación vigente después de adaptarla a las disposiciones de la Unión Europea para acoger el sistema europeo común de asilo.

El art. 2 de la Ley configura el asilo como la «protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado» en los términos previstos en la propia Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951. Dicha ley acoge, además, el concepto de «protección subsidiaria» (arts. 4 y 5) aplicable a aquéllos que, sin reunir los requisitos para el asilo o la condición de refugiado, presentan motivos bastantes para creer que en su país de origen se enfrentarían a los riesgos mencionados en la Ley (pena de muerte, tortura, amenazas derivadas de violencia indiscriminada). La protección subsidiaria supone la no devolución ni expulsión de las personas afectadas.

## **6. DERECHO INTERNACIONAL PENAL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Con tal denominación se alude a las normas emanadas de la comunidad internacional y dirigidas a la persecución de actos delictivos, que pueden provenir tanto de acuerdos interestatales como de los organismos internacionales.

Dentro de una denominación tan amplia caben, sin embargo, distintas situaciones que conviene matizar.

Así, en primer lugar, pueden citarse Convenios internacionales dirigidos a la persecución de determinados delitos: el de prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de septiembre de 1948, el Convenio para la represión de la trata de personas y explotación de la prostitución ajena de 21 de marzo de 1950 o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984.

Todos ellos han sido ratificados por España y desde ese momento y con su publicación en el BOE, han pasado a formar parte del Ordenamiento interno español (art. 96,1 CE). La ratificación de los mismos

significa que España se compromete a perseguir dichos delitos y a colaborar en su persecución.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), aprobado el 17 de julio de 1998, ratificado por España, es un Tratado ya en vigor que constituye el paso más serio en el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, desde que el Estatuto de Núremberg (1946) definió el crimen contra la humanidad intentando establecer la responsabilidad internacional de los Estados. En cambio, la CPI se constituye para juzgar a personas y nace como tribunal permanente, lo que le diferencia de los tribunales nombrados *ad hoc* para actuar después de un conflicto bélico (Ruanda, exYugoslavia).

Su jurisdicción se extiende a los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, que también son definidos en el Estatuto de Roma. La CPI es competente para juzgarlos cuando se cometen en el territorio de un Estado parte (es decir, que haya ratificado el Estatuto) o por nacionales de un Estado parte, aunque hayan delinquido fuera del territorio de éste. Este segundo supuesto fue uno de los motivos por los que Estados Unidos se negó a ratificar el Estatuto de Roma.

La CPI actúa a instancia de un Estado parte, del Consejo de Seguridad de la ONU o del Fiscal de la CPI. Una de sus insuficiencias es que no admite la denuncia directa de las víctimas. Por último, debe tenerse en cuenta que la CPI funciona en base al *principio de complementariedad*, es decir, sólo si las jurisdicciones nacionales en cuyo territorio se cometen los hechos no pueden o no quieren juzgarlos y también si ya los han juzgado pero de forma que han producido *de facto* su impunidad, o contra los intereses de Justicia definidos en el Estatuto o en un proceso sin las reglas propias de un juicio justo.

El Estatuto de Roma no tiene efectos retroactivos por lo que no podrá juzgar los crímenes cometidos antes de su entrada en vigor.

## **7. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA COOPERACIÓN JUDICIAL**

Mención aparte merece la repercusión penal del *Derecho comunitario*. Al respecto, la normativa emanada de órganos de la Unión Europea no es propiamente Derecho internacional, sino que forma parte del Derecho español en tanto España es miembro de la misma.

Su relevancia en el Derecho penal interno, hoy por hoy, no es inmediata, en el sentido de que las normas comunitarias no establecen directamente delitos y penas. Sin embargo, los reglamentos y directivas europeas que son de aplicación inmediata en los Estados miembros tienen una considerable repercusión en el Derecho penal interno, en distintos planos. Así, las normas comunitarias pueden prever que la protección penal ejercida por los Estados miembros se extienda a los intereses comunitarios (GRASSO, 1993) y determinar una modificación de los Códigos penales en tal sentido, como ha ocurrido con los delitos contra la Hacienda Pública comunitaria (arts. 306 y 309 Cp). Por otra parte, las normas comunitarias ejercen una importante función de integración de los preceptos penales internos y dotan de contenido a muchos de sus conceptos, sobre todo en la Parte Especial del Código y en sus normas penales en blanco, especialmente abundantes en materias de intervención comunitaria como el Derecho penal económico o del medio ambiente. Los reglamentos comunitarios son también objeto de las remisiones a reglamentos que formula la ley española y de esta forma se integran plenamente en ella (CARBONELL MATEU, Derecho penal).

En el Derecho de la Unión Europea son especialmente importantes las consecuencias producidas en el ámbito de la extradición (GARCÍA SÁNCHEZ, 2005; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2006). El Convenio de 27 de septiembre de 1996 relativo a la extradición entre los Estados miembros, seguía la línea del que había establecido un procedimiento simplificado (marzo 1995) y reducía considerablemente los supuestos en que cabe denegar la extradición de un Estado miembro a otro. Esta progresiva simplificación de la extradición ha culminado con su sustitución por el mandamiento de detención y entrega, conocido como «euro orden», regulado en la Decisión Marco sobre mandamiento de detención europeo y procedimientos de entrega, de 13 de junio de 2002. El nuevo sistema se inspira en el principio de reconocimiento mutuo entre los Estados de la Unión Europea, en virtud del cual no es necesario homologar las sentencias extranjeras para que tengan los mismos efectos que las propias, ni el procedimiento de extradición entre los Estados miembros. Dicho procedimiento viene sustituido por el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, de forma que basta la mera petición judicial para que la resolución de un Estado se ejecute en otro, que es el que procede a la detención y entrega de la persona solicitada (CUERDA RIEZU, 2003, pp. 84 ss.). La citada Decisión Marco (art. 2) enumera los delitos que dan lugar a la entrega, sin «control de la doble tipificación de los hechos», es decir, sin necesidad de doble incriminación, inclu-

yendo una larga lista en la que figuran desde el terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas y la corrupción, hasta el racismo y la xenofobia, el homicidio o la falsificación de medios de pago y los delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. El artículo 3 de la misma Decisión Marco establece tres únicos supuestos en los que no se ejecuta la orden de detención europea: amnistía, cosa juzgada y minoría de edad penal.

**Bibliografía:** AMBOS, Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente y un Código penal internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho penal internacional, AP 1998; EL MISMO, El caso Pinochet y el derecho aplicable, RP 1999; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Derecho penal internacional, Valencia 2006; BARBERO SANTOS, El derecho de asilo, Estudios de Criminología y Derecho Penal, Valladolid 1972; BARQUÍN SANZ, Universalidad de jurisdicción por delitos de carácter internacional, RFDUG 1987; BASSIUNI, El Derecho penal internacional: historia, objetivo y contenido, ADP 1982; EL MISMO, Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 2ª ed., Madrid 1993; BAUCCELLS Y LLADÓS/ HAVA GARCÍA, Posibilidades y límites del principio de Justicia universal: el caso de Acteal, RDPC 2007; BELTRÁN MONTOLIÚ, La defensa en el plano internacional de los grandes criminales, Valencia 2009; BLANCO CORDERO, Sobre la muerte de la jurisdicción universal, RGDP 2009; BUENO ARÚS, Principios cardinales de la Ley de Extradición Pasiva, de 26 de diciembre de 1958, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; EL MISMO, Una nota sobre el Convenio Europeo relativo a la transferencia de personas condenadas, BIMJ 1984; EL MISMO, El principio de reciprocidad en la extradición y la legislación española, ADP 1984; EL MISMO, Delitos internacionales y el Derecho penal español, AP 1988; EL MISMO, El delito político y la extradición en la legislación española, BIMJ 1990; BUJOSA VADELL, Extraterritorialidad y jurisdicción, AJA 1997; CARBONELL MATEU, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia 1999; CASTILLO DAUDÍ, Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales Internacionales, Valencia 2007; COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG, Perfil constitucional de la extradición, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; CUERDA RIEZU, De la extradición a la “euroorden” de detención y entrega: con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español, Madrid 2003; CUERDA RIEZU/ RUIZ COLOMÉ, Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal internacional, en Homenaje a Torío, Granada 1999; CHOCLÁN MONTALVO, Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El corpus iuris Europeo, La Ley 1998; DE LA CUESTA ARZAMENDI, El proyecto de Código Penal internacional, RDP 1983; DE MIGUEL ZARAGOZA, Algunas consideraciones sobre la extradición, BIMJ 1995; DEL CARPIO DELGADO, Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc, Valencia 2009; EL MISMO, El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009, Diario La Ley 2009; DÍAZ SÁNCHEZ, El derecho penal internacional, Madrid 1994; FERNÁNDEZ PALACIOS, La distinción entre crímenes y delitos internacionales, RFDUC 1988; GALLARDO RUEDA, Derecho Penal y Derecho comunitario, CPC 1984; GARCÍA ARÁN, Hacia un Derecho penal europeo: la Propuesta del «Corpus Iuris», RDPP



1999; EL MISMO, Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte penal internacional, Libro Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; GARCÍA ARÁN/ LÓPEZ GARRIDO (coords.), Crimen internacional y jurisdicción universal (El caso Pinochet), Valencia 2000; GARCÍA BARROSO, El procedimiento de extradición, Madrid 1994; GARCÍA SÁNCHEZ, Límites a la ley penal en el espacio, Barcelona 2004; EL MISMO, La extradición en el Ordenamiento interno español, internacional y comunitario, Granada 2005; EL MISMO, Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión europea, ADP 2007; GARCÍA VALDÉS, El delito político, Madrid 1976; GIL GIL, Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España, Granada 2006; GIMBERNAT ORDEIG, Algunos problemas de extradición en Derecho español, en Estudios de Derecho Penal, Madrid 1990; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su posible incidencia en el principio de reconocimiento mutuo, La Ley 2004; GONZÁLEZ RUS, Cuestiones penales suscitadas por los papeles de Laos, AP 1995; GONZÁLEZ VEGA, Breve diagnóstico de la jurisdicción penal universal en su respuesta a la impunidad de los crímenes internacionales, JD 2010; GRASSO, Comunidades europeas y Derecho Penal, Castilla-La Mancha 1993 (traducción de García Rivas); JAÉN VALLEJO, Extraterritorialidad de la jurisdicción española: principio de justicia universal, en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; JESCHECK, El Tribunal Penal Internacional, RP 2001; JUANES PECES, Derecho comunitario y Derecho nacional. El Tribunal Constitucional como garante de la aplicación del Derecho comunitario. Incidencia del Derecho comunitario sobre las normas penales, AP 1995; LAMARCA PÉREZ, La idea del espacio judicial común y su posible incidencia en la legislación de extradición pasiva, RDP 1993; EL MISMO, El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; LÓPEZ GARRIDO, El derecho de asilo, Madrid 1991; MANZANARES SAMANIEGO, El principio de reciprocidad en el Convenio Europeo de Extradición y en la Constitución española, PJ 1985; MARCEL FERNÁNDEZ, La Corte Penal internacional. Soberanía versus Justicia Universal, Madrid 2008; MENDOZA CALDERÓN, La aplicación de la ley penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España, RGDP 2007; MESTRE DELGADO, Extradición activa y Justicia universal: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005, La Ley Penal 2006; MORILLAS FERNÁNDEZ, Configuración actual del principio de Justicia Universal, CPC 2007; MUÑOZ CONDE, ¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»? , RP 2008; NODAR MONTES, El Derecho penal internacional, AJ 1997; EL MISMO, El derecho de asilo: el asilo territorial, AJA 1997; OLÁSULO ALONSO, Del Estatuto de los tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crimen sine lege* en el Derecho Penal Internacional, RGDP 2006; OLLE SESE, Justicia universal para crímenes internacionales, Madrid 2008; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana: especial consideración de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (8 BvR 2236/04), La Ley Penal 2006; PASTOR BORGOÑÓN, Aspectos procesales de la extradición en Derecho español, Madrid 1984; PERRÓN, W., ¿Son superables las fronteras na-

cionales del Derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de Derecho penal, RDPC 1998; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal, Madrid 1957; QUINTERO OLIVARES, El euroarresto en la perspectiva europeísta de unificación de la Justicia penal, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; RODRÍGUEZ MOURULLO, Lugar del delito, NEJ XV, 1974; RODRÍGUEZ RAMOS, La extradición de Pinochet: error jurídico y ¿error político?, La Ley 1999; EL MISMO, Reflexiones sobre la extradición activa. (Especial referencia a los delitos de tortura), en Homenaje a Valle, Navarra 2001; RUIZ VADILLO, Algunas reflexiones sobre un posible Derecho penal común de la Unión Europea, RDPC 1994; SATZGER, La internacionalización del Derecho penal como reto para el principio de determinación penal, RP 2008; SCHÜNEMANN, Proyecto alternativo de persecución penal europea, Madrid 2007; SEBASTIÁN MONTESINOS, La extradición pasiva, 1997; SGUBBI, Derecho penal comunitario, CPC 1996; TEJADO LLORENTE, Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho penal, AP 1998; TERRADILLOS BASOCO, La constitución para Europa. ¿Las bases del Derecho Penal europeo?, EPC 2004; TIEDEMANN, La armonización del Derecho penal de los Estados miembros de la UE, ADPCP 1996; VARIOS, El extranjero y la legislación penal española, Comentarios a la legislación penal VIII, dos vol., Madrid 1988; VERVAELE, La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea, RP 2002; EL MISMO, La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea, RP 2005; VORNBAUM, El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo, RP 2007; WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, Valencia 2005; EL MISMO, El desarrollo del Derecho penal internacional desde la perspectiva alemana, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008.



## CAPÍTULO IX

### Ámbito personal de la ley penal

1. Principio de igualdad ante la ley y prerrogativas
2. Las inviolabilidades
  - A) El Rey
  - B) La inviolabilidad parlamentaria
  - C) Otras inviolabilidades
3. La inmunidad parlamentaria

#### 1. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y PRERROGATIVAS

Como es sabido, el art. 14 CE establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Ello tiene como consecuencia inmediata, obviamente, que todos los ciudadanos se encuentran por igual y en las mismas condiciones, sometidos a la ley penal. Sin embargo, la propia Constitución establece situaciones especiales —doctrinalmente consideradas como excepciones al principio de igualdad—, en las que determinadas personas reciben un tratamiento diferenciado por parte de la ley penal, en función del cargo que ocupan. Tales situaciones se corresponden con las inviolabilidades y las inmunidades.

La inviolabilidad equivale a la *ausencia de responsabilidad penal*. Las personas que, en función del cargo que ocupan, gozan de inviolabilidad, no responden penalmente de los actos sobre los que ésta recae pese a que puedan ser constitutivos de delito. Excepto en el caso del Rey, cuya persona carece totalmente de responsabilidad, las restantes inviolabilidades que se analizarán más adelante (parlamentarios, etc.) recaen sobre actos relativos a las funciones propias del cargo en cuestión.

En cambio las inmunidades son *obstáculos procesales* establecidos para demandar responsabilidad penal a los sujetos que gozan de las mismas. La inmunidad puede conllevar especiales requisitos para detener o para enjuiciar a la persona inmune, que no se exigen para el resto de los ciudadanos. Al consistir en un trámite procesal genérico que

opera ante cualquier actuación perseguible penalmente, recae también sobre hechos cometidos fuera del ejercicio de las funciones propias del cargo.

En ocasiones se ha calificado a las inviolabilidades e inmunidades como privilegios personales, pero tal concepción necesita de ciertas precisiones.

En primer lugar, el tratamiento especial que suponen tales situaciones no se establece en atención a las personas a quienes afectan sino que se fundamenta en la necesidad de otorgar protección específica a la función que desempeñan o a la institución a la que encarnan. Por tanto, nos encontramos ante prerrogativas de los órganos antes que frente a privilegios personales.

En segundo lugar, la consideración de inviolabilidades e inmunidades como excepciones al principio de igualdad —es decir, como casos en los que éste no se cumple—, permite igualmente alguna matización. Efectivamente, en ambos casos se trata de manera diferente a quienes el Ordenamiento jurídico considera inviolables o inmunes, pero el Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que lo que infringe el principio de igualdad ante la ley es el tratamiento diferenciado de situaciones *iguales* o de situaciones cuyas diferencias no justifiquen el trato desigual. Dicho a la inversa, si la diferencia entre dos situaciones es de tal naturaleza que resulta razonable su tratamiento legal diferenciado, no sólo no se «excepciona» el principio de igualdad, sino que se atiende a su contenido material (entre otras, SSTC 101/1989, 205/1989).

Por ello, en el análisis de las prerrogativas que se verán a continuación puede introducirse el planteamiento de si la especial posición de los sujetos afectados dentro de las instituciones del Estado justifica su desigual posición frente a la ley penal, en cuyo caso no estaríamos propiamente ante excepciones al principio de igualdad —lícitas por permitir las la Constitución—, sino ante un mero tratamiento desigual de situaciones desiguales acorde con el contenido de dicho principio.

## 2. LAS INVIOLABILIDADES

### A) *EL REY*

En virtud del art. 56,3 CE,

«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».

La formulación del precepto transcrito es terminante: a la persona del Rey no puede demandársele responsabilidad de ningún tipo y ello incluye, obviamente, a la de carácter penal. La inviolabilidad del Rey se constituye así en una *causa personal de exclusión de la responsabilidad*, lo que significa que los hechos delictivos que hipotéticamente pudiera realizar seguirían siendo contrarios a Derecho, aunque sobre su persona no pudiera recaer ninguna sanción.

El mantenimiento, en su caso, del carácter ilícito de los actos del Rey, pese a su inviolabilidad, viene confirmado por dos tipos de consideraciones: en primer lugar, la necesidad de refrendo de sus actos políticos hace recaer la responsabilidad por los mismos en quienes los refrendan, lo que demuestra que pueden seguir siendo considerados contrarios a Derecho. Y en segundo lugar, al extenderse la inviolabilidad a todo tipo de actos, incluso a lo que puedan ser violaciones graves de la ley penal, no puede concluirse que en caso de ser cometidas por el Rey, se convierten en conductas objetivamente lícitas.

Lo que puede parecer una desmesurada protección de la institución de la Corona ha sido precisado doctrinalmente en el sentido de que, si el Rey cometiera un delito grave —con independencia de la crisis política que ello pudiera suponer— podría entrar en funcionamiento la institución de la inhabilitación (art. 59,2 CE) tras cuya aplicación cesarían los efectos de la inviolabilidad y sería, en principio, posible el enjuiciamiento. El problema se traslada, entonces, a la determinación de qué supuestos revestirían la suficiente gravedad como para motivar la inhabilitación. (Proponiendo una interpretación más restrictiva, CARBONELL MATEU, Derecho penal).

## **B) LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA**

El art. 71,1 CE establece que «Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones».

Lo primero que conviene notar es que la inviolabilidad de los parlamentarios sólo se extiende a determinadas actuaciones, esto es, a las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, respecto a las cuales no podrá ser demandada responsabilidad penal.

En segundo lugar, la inviolabilidad de los parlamentarios mantiene sus efectos incluso cuando han dejado el cargo, de manera que las opiniones manifestadas en ejercicio del mismo tampoco pueden ser perse-

guidas tras la pérdida de su condición (art. 10 Reglamento del Congreso de los Diputados y art. 21 Reglamento del Senado).

La inviolabilidad parlamentaria se orienta a la protección de la función legislativa; en este sentido, se pretende que los parlamentarios puedan manifestar con absoluta libertad cualquier opinión sin temor a verse sometidos a un proceso penal por su contenido, incluso si éste fuera susceptible de calificarse como delito de injurias, amenazas, etc.

La inviolabilidad parlamentaria ha planteado una cierta discusión en torno a su naturaleza y su necesidad, cuestiones éstas íntimamente relacionadas con los límites que cabe atribuirle y que se tratarán a continuación.

Sin embargo, antes de abordarlos, resulta útil recordar que el origen histórico de esta institución se sitúa en la necesidad de proteger a los primeros Parlamentos frente a las intromisiones de los otros poderes y, especialmente, de evitar las actuaciones del Monarca contra los representantes de la soberanía. Así, el reconocimiento de la inviolabilidad aparece en el *Bill of Rights* inglés, cuya declaración IX establece que «las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento».

La cuestión es importante porque, aunque se ha dicho que hoy ya no cabe esperar intromisiones por parte de la Corona, tanto el Poder Ejecutivo (a quien se vincula la Fiscalía General del Estado) como el Poder Judicial podrían condicionar el libre ejercicio de la función legislativa si la inviolabilidad de los parlamentarios por sus opiniones no se mantuviera o se concibiera de manera limitada.

Contando con tal punto de partida, no cabe establecer mayores límites a la inviolabilidad parlamentaria que los derivados de la propia formulación constitucional: la ausencia de responsabilidad penal alcanza a todas las opiniones manifestadas en el ejercicio de la función.

Al respecto, un sector doctrinal ha mantenido la necesidad de interpretar de forma estricta el concepto de «opinión», reduciéndolo a las expresiones sobre hechos cuestionables (RODRÍGUEZ RAMOS, 1982), lo que dejaría fuera de la inviolabilidad manifestaciones verbales que, por ejemplo, fueren calificables como calumnias (imputación falsa de un delito) o como amenazas.

Sin embargo, no puede ignorarse que la calificación penal de conductas como éstas es frecuentemente discutible y dependiente de la interpretación, con lo que el ámbito efectivo de la inviolabilidad carecería de contornos precisos, perjudicándose la finalidad de la institución. Con

arreglo a ésta, por tanto, debe aceptarse la ausencia de responsabilidad de los parlamentarios por *cualquier* manifestación verbal realizada en ejercicio de sus funciones.

En cambio, en este segundo límite —el ejercicio de la función— es donde cabe establecer las restricciones (GONZÁLEZ CUSSAC/ CUERDA ARNAU, 1997). La amplitud que aquí se ha aceptado para el concepto de «opinión» aconseja acotar cuidadosamente el ámbito en el que se excluye la responsabilidad penal. En este sentido, la función de los parlamentarios se corresponde, obviamente, con la que la Constitución otorga a las Cortes Generales: ejercer la potestad legislativa del Estado, aprobar sus presupuestos y controlar la acción del Gobierno (art. 66,2 CE). Asimismo, establece el art. 75,1 CE que las Cámaras funcionarán (ejercerán sus funciones) en Pleno y por Comisiones, mientras que con arreglo al art. 67,3 CE «las reuniones de parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras y *no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios*».

Todo ello conduce a acotar temporal y espacialmente el ejercicio de la función parlamentaria, reduciéndola a las reuniones válidamente convocadas de los órganos de las Cámaras, único ámbito en el que, con arreglo a la Constitución, operan los privilegios de las mismas; así lo ha establecido también el Tribunal Constitucional, admitiendo como única ampliación los actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario (STC 28.11.92). Ello es coherente, por otra parte, con el fundamento de la inviolabilidad en la protección de la institución y las funciones que desempeña como tal, sin que pueda extenderse a las actuaciones de los parlamentarios fuera de dicho ámbito.

Con arreglo a este planteamiento, la inviolabilidad parlamentaria se constituye en causa personal —aunque basada en la protección de la función— de exclusión de la responsabilidad, lo que significa que si la opinión manifestada en la Cámara por un parlamentario es contraria a Derecho (por ejemplo, constitutiva de injurias al Rey) sigue manteniendo tal carácter aunque no pueda demandarse responsabilidad a su autor. Y asimismo, idéntica manifestación verbal sería perseguible penalmente —por mantener su carácter ilícito— si fuera pronunciada fuera de la Cámara.

Lo anterior no es compartido por la totalidad de la doctrina. Efectivamente, algunas opiniones mantienen que la inviolabilidad es una causa de justificación que convierte en adecuadas a Derecho las opiniones de los parlamentarios en ejercicio de sus funciones (GÓMEZ BENÍTEZ,



1982; CARBONELL MATEU, Derecho penal). Para ello, se parte de una concepción distinta a la mantenida en estas páginas sobre este último elemento, de modo que «el ejercicio de la función» no se circunscribe al ámbito temporal o espacial de la misma, sino que se limita a los actos *adecuados y necesarios* para el desempeño de la labor del parlamentario.

Las consecuencias de lo anterior pueden resumirse del siguiente modo: a) todo aquello que suponga exceso en el repetido ejercicio de la función, no puede verse amparado por la inviolabilidad; b) si lo amparado por la inviolabilidad es sólo lo «adecuado y necesario», coincide con los supuestos en que, de todas formas, resultaría preponderante la libertad de expresión y por tanto, la conducta estaría en todo caso, justificada; y c) si lo amparado por la inviolabilidad son sólo actos ya justificados por el Ordenamiento, nos encontramos ante una institución superflua e innecesaria.

En la tercera conclusión del planteamiento recogido se contiene el argumento que impide suscribirlo: la institución constitucional de la inviolabilidad está prevista para algo y ese algo no es otra cosa que proteger absolutamente el funcionamiento de las Cámaras y permitir que, en sus reuniones, los parlamentarios se expresen con absoluta libertad e incluso se excedan, sin temor a que sus manifestaciones se vean sometidas a un juicio de ponderación o de adecuación que *por definición* se mueve en terrenos resbaladizos y manipulables. Piénsese en lo que supondría para la actuación parlamentaria que todas las manifestaciones verbales de Diputados y Senadores se encontraran sometidas, por ejemplo, al complicadísimo y discutido conflicto entre el honor y la libertad de expresión.

En todo caso, los posibles excesos verbales de los parlamentarios se encuentran limitados por el deber de cortesía parlamentaria y pueden ser objeto de la potestad disciplinaria interna de las Cámaras mediante la *llamada al orden*, pertinente precisamente si se profieren palabras ofensivas para cualquier persona o institución (art. 103 Reglamento del Congreso y art. 101 Reglamento del Senado).

Dicha potestad disciplinaria interna complementa la renuncia del Derecho penal a intervenir en dicho ámbito.

Por tanto, en conclusión, es preferible —y exigible, según el texto constitucional— no establecer límites al contenido de las expresiones de los parlamentarios, pero reduciendo estrictamente la prerrogativa al ámbito temporal y espacial del funcionamiento de las Cámaras que son, en definitiva, el objeto de esta especial protección.

Cuestión distinta es que se considere injustificado actualmente el tratamiento desigual de las manifestaciones de los parlamentarios respecto a las de los restantes ciudadanos y se proponga la modificación de la Constitución suprimiendo la prerrogativa, pero en tanto ésta se encuentre vigente resulta incorrecto interpretarla de manera que se vacíe de contenido.

### C) OTRAS INVOLABILIDADES

El Ordenamiento español reconoce otras situaciones de inviolabilidad: el *Defensor del Pueblo y sus adjuntos* gozan de inviolabilidad por las opiniones emitidas en ejercicio de sus cargos y por los actos propios del ejercicio de sus competencias (art. 6 LO del Defensor del Pueblo); los *Magistrados del Tribunal Constitucional* son igualmente inviolables por las opiniones emitidas en ejercicio de sus cargos (art. 22 LOTC); los *Diputados de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas*, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de la función, en aplicación de lo dispuesto en los respectivos Estatutos de Autonomía.

## 3. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

El art. 71,2 CE establece que:

«Durante el período de su mandato, los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva».

Como se ha apuntado al introducir el tema, la inmunidad parlamentaria se concreta en la interposición de determinados obstáculos procesales a la acción penal contra Diputados y Senadores, consistentes, según el precepto transcrito, en la imposibilidad de proceder a su detención —salvo en caso de flagrante delito— y en la necesidad de solicitar la autorización de la Cámara para proceder a su inculpación o a su procesamiento. Obstáculos procesales que, en terminología penal, equivalen a las denominadas *condiciones objetivas de procedibilidad*.

Ésta es una prerrogativa de las Cámaras de considerable amplitud, cuya necesidad y razonabilidad en nuestro Ordenamiento ha sido puesta en duda frecuentemente. La inmunidad opera, en principio, respecto a cualquier conducta delictiva, aunque no tenga relación con la función parlamentaria, lo que significa que la persecución penal del parlamen-

tario se encuentra en todo caso sometida a la voluntad de la Cámara, incluso si se trata de delitos de la mayor gravedad.

Los argumentos para fundamentar tan especial trato pueden buscarse en la necesidad de evitar que el proceso penal se utilice como arma política para entorpecer la labor de los parlamentarios: ante tal posibilidad, se dice, las Cámaras deben tener la oportunidad de analizar los motivos por los que se pretende proceder contra ellos e impedirlo si lo consideran conveniente.

Sin embargo, tanto la formulación constitucional de la inmunidad como el desarrollo del trámite para pedir la autorización a la Cámara en los Reglamentos del Congreso (art. 13) y del Senado (art. 22), es lo suficientemente abierta como para permitir una decisión discrecional prácticamente desprovista de límites. La concesión o denegación del suplicatorio depende, en último término, de la mayoría parlamentaria existente en cada momento, que puede utilizar la prerrogativa como un mecanismo excesivo e injustificado de autoprotección e, incluso, de manera discriminatoria respecto a la minoría.

Por ello, de mantenerse la necesidad de la inmunidad parlamentaria —lo que es negado por un importante sector doctrinal (MAQUEDA ABREU)— resulta imprescindible su reducción a límites razonables y su sometimiento a criterios mensurables. En primer lugar, no parece tener suficiente sentido que la inmunidad se extienda a cualquier delito y, por tanto, también a aquéllos absolutamente alejados de la función que se pretende proteger y, en segundo lugar, los motivos por los que cabe la denegación de la autorización de la Cámara deberían haberse precisado en las normas que regulan dicho trámite.

Estos inconvenientes han debido ser paliados por el Tribunal Constitucional quien ha establecido una jurisprudencia muy restrictiva respecto al ámbito de la inmunidad, orientándola a la finalidad de la institución y estableciendo los criterios que deben atender las Cámaras para denegar la autorización para proceder contra sus miembros. Así, el Tribunal Constitucional ha anulado dos acuerdos del Senado denegando sendos suplicatorios contra el Senador Carlos Barral (STC de 22 de julio de 1985) y contra el Senador González Bedoya (STC de 28 de noviembre de 1992), al tiempo que ha establecido los siguientes principios: a) la inmunidad parlamentaria no se destina a la protección de los Diputados o Senadores frente a la improcedencia de acciones penales, *sino a la protección del funcionamiento de las Cámaras* frente a una posible instrumentalización política de la vía penal en su contra; b) sólo puede denegarse la autorización para proceder si, tras la acusación penal, se

percibe un intento de alterar *el funcionamiento o la composición* de las Cámaras, es decir, una intencionalidad política; y c) las Cámaras deben motivar el acuerdo que adopten, valorando explícitamente la oportunidad de su decisión.

Teniendo presente esta concepción, considerablemente restringida, que el Tribunal Constitucional ha impuesto en materia de inmunidad, veamos ahora cuáles son las características concretas de su funcionamiento:

El trámite para obtener la autorización para *inculpar o procesar* se concreta en el *supplicatorio* dirigido por la autoridad judicial a la Cámara a que pertenezca el parlamentario (arts. 750 y ss. LECrim). El momento en que debe tramitarse dicho *supplicatorio* no siempre resulta evidente cuando se trata de autorizar la inculpación, porque ése es un momento procesal que no se concreta necesariamente en un pronunciamiento formal; en cambio, no ofrece dudas el momento de la autorización para procesar, puesto que el auto de procesamiento supone ya una resolución concreta y motivada que sitúa claramente cuándo debe solicitarse la previa autorización de la Cámara.

El problema del momento procesal para plantear el *supplicatorio* se plantea especialmente en el *procedimiento abreviado* (arts. 757 y ss. LECrim), que se sigue en la mayoría de los delitos, puesto que en él no se produce el momento formal del procesamiento que puede despejar las dudas en el *procedimiento ordinario*. En el abreviado, la inculpación puede aparecer en cualquier momento de las diligencias pero no se concreta en un pronunciamiento específico, lo que ha complicado la tramitación de alguna causa con parlamentarios implicados —el llamado «caso Filesa»—, en la que la inconcreción del momento de la inculpación provocó la imprecisión sobre la necesidad de tramitar el *supplicatorio*.

Si la Cámara deniega la autorización para proceder, establece el art. 754 LECrim que «se sobreseerá respecto al Senador o Diputado a Cortes, pero continuará la causa para los demás procesados».

La LECrim no establece si tal sobreseimiento debe ser libre (definitivo) o sólo provisional (lo que permitiría proceder contra el parlamentario una vez finalizado su mandato). El Tribunal Supremo ha optado por el *sobreseimiento libre* de las actuaciones cuando la Cámara deniega la autorización para proceder, lo que supone que cuando el parlamentario finalice su mandato tampoco podrá reabrirse el procedimiento porque el sobreseimiento tiene valor de *cosa juzgada* (así, en el Auto de la Sala Segunda de 28 de septiembre de 1989, en la querrela por injurias presentada por el Presidente de Cantabria, Sr. Hormaechea, contra el Senador González Bedoya).

La opción por el sobreseimiento libre o definitivo se apoya en el artículo 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912 (de competencia para conocer de las causas contra Senadores y Diputados), pero lo cierto es que, tal y como el actual Tribunal Constitucional ha configurado la inmunidad parlamentaria, existen importantes argumentos en favor del carácter *provisional* del sobreseimiento: recuérdese que la inmunidad parlamentaria se interpreta de manera muy restrictiva, como un mero obstáculo procesal establecido para que las Cámaras puedan valorar si la acusación penal está siendo utilizada con intencionalidad política —«hostil», dice el Tribunal Constitucional— para alterar su composición o funcionamiento. Luego, en primer lugar, la inmunidad es un mecanismo *excepcional* que no afecta en absoluto al carácter ilícito de las conductas que se pretende perseguir y, por tanto, no existen motivos para entender que la protección de la Cámara produzca la impunidad definitiva del supuesto delito del parlamentario, impidiendo su persecución incluso cuando haya dejado de serlo. Por tanto, cuando el parlamentario pierde su condición, desaparece el obstáculo a su inculpación o procesamiento, establecido para proteger a la Cámara, y el proceso debería ser posible con los mismos requisitos que para cualquier ciudadano: lo contrario supone concebir la inmunidad como un privilegio personal, esto es, lo contrario a lo establecido por el Tribunal Constitucional. Por otra parte, la Constitución es suficientemente clara al respecto al establecer, como ya se ha recogido, que la inmunidad despliega sus efectos únicamente durante el período del mandato de Diputados y Senadores.

Lo cierto es que las concepciones excesivamente amplias de la inmunidad parlamentaria se explican en etapas históricas de gran inestabilidad política en las que la protección de la Cámara tiende a extenderse hasta la protección del parlamentario, lo que posiblemente explique algunos principios de la citada Ley de 1912 como el ya citado acerca del sobreseimiento definitivo de la causa, pero que resultan claramente cuestionables en la concepción constitucional actual.

Por último, debe tenerse en cuenta que los *Diputados de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas* gozan de una inmunidad más restringida que sólo incluye la imposibilidad de ser detenidos excepto en caso de flagrante delito. El mismo tipo de inmunidad ampara al *Defensor del Pueblo y sus Adjuntos* (art. 6 LO del Defensor del Pueblo) y a los *Jueces y Magistrados* (art. 398 LOPJ).

Cuestión distinta de la inmunidad es la de los *fueros especiales* o aforamientos por la que determinados cargos (Diputados, Senadores y también Diputados autonómicos según sus Estatutos) deben ser juzga-

dos directamente por el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia cuando un proceso se dirige contra ellos. El fuero especial afecta, pues, a la cuestión de la competencia de los órganos jurisdiccionales y constituye en tal medida un problema propio del Derecho procesal.

**Bibliografía:** CARBONELL MATEU, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia 1999; GÓMEZ BENÍTEZ, La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias, RFDUC 1982; GONZÁLEZ CUSSAC/ CUERDA ARNAU, Aproximación al derecho penal parlamentario: inviolabilidades, Cuadernos de Derecho Público 1997; MAQUEDA ABREU, Fundamento y límites constitucionales a la inmunidad parlamentaria, EPC 1988/1989; MARTÍN OSTOS, El enjuiciamiento penal de Diputados y Senadores en la Constitución española de 1978, Revista de Derecho Procesal 1981; MORALES ARROYO, Las prerrogativas parlamentarias a la luz de la jurisprudencia constitucional, Revista de las Cortes Generales 1987; PUNSET BLANCO, Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas, Revista de las Cortes Generales 1984; RODRÍGUEZ RAMOS, Inviolabilidad del Rey, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; EL MISMO, Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982 (también en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983); SOLE TURA/ APARICIO PÉREZ, Las Cortes Generales en el sistema constitucional, Madrid 1984; SORIANO HERNÁNDEZ, La prerrogativa de la inviolabilidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, RGD 1997; SOTO NIETO, Inviolabilidad, inmunidad y aforamiento de Diputados y Senadores, La Ley 1997.



# CAPÍTULO X

## La Ciencia del Derecho penal

1. La Ciencia del Derecho penal
  - A) La Dogmática jurídico-penal
  - B) La Criminología
  - C) La Política criminal

Tras haber estudiado los Fundamentos Generales del Derecho penal, es conveniente, antes de abordar el estudio de sus elementos estructurales básicos —el delito y sus consecuencias jurídicas— y a modo de puente entre esta primera parte y las otras dos que constituyen la llamada Parte General del Derecho penal, describir las características de la actividad intelectual y la metodología empleada en el estudio de esta disciplina, es decir, la *Ciencia del Derecho penal*.

### 1. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

El panorama actual de la Ciencia del Derecho penal aparece dividido en dos grandes ramas o tendencias que, simplificando un poco, se pueden denominar criminológica y jurídico-dogmática. La orientación criminológica se ocupa del delito como fenómeno social y biopsicológico, analizando sus causas y proponiendo remedios para evitarlo, prevenirlo o controlarlo. La orientación jurídica estudia el delito y sus consecuencias como un fenómeno jurídico regulado y previsto por normas jurídicas que hay que interpretar y aplicar. La orientación criminológica se sirve en su investigación de métodos sociológicos o antropológicos, según el carácter social o individual de su enfoque, o de ambos conjuntamente. La orientación jurídica emplea un método técnico-jurídico o dogmático que sirve para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias.

A esta situación dualista, que se considera hoy como satisfactoria, se ha llegado tras una polémica que ha durado casi cien años y que aún perdura soterrada entre los partidarios de una y otra dirección.



El origen de esta polémica se encuentra en el despertar potente de las Ciencias sociales y naturales a mediados del siglo XIX, en la época del *positivismo*. Para esta dirección científica, la única actividad que merecía el calificativo de ciencia era aquella que se basaba en la experiencia y en los hechos indubitados que podían ser aprehendidos con un método puramente causal o explicativo. A la actividad jurídica se le negaba el carácter de ciencia precisamente por faltarle estas cualidades. La consideración jurídica del delito debía, por tanto, ser sustituida por una sociológica o antropológica, ya que éstas eran las únicas que podían garantizar unos resultados seguros y auténticamente científicos. Surgió así una nueva ciencia, la *Criminología*, a la que se reservaba el estudio científico del delito, como fenómeno social o antropológico, con exclusión total de sus aspectos jurídicos.

Frente a este *positivismo científico* surgió, al mismo tiempo, un *positivismo jurídico* que, como reacción, prescindió de las dimensiones sociales y políticas del delito, desterrándolas de su ámbito y estudiando el delito exclusivamente desde un punto de vista jurídico con ayuda de un método puramente jurídico también.

Ya en el siglo actual, el *neokantismo*, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre Ciencias de la Naturaleza y Ciencias del Espíritu. Tanto unas como otras, decían los neokantianos, son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigarlo que les es propio y es precisamente por esto por lo que difieren entre sí. Las ciencias de la naturaleza estudian su objeto desde un punto de vista causal o explicativo y las ciencias del espíritu estudian el suyo empleando un método comprensivo referido al valor. La Ciencia del Derecho se incluye entre estas últimas porque en sus esfuerzos por conocer el Derecho positivo, objeto de su investigación, tiene que acudir a una valoración.

La influencia de esta corriente filosófica en la Ciencia del Derecho penal fue considerable y supuso un impacto muy beneficioso, al dividir el estudio del delito en dos vertientes distintas con el mismo rango científico: la causal-explicativa, por un lado; y la comprensiva-axiológica, por otro. La *Criminología* y la *Dogmática* quedaban así perfectamente delimitadas, sin supeditarse la una a la otra. Pero esta clarificación conceptual, por otra parte tan necesaria, supuso al mismo tiempo una separación radical entre ambas formas de considerar el delito. De ahora en adelante *Criminología* y *Dogmática* van a marchar cada una por su lado, sin relación entre sí, como dos mundos distintos, hablando incluso

distintos idiomas. La separación entre el ser y el valor, entre las esferas ontológicas y axiológicas, condujo a la Ciencia del Derecho penal a una especie de divorcio científico, en el que se daba la paradoja de que desde el punto de vista jurídico era cierto lo que desde el punto de vista criminológico era falso y a la inversa.

Actualmente se quiere superar de algún modo este pernicioso dualismo. No se trata ahora de volver a ese confusionismo conceptual entre Criminología y Dogmática, del que en buena hora se salió, ni de absorber una ciencia por otra; lo que se quiere es integrar a ambas, conservando cada una su autonomía, en una visión totalizadora de la realidad penal (sobre esta evolución, véase MUÑOZ CONDE, Introducción, pp. 103-116; sobre tendencias más recientes, EL MISMO, 1986; y SILVA SÁNCHEZ, 1992, pp. 67 y ss.).

A la vista del contenido de la Dogmática jurídico-penal, resulta evidente que la vieja polémica de si el penalista debe dedicarse a la investigación jurídica o a la criminológica carece de sentido. La Criminología no puede sustituir a la Dogmática, por la sencilla razón de que ésta se ocupa de problemas que la Criminología no puede resolver y que, sin embargo, hay que resolver; porque, para decirlo con otras palabras, por muy lejos que lleguen los conocimientos criminológicos, nunca se podrá determinar en base a ellos dónde empieza la tentativa y termina la preparación del delito, cuándo es punible la comisión imprudente de un delito y cuándo no, cuándo un hecho constituye apropiación indebida o alzamiento de bienes, cuándo existe concurso de leyes y cuándo concurso de delitos, etc. Y tampoco el dogmático puede prescindir de la Criminología, no ya sólo por razones de curiosidad científica, sino porque ésta le suministra conocimientos que, a veces, son imprescindibles para determinar el contenido de las normas penales y porque le muestra la realidad que las normas penales regulan. No hay que olvidar, además, que entre los conocimientos que brinda la Criminología y la creación, interpretación y aplicación del Derecho penal existe un ámbito de decisión que, en última instancia, configura una nueva disciplina que es la *Política criminal*.

De todas estas cuestiones, que están estrechamente relacionadas entre sí y que, en cierto modo, condicionan la actitud del penalista frente a su disciplina, me voy a ocupar seguidamente.

### A) LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

El Derecho penal como tal, es decir, como conjunto normativo, carece de método. El método es una cualidad que sólo tiene la actividad

humana, no un conjunto normativo. Podrá hablarse del método en la creación, interpretación o aplicación de ese conjunto normativo, pero no de un método del conjunto normativo mismo. Sólo las actividades humanas tienen un método. En el ámbito del Derecho, y concretamente del Derecho penal, esas actividades humanas que de él se ocupan pueden reducirse a cuatro: la creación, la interpretación o conocimiento, la aplicación y la enseñanza.

De todas ellas sólo me voy a ocupar aquí, fundamentalmente, del método empleado por el penalista para conocer el Derecho penal positivo. Esta labor de conocimiento constituye, además, la base previa para la aplicación, enseñanza y reforma del Derecho penal; sin saber qué es lo que dice el Derecho penal, qué es lo que está prohibido o permitido por él, no pueden aplicarse, enseñarse o criticarse sus normas. De ahí que la finalidad primordial de la Ciencia del Derecho penal sea el conocimiento de éste, como un objeto más de esa realidad global que representa el mundo del delito, su lucha y su prevención.

A esta actividad de conocimiento del Derecho positivo se le llama *Dogmática*, porque parte de las normas jurídicas positivas consideradas como un «dogma», es decir, como una declaración de voluntad con pretensión de validez general para solucionar problemas sociales (sobre las relaciones entre la Dogmática jurídica y la Dogmática teológica, véanse FLETCHER, *Conceptos básicos*, p. 304 y nota de MUÑOZ CONDE). La Dogmática jurídico-penal, por tanto, trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido la Dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La Dogmática jurídico-penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e, igualmente, como una conquista irreversible del pensamiento democrático. La mejor ley no deja de ser un *desideratum* desprovisto de eficacia práctica, si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca, la delimite y la aplique. La idea del Estado de Derecho exige que las normas que regulan la convivencia sean conocidas y aplicadas, además de ser elaboradas por un determinado procedimiento, de un modo racional y seguro, que evite la arbitrariedad en su

aplicación y que las dote de una fuerza de convicción tal que sean aceptadas por la mayoría de los miembros de la comunidad. De este modo incumbe a la Dogmática jurídica también una función «legitimadora».

Para ello, la Dogmática debe partir del problema que las normas tratan de solucionar y aceptar la solución que ellas ofrecen; pero esa solución no es nunca, o casi nunca, unívoca y tajante, sino que admite variación. Las normas jurídicas, a diferencia de las leyes matemáticas o físicas, son producto de un *consenso*; por tanto, las soluciones que ofrecen son discutibles.

Por ejemplo, el Código penal distingue claramente entre los *actos preparatorios* de un delito, que, en principio, son impunes, y la tentativa punible, según hayan comenzado o no los actos de ejecución de ese delito; pero esta solución legislativa al problema de la delimitación entre actos punibles e impunes previos a la consumación no es ni muchos menos unívoca: ¿es acto de ejecución de un asesinato el comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución del homicidio el sacar la pistola de su funda para disparar? ¿Es acto de ejecución del robo el apoyar la escalera en el muro? ¿Es acto ejecutivo de aborto la exploración de la embarazada antes de comenzar la operación abortiva propiamente dicha? La verdad es que el Código penal ofrece muy pocos datos para la solución de estos problemas. La misión de la Dogmática consiste aquí, como en cualquier otro problema legal, en formular teorías partiendo de la solución legal. Para determinar el comienzo de los actos de ejecución se han dado en la Dogmática jurídico-penal varias teorías: la teoría subjetiva determina el comienzo del acto ejecutivo conforme al plan del autor; la teoría objetiva atiende a la descripción de la acción delictiva en el correspondiente tipo penal; existen además otras teorías que combinan ambos puntos de vista, etc. Todas ellas se distinguen por su mayor o menor fuerza de convicción, por su comunicabilidad y por su verificabilidad, es decir, por su capacidad para ser comprobadas en la práctica y por la racionalidad de sus argumentos. Naturalmente, no todas estas teorías son igualmente adecuadas a la solución del problema del inicio de los actos ejecutivos, pero con su formulación se ha abierto ya una puerta para solucionarlo; solución que tal vez podrá ser falsa, pero que, por lo menos, ya se conoce, se puede discutir científicamente y, caso de que no convenza, por la consideración dialéctica del saber, puede ser superada o sustituida por otra.

Sólo la racionalidad, la comunicabilidad y la verificabilidad de una teoría garantizan su validez y la seguridad de los conocimientos que ofrece. Con ello se alcanza ya un mínimo indispensable para la convivencia pacífica, la seguridad jurídica; se puede saber con seguridad qué es lo que se debe y no se debe hacer; se averigua, en definitiva, el contenido de las normas jurídicas.

Pero estas normas jurídicas, que se aceptan como objeto a interpretar, pueden haber sido elaboradas por un procedimiento que nada tenga de democrático, pueden ser injustas y pueden obligar a dar soluciones que sean perjudiciales para la convivencia.

¿Cuál es la misión de la Dogmática ante este tipo de normas?

La Dogmática jurídico-penal, dice GIMBERNAT (1991, pp. 129 y ss.), es una ciencia neutra, lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias, «de ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen». Pero este peligro también puede ser aminorado si, por ejemplo, se mantiene siempre una actitud crítica frente a las normas penales, y se considera el saber dogmático como un «saber parcial» que tiene que ser completado con otro tipo de saberes, y no como un saber absoluto que se justifica por sí mismo. Sólo así puede cumplir la Dogmática jurídico-penal también una función de control del poder punitivo estatal, evitando ser una mera servidora, cuando no cómplice, del mismo. La Dogmática jurídico-penal es también producto de una tradición cultural vinculada al Estado de Derecho y, por tanto, sus construcciones teóricas deben servir también para evitar los excesos del poder punitivo y fundamentar las decisiones legislativas y judiciales conforme a los principios y derechos fundamentales que caracterizan al Estado de Derecho (cfr. *supra* capítulo IV).

De acuerdo con este esquema se pueden diferenciar los distintos momentos en que se desenvuelve la Dogmática jurídico-penal en una triple dimensión que constituye los momentos estelares de toda actividad jurídica: la interpretación, la sistematización y la crítica del Derecho penal positivo. Esta división no tiene, sin embargo, un valor absoluto, porque, en última instancia, tanto la interpretación, como la sistematización y la crítica constituyen un todo, en el que las tres fases están interrelacionadas y cooperan a la misma finalidad de conseguir una Administración de Justicia penal igualitaria y justa, por encima de la coyunturalidad, la arbitrariedad y la sorpresa. En la Segunda Parte, Teoría General del Delito, vamos a ver cómo la Dogmática jurídica penal cumple esta importante misión, desplegando una fuerza creadora realmente impresionante que permite atribuirle, sin el menor rubor, el carácter de «ciencia» (en este sentido, MUÑOZ CONDE, Introducción, pp. 116 y ss.; EL MISMO, 2000; para VIVES ANTÓN, Fundamentos, p. 488, la Dogmática penal no puede ser ciencia, «porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él»).

## B) LA CRIMINOLOGÍA

A diferencia de lo que sucede con la Dogmática, la *Criminología* es difícil de definir.

Decir que es aquella parte de la ciencia que se ocupa del estudio empírico del delito es no decir mucho o casi nada, si no se indica antes qué es lo que se entiende por delito. Y aquí es donde empiezan las dificultades de todo tipo.

Por un lado, el concepto de delito viene marcado por el Derecho penal que, al mismo tiempo, delimita el objeto de la Criminología. Pero, por otro lado, el objeto de la Criminología no puede limitarse ni depender de las cambiantes normas legales, ni la Criminología misma puede convertirse en una simple *ciencia auxiliar* del Derecho penal. Si se le quiere atribuir una importancia autónoma, debe extender su interés más allá de los estrictos límites de las normas jurídico-penales.

Las explicaciones criminológicas de la conducta punible no tienen que limitarse a la punibilidad misma, sino que también deben valorar los cambios que se producen en la punibilidad, las razones por las que se consideran punibles unas conductas y no otras y, sobre todo, investigar en qué se diferencian las infracciones de las normas penales y las infracciones de otras normas de conducta. Las normas del Derecho penal y las normas sociales están en una relación que no siempre es paralela y conduce al mismo fin, aunque tengan elementos estructurales comunes que las acercan irremediamente.

No todo lo que castiga el Derecho penal (piénsese en el delito ecológico, en el fraude fiscal o en el aborto) es desaprobado igualmente en el ámbito social. Y no todo lo que socialmente merece desaprobación es elevado a la categoría de infracción punible o tan siquiera de infracción jurídica (piénsese en el gamberrismo o simplemente en el mal comportamiento social o inmoral).

Pero tanto las normas jurídico-penales como las sociales tienen un factor común que las relaciona inevitablemente y las hace objeto de la misma preocupación científica. El objeto de las mismas es, ante todo, una «desviación» o «conducta desviada» de las normas de referencia, y su forma de sanción, el «control social», refleja los mismos elementos fundamentales (norma-sanción-proceso), aunque luego existan diferencias específicas (véase *supra* capítulo I).

Por todo ello se considera hoy, de un modo más o menos dominante, que el objeto de la Criminología es, por un lado, el estudio de la «conducta desviada» y, dentro de ella, también del delito o de la «criminalidad»; pero, por otro, también el proceso de definición y sanción de la conducta desviada y de la criminalidad, es decir, el «control social», bien sea un control social informal (que se ocupa de la conducta des-

viada en general), bien sea un control social formalizado que, como el Derecho penal, se ocupa específicamente de la criminalidad.

Naturalmente, con ello aún no se ha dicho nada sobre la forma en que la Criminología tiene que enfrentarse con su objeto. Desde los planteamientos etiológicos biologicistas más burdos de la Criminología inicial hasta los más sofisticados argumentos de la teoría del «labeling approach», pasando por soluciones intermedias multifactoriales, interaccionistas y otras más o menos eclécticas, existe un amplio panorama de opiniones y opciones científicas que hacen de la Criminología una de las ciencias más pluralistas de cuantas existen (para una información sobre los distintos planteamientos criminológicos, véanse entre otras, las obras de GARCÍA-PABLOS, 1986, 1994 y 2006; CID MOLINÉ/LARRAURI PIJÓAN, 2007; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, 1989 y 2001).

¿Es el delito o la conducta desviada producto de factores etiológicos de diverso tipo (biológicos, psicológicos, sociales) como pretende la *Criminología etiológica*; es consecuencia de la interacción personal como dicen las *teorías interaccionistas*; o simplemente el resultado de una atribución que hacen los distintos órganos de control social como sostiene la teoría del *labeling approach*?

Probablemente en cada uno de estos planteamientos hay puntos de vista correctos y desacertados, y su aceptación o rechazo, su éxito o su fracaso en la Administración de Justicia penal dependen de la valoración que ésta hace de los conocimientos empíricos que se le brindan. Así, por ejemplo, no cabe duda de que datos como el desempleo, condiciones de vida, drogodependencia, etc., pueden ilustrar al legislador, a los tribunales y a los funcionarios de prisiones sobre las consecuencias y efectos de las decisiones que deben tomar. Pero estos datos no pueden generalizarse y elevarse a la categoría de dogma absoluto que de algún modo predetermina la génesis de la delincuencia, olvidando el contacto y la interacción entre las personas tanto respecto al nacimiento o modificación de la conducta desviada, como del etiquetamiento de la misma.

Precisamente esto último es lo que lleva a la *teoría del labeling approach* a centrar su atención en el proceso mismo a través del cual una conducta se define como desviada y, en última instancia, como criminal. Y como la llamada «cifra oscura» demuestra, rápidamente surge la sospecha de que la Administración de Justicia tanto en la persecución, como en la sanción de los comportamientos criminales procede selectivamente, es decir, no protege por igual todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos. Tampoco la ley

penal es igual para todos, ni el status de criminal se aplica por igual a todos los sujetos. Por eso, algo tan aparentemente neutral y aséptico como la *Estadística criminal*, en sus distintas vertientes de Estadística policial, judicial y penitenciaria, aparece así como algo más que un simple indicador matemático del volumen de la criminalidad, pues, al mismo tiempo es también un índice de las diferencias entre «Criminalidad real» y «Criminalidad oficialmente registrada» y, por tanto, una prueba de la ineficacia del Derecho penal o del valor simplemente simbólico de algunas normas penales (véase HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, 2001, pp. 136 y ss.).

### C) LA POLÍTICA CRIMINAL

Sería absurdo negar a las teorías criminológicas un valor siquiera parcialmente informativo sobre la criminalidad o la conducta desviada. Pero tampoco pueden pretender una validez absoluta y, mucho menos, vincular al legislador en sus decisiones sobre cuáles son las conductas merecedoras de pena. Éste es un problema que adopta características propias y que, en última instancia, se resuelve como un problema político (criminal). Son varios, sin embargo, los factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son factores normativos o de Justicia; y otros factores empíricos o de utilidad. Juntos constituyen la *Política criminal*, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador (véase, HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción, 1989, pp. 65 y ss.).

Ambos factores se interfieren mutuamente y son igualmente necesarios para establecer el concepto de *merecimiento de pena*. En un Estado de Derecho respetuoso con los derechos fundamentales sería, por ejemplo, inaceptable, por injusto, castigar con pena de muerte un hurto, por más que el aumento de las penas en estos delitos pueda ser útil desde el punto de vista de su prevención. Pero igualmente es desaconsejable, por inútil y contraproducente, castigar, como hace el art. 227 Cp, con pena privativa de libertad el impago de pensiones en el ámbito de las separaciones conyugales, cuando ello puede producir más daños que beneficios a las víctimas. El criterio de utilidad es también un factor a tener en cuenta en la determinación del merecimiento de pena de una conducta, por cuanto en el moderno Estado social de Derecho las normas se justifican por los efectos y consecuencias beneficiosas que producen, y no sólo por la Justicia intrínseca de las mismas. Precisamente el conocimiento empírico de estos efectos que suministran las diversas



teorías criminológicas puede servir para perfilar el criterio de utilidad a la hora de decidir qué conductas, de todas las que aparecen como desviadas socialmente, merecen el calificativo de punibles. Esta conducta merecedora de pena es finalmente la que llega al Derecho penal, que la elabora con sus propios criterios y en función de finalidades y metas específicas.

*En resumen:* A la Criminología le interesan los factores de la criminalidad y de la criminalización. Al Derecho penal, su imputación a un individuo a efectos de hacerlo responsable conforme a un esquema o estructura de responsabilidad cuyos presupuestos establece la ley penal positiva. A la Política criminal, los criterios a tener en cuenta en la creación del Derecho penal.

Todo ello hace que al Derecho penal le corresponda fundamentalmente una función sistemática y ordenadora de los presupuestos de la pena, así como la determinación de la pena misma o de otras consecuencias jurídicas del delito.

La actividad intelectual que se ocupa fundamentalmente de todo esto es la *Dogmática jurídico-penal*. A la *Criminología* le corresponde sobre todo el estudio empírico de estos mismos fenómenos situándolos en un contexto más amplio de control social. Y, finalmente, a la *Política criminal* le incumbe la elaboración de los criterios a tener en cuenta a la hora de adoptar decisiones en el ámbito del Derecho penal. «Transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas *de lege lata o ferenda*, es un proceso, cuyos estadios concretos son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo» (ROXIN, 1972, p. 77).

Aunar estas tres perspectivas de la criminalidad, la conducta desviada y el control social, formal e informal, es precisamente la misión que corresponde a la *Ciencia total del Derecho penal*.

**Bibliografía:** AEBI, Críticas y contracrítica de la Criminología crítica: una respuesta a Elena Larrauri, RDPC 2007; ALCÁCER GUIRAO, Facticidad y normatividad, notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal, AP 2001; ARROYO ZAPATERO, Estudios de Criminología, Cuenca 1993; BERGALLI (coord.), Sistema penal y problemas sociales, Valencia 2003; BERISTAIN IPIÑA, La Criminología entre la Deontología y la Victimología, RDPC 1991; EL MISMO, Criminología, Victimología y Derecho penal en la sociedad mediática, RDPC 1995; EL MISMO, ¿Ética en la criminología europea?, AP 1996; BERISTAIN IPIÑA/ DE LA CUESTA ARZAMENDI, Victimología, San Sebastián 1990; BUSTOS RAMÍREZ, Criminología crítica y Derecho penal, en Control social y sistema penal, Barcelona 1987; EL MISMO, Política criminal y Derecho penal, en Control social y sistema penal,

Barcelona 1987; BUSTOS RAMÍREZ/ LARRAURI PIJOÁN, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona 1993; CID MOLINÉ/ LARRAURI PIJOÁN, *Teorías criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*, Barcelona 2007; CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal*, Madrid 1991; FIGUEROA NAVARRO, *La Criminología: su contribución al problema criminal, La Ley Penal* 2008; GALLARDO RUEDA, *Criminología y Ciencias del Derecho penal*, CPC 1980; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología*, Madrid 1986; EL MISMO, *Criminología*, 3ª ed., Valencia 1994; EL MISMO, *Tratado de Criminología (Introducción, modelos teóricos explicativos de la criminalidad, prevención del delito, sistemas de respuesta al crimen)*, 3ª ed., Valencia 2006; GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid 1991; EL MISMO, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid 1999; GRACIA MARTÍN, *Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España (I y II)*, AP 1994; GROSSO GALVÁN, *Nueva criminología y dogmática jurídico penal*, CPC 1980; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia 1989; LOS MISMOS, *Introducción a la Criminología*, Valencia 2001; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Política penal en el Estado democrático*, ADP 1984; JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Navarra 2008; JESCHECK, *El significado de D. Luis Jiménez de Asúa en el desarrollo de la dogmática española en el campo de la teoría jurídica del delito*, RFDUC monográfico 11, 1986; EL MISMO, *Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada*, ADP 1986; KAISER, *La criminología hoy*, CPC 1988; EL MISMO, *La función de la Criminología con respecto a la política legislativa penal*, RDPC 1991; LAMARCA PÉREZ, *Posibilidades y límites de la dogmática penal*, CPC 1987; LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Valencia 1991; LARRAURI PIJOÁN, *La herencia de la criminología crítica*, Madrid 1991; MARTÍN SEGURA, *La ciencia estadística y la Criminología*, RDPC 2009; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976; MORILLAS CUEVA, *Metodología y ciencia penal*, Granada 1990; MORENO HERNÁNDEZ, *Ontologismo o normativismo como base de la Dogmática penal y de la Política criminal*, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid 2001; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975; EL MISMO, *Luis Jiménez de Asúa y las modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal*, RFDUC monográfico 11, 1986; EL MISMO, *La criminología en la formación del jurista*, Eguzkilore 1990; EL MISMO, *Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*, RP 2000; EL MISMO, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valencia 2003; EL MISMO, *La relación entre Dogmática jurídico penal y Política criminal en el contexto político alemán tras la Segunda Guerra Mundial. Historia de una relación atormentada*, en *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, Madrid 2005; NINO, *Sobre el futuro de la dogmática jurídico-penal*, CPC 1995; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (¿Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)*, en *Homenaje a Ruiz Antón*, Valencia 2004; QUINTERO OLIVARES, *Los subsistemas penales en la Política criminal de nuestro tiempo*, EDJ 2007; RAMÓN RIBAS, *La criminología en la aplicación del Derecho Penal*, RDPP 2010; ROMEO CASABONA, *Dogmática penal, Política criminal y Criminología*, Granada 1997;

ROXIN, Política criminal y sistema del Derecho penal, Barcelona 1972 (traducción, introducción y notas de Muñoz Conde); EL MISMO, Acerca del desarrollo reciente de la política criminal, CPC 1992; SÁNCHEZ LÁZARO, Política criminal y técnica legislativa, Granada 2007; EL MISMO, Una teoría de la argumentación jurídico-penal, Granada 2009; SERRANO GÓMEZ, Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa del futuro, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; EL MISMO, La Criminodogmática, RDPC 1991; SERRANO MAILLO, Introducción a la Criminología, Madrid 2003; EL MISMO, Oportunidad y delito, Madrid 2009; SCHÜNEMANN, La política criminal y el sistema de Derecho penal, ADP 1991; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992; EL MISMO, Política criminal y nuevo Derecho penal, Barcelona 1997; EL MISMO (edit.), Reflexiones sobre las bases de la Política criminal, en Homenaje a Torío, Granada 1999; TERRADILLOS BASOCO, Sobre el sentido de la enseñanza del Derecho penal, RDPe 2008; TIEGHI, Tratado de criminología, 2ª ed., 1996; VARIOS, Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián 1989; VARIOS, Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid 1993; VARIOS, La Victimología, CDJ 1993; VARIOS, Criminología, CDJ 1994; VARIOS, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, Arroyo Zapatero/ Neumann/ Nieto Martín (coord.), Cuenca 2003; VARIOS, La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, Eser/ Hassemer/ Burkhardt, coord. de la versión alemana; Muñoz Conde, coord. de la versión española, Valencia 2004; VARIOS, Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez, Madrid 2006; VARIOS, Panorama actual y perspectivas de la victimología, EDJ 2007; VARIOS, Intersecciones teóricas en Criminología. Acción, elección racional y teoría etiológica, Madrid 2008; VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal, Valencia 1996; ZIPF, Introducción a la política criminal, Madrid 1979; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Política criminal, Madrid 2001.

SEGUNDA PARTE

**TEORÍA GENERAL  
DEL DELITO**



# CAPÍTULO XI

## El concepto de delito

1. El concepto de delito
2. Elementos y estructura del concepto de delito
3. Clasificación de los delitos
4. La Teoría General del Delito como teoría democrática de la imputación penal

La Teoría General del Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea ésta en el caso concreto un homicidio, una estafa, una agresión sexual o una malversación de caudales públicos.

Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos penales unos de otros; un asesinato es distinto a una estafa o un hurto; cada uno de estos hechos presenta particularidades diferentes y tiene conminadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. La verificación de estas características comunes corresponde a la Teoría General del Delito, que es una de las materias de la Parte General del Derecho penal; mientras que el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa, etc., es materia de la Parte Especial.

### 1. EL CONCEPTO DE DELITO

La primera tarea a la que se enfrenta la Teoría General del Delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena. Para ello se debe partir del Derecho penal positivo. Todo intento de definir el delito al margen del Derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral.

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de

legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*, que rige el moderno Derecho penal y concretamente el español —arts. 1 y 2 del Código penal y 25,1 de la Constitución—, que impide considerar como delito toda conducta que no haya sido previamente determinada por una ley penal.

El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada con una pena. El Código penal español de 1995 dice en su art. 10 que «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». Ciertamente no es una definición puramente formal, ya que en ella se destaca que las acciones y omisiones penadas por la ley (concepto formal) deben ser «dolosas o imprudentes», lo que implica ya unas valoraciones materiales que van más allá de lo puramente formal. Pero, para afirmar la existencia de un delito y poder imponer una pena no basta con que haya una acción u omisión dolosa o imprudente penada por la ley. Estas características son sólo una parte de las características comunes a todos los delitos. Corresponde al jurista, a la Ciencia del Derecho penal y más exactamente a la Dogmática jurídico-penal (véase *supra* capítulo X), elaborar ese concepto de delito en el que estén presentes las características generales comunes a todos los delitos en particular. Para ello hay que partir de lo que el Derecho penal positivo considera como delito; no sólo de la definición general del mismo contenida en el Código penal, sino de todos los preceptos legales que se refieren al delito, deduciendo las características generales comunes a todo delito (*concepto dogmático de delito*).

## 2. ELEMENTOS Y ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DELITO

Tras un minucioso análisis del Derecho penal positivo, la Dogmática jurídico-penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva que, por un lado, se presenta a) como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta; y, por otro, b) como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama *ilicitud* o *antijuricidad*. Al segundo, *culpabilidad* o *responsabilidad*. *Antijuricidad* es la desaprobación del acto; mientras que la *culpabilidad* es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo.

En estas dos grandes categorías, *antijuricidad* y *culpabilidad*, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes o elementos del delito. En la primera se incluyen la conducta, sea por acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos y la relación causal y psicológica con el resultado. En la segunda se encuentran las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Ambas categorías tienen también una vertiente negativa; así, por ejemplo, la existencia de una fuerza física irresistible excluye la conducta (acción u omisión); la absoluta imprevisibilidad elimina la relación psicológica con el resultado; las causas de justificación (por ejemplo: la legítima defensa) autorizan la comisión del hecho prohibido; la falta de facultades psíquicas en el autor (por ejemplo: el trastorno mental) excluye la imputabilidad, etc.

Esta distinción sistemática tiene también un valor práctico importante. Para imponer, por ejemplo, una medida de seguridad o corrección (internar en un centro psiquiátrico a una persona con trastornos mentales que ha cometido un hecho considerado delito) es suficiente con la comisión del hecho antijurídico, aunque su autor no sea culpable del mismo; para imponer una pena es, sin embargo, necesario, además de que el hecho sea antijurídico, que el autor que lo ha cometido sea culpable del mismo.

*No hay culpabilidad sin antijuricidad, aunque sí hay antijuricidad sin culpabilidad.* Normalmente la presencia de un hecho antijurídico es el límite mínimo de cualquier reacción jurídico-penal. Así, por ejemplo, la legítima defensa presupone una agresión antijurídica, aunque el autor de la agresión no sea culpable. Sin embargo, frente a un acto lícito, y por tanto no antijurídico, no cabe legítima defensa. Igualmente la participación a título de inductor o de cómplice en el hecho cometido por otro sólo es punible cuando este hecho es por lo menos antijurídico, aunque su autor no sea culpable; por ejemplo, quien induce a un menor de 14 años de edad a cometer un delito responde por inducción, aunque el menor de edad no sea responsable o culpable del hecho cometido, por no tener la edad que requiere la responsabilidad penal.

Pero no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es un delito. De toda la gama de conductas antijurídicas que se cometen, el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables, y las ha conminado con una pena por medio de



su descripción en la ley penal. A este proceso de selección en la ley de las conductas que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama *tipicidad*. La tipicidad es, pues, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que sólo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*, al que ya antes aludíamos como el principio vinculante para el concepto jurídico formal de delito; pero también del principio de intervención mínima, por cuanto generalmente sólo se tipifican los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes (véanse *supra* capítulos IV y V).

La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, cuyo contenido acabamos someramente de describir, son las características comunes a todo hecho delictivo. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues sólo la conducta típica, es decir, la descrita en el tipo legal, puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después la indagación sobre la antijuricidad del hecho, es decir, la comprobación de si la conducta típica cometida fue realizada o no conforme a Derecho. Una conducta típica (por ejemplo, A mata a B) puede no ser antijurídica si existe una causa de justificación que la permita (por ejemplo, A mata a B en legítima defensa). Una vez comprobado que la conducta es típica y antijurídica hay que ver si el autor es o no culpable, es decir, si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho (por ejemplo, si está sano mentalmente o si conoce y comprende la antijuricidad del hecho).

Normalmente, con la constatación positiva de estos elementos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, se puede decir que existe un delito y su autor puede ser sancionado con la pena asignada por la ley en cada caso concreto. En algunos supuestos se exige, sin embargo, para poder calificar un hecho como punible la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad. Así, por ejemplo, para sancionar algunos delitos que afectan a la intimidad, al honor o a las relaciones familiares, se exige la presentación de una denuncia o una querrela de la parte ofendida, y si no se cumple este requisito el delito en cuestión no puede ser perseguido de oficio, por más que constituya un delito (es decir, un hecho típico, antijurídico y culpable) de injurias o de incumplimiento de determinadas obligaciones familiares (pago de alimentos). Igualmente existen determinados óbices procesales, como por ejemplo la prescripción, que impide que un hecho típico, antijurídico o culpable (por ejemplo, un hurto) pueda ser castigado si ha pasado un tiempo desde que se cometió sin que haya sido perseguido. Estos elementos, denominados requisitos de penalidad o punibilidad o también condiciones objetivas de penalidad o perseguibilidad, condicionan la pena y son, por tanto, presupuestos de la misma. Se considera, por ello, que configuran

también un elemento autónomo de la Teoría General del Delito al que se llama *penalidad* o *punibilidad*, aunque a diferencia de los anteriores es un elemento que sólo se plantea en algunos casos concretos.

Después de todo lo dicho hasta ahora, podemos definir al delito como la *conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible*. Esta definición tiene *carácter secuencial*, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuricidad, de la antijuricidad a la culpabilidad, etc.), teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible.

### 3. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

El Código penal distingue, en los arts. 2 y 10, entre delitos y faltas (*clasificación bipartita*), aunque ambos conceptos pueden englobarse bajo la expresión genérica de «hecho punible» o de «infracción penal», que es también la utilizada a veces en el Código penal para referirse tanto al delito, como a la falta (cfr., por ej., arts. 456 y 457). El contenido de ambos términos responde a la misma estructura elemental general ya descrita en el epígrafe anterior. Es decir, tanto el delito como la falta son hechos típicos, antijurídicos, culpables y punibles. La distinción terminológica se hace exclusivamente en función de la gravedad de la pena que tienen prevista. El delito está castigado con pena grave o menos grave, la falta con pena leve.

Esta distinción es completada a su vez en el art. 13 del Código penal, que clasifica los delitos en delitos graves y delitos menos graves, según se trate de delitos castigados con pena grave o con pena menos grave, respectivamente. El art. 13 dice, en efecto, que: «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 faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve». Es decir, la distinción depende del marco penal que abstractamente se asigne a la infracción en cuestión en el correspondiente tipo penal. Luego, para ver lo que son penas graves, penas menos graves y penas leves, hay que acudir al art. 33, que clasifica las penas en función de su naturaleza y duración en graves, menos graves y leves (véanse art. 33 e *infra* Tercera Parte, capítulo XXX). La definición del art. 13 establece en realidad una

*clasificación tripartita* de las infracciones penales, que en el fondo es la que mejor conviene a las diferencias tanto materiales como procesales de estas infracciones. Así, por ejemplo, en lo relativo a la punibilidad de la tentativa, plazos de la prescripción y reglas de aplicación de la medida de seguridad privativa de libertad (arts. 95,1,1<sup>a</sup> y 95,2). También tiene consecuencias de orden procesal, como son las de determinar la competencia de los distintos órganos judiciales encargados de enjuiciar los delitos, el tipo de procedimiento, etc. Para saber cuándo estamos ante un delito grave o menos grave, o ante una falta hay que ver, por tanto, la pena que en el precepto penal correspondiente se asigna al hecho en cuestión y luego ver si esa pena se califica conforme al art. 33 como pena grave, menos grave o leve (*consideración abstracta*). Esta distinción es, por consiguiente, puramente cuantitativa. Así, por ejemplo, el mismo hecho, un hurto, puede ser delito o falta según el valor de la cosa hurtada (cfr. arts. 234 y 623,1). El delito de lesiones puede ser delito menos grave (art. 147) o delito grave, si concurren las circunstancias del art. 149,1. Y todavía puede ocurrir que la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez en la categoría de grave y en la de menos grave (cfr. por ej., la pena del delito del art. 260,1), estableciendo el apartado 4 del art. 13 que entonces el delito se considerará, «en todo caso», como grave. Es, pues, una cuestión de política legislativa el que un hecho se considere como delito grave o menos grave, o como falta.

Desde el punto de vista terminológico, en la doctrina penal se suele emplear la expresión delito, en general, como equivalente a la infracción punible, comprendiendo tanto los delitos graves y los menos graves, como las faltas. Otras veces se emplean expresiones tales como «acción punible», «hecho delictivo», «conducta criminal», etc. Estos términos son equivalentes; pero es más común utilizar doctrinalmente la expresión «delito», que es la que normalmente empleamos aquí. Igualmente, cuando empleamos la expresión «delito» nos referimos normalmente a la conducta típica, antijurídica, culpable y punible; pero otras veces sólo nos referimos al hecho típico, es decir, al descrito en la ley como delito o falta sin prejuzgar todavía si es antijurídico, culpable o punible. Por el contexto podrá deducirse cuándo se emplea en uno u otro sentido. Por otra parte, junto a la clasificación legal existen otras de carácter doctrinal de las que nos ocuparemos más adelante a la hora de estudiar la composición y estructura típica de los delitos (cfr. *infra* capítulo XV).

#### **4. LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO COMO TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LA IMPUTACIÓN PENAL**

El sistema de la Teoría del Delito que se acaba de describir sucintamente y que luego se analizará en los sucesivos capítulos en cada uno

de sus apartados, es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.

Este sistema se ha ido desarrollando en los últimos cien años, durante todo el siglo XX, merced a los esfuerzos sobre todo de la Dogmática jurídicopenal alemana, cuyos más importantes representantes han ejercido durante todo ese tiempo una considerable influencia en los penalistas españoles y latinoamericanos. Los hitos más importantes de esta evolución en Alemania, desde Von Liszt y Beling a principios del siglo XX, hasta Roxin y Jakobs a finales del siglo, pasando por las importantes aportaciones a mediados del mismo de Mezger, Welzel y Maurach, de cuya exposición prescindimos en esta edición por considerarla innecesaria a los fines meramente introductorios que tiene este capítulo (cfr., sin embargo, 4ª ed., pp. 226 a 232), han tenido inmediato eco y enorme influencia en los penalistas españoles, muchos de los cuales han contribuido a su difusión a través de las traducciones al español de los Tratados y Monografías de los más importantes autores alemanes (véase, por ejemplo, las referencias en la Bibliografía General al comienzo de este libro y las citas frecuentes que se hacen de ellos a lo largo del mismo) y han redactado sus obras siguiendo los modelos paralelos existentes en la Ciencia alemana del Derecho penal. En este sentido, somos herederos o tributarios, en mayor o menor grado, de una forma muy peculiar y refinada de elaborar la Teoría del Delito desde un punto de vista fundamentalmente sistemático sin parangón en otras culturas jurídicas penales menos interesadas en esta concepción sistemática. No cabe duda de que con ello se consigue un alto nivel de abstracción conceptual, aun a costa de darle a la Dogmática jurídicopenal y especialmente a la Teoría General del Delito un carácter puramente técnico jurídico y pretendidamente neutro desde el punto de vista ideológico que, muchas veces, prescinde del problema y del conflicto que tras ella se esconde, y que lo mismo puede ser utilizada para explicar el Derecho penal de un régimen totalitario que el de uno democrático y respetuoso con los derechos humanos.

Pero esto no significa que dicha elaboración no sea importante y especialmente útil para fundamentar importantes decisiones sobre la punibilidad o impunidad de un comportamiento humano. Al contrario, la propia importancia de las cuestiones que se deciden en la Teoría General del Delito y su posterior aplicación a las concretas figuras delictivas, resalta la importancia que hay que darle también al sistema que

de un modo general se ocupa de estas cuestiones, ordenándolas de un modo racional y lógico conforme a determinados presupuestos, como corresponde a un sistema formalizado de control social, como es el Derecho penal, elevando su aplicación por encima del coyunturalismo y de la espontaneidad, del azar y la arbitrariedad. Es evidente que ello no se consigue sólo con la sistematización de la Teoría del Delito, pero no cabe duda que esa sistematización, especialmente elaborada en el caso de la Dogmática jurídicopenal alemana, ayuda en buena medida a conseguir ese propósito que es una de las metas más importantes del Estado de Derecho (cfr. lo dicho sobre la importancia de la Dogmática jurídicopenal en el Estado de Derecho *supra* capítulo X). De ahí que, sin detrimento de otras formas de abordar estas cuestiones, y sin perjuicio de hacer las modificaciones que se consideren necesarias a la vista de algunas particularidades que presente el Derecho penal vigente en España, se adopte en esta parte de nuestra exposición el modelo de la Teoría General del Delito elaborado por la Dogmática jurídicopenal alemana, que constituye, al menos entre los penalistas de habla hispana, una especie de lenguaje jurídico común, que nos acerca científicamente y permite entendernos por encima de las peculiaridades que presenta la legislación de los distintos países.

De todo lo dicho se deduce que no se puede hacer del sistema de la Teoría del Delito la aspiración máxima y casi única de la Ciencia del Derecho penal, pero también que no se puede prescindir completamente de él dejando la interpretación y aplicación del Derecho penal en manos del azar y la arbitrariedad. En la medida en que el sistema de la Teoría del Delito constituye un riquísimo caudal ordenador de los criterios y argumentaciones que se pueden utilizar en la decisión y solución de los casos jurídico-penales, será para el penalista un instrumento indispensable para el estudio, interpretación y crítica del Derecho penal.

En realidad, una Teoría del Delito que pretenda validez general para las distintas y numerosas figuras de delito existentes en la Parte Especial sólo puede elaborarse como una *teoría de la imputación*, es decir, como un *discurso* en el que las personas que integran una sociedad se ponen de acuerdo sobre cuáles son los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena (o, en su caso, una medida de seguridad) y restablecer así la vigencia del Ordenamiento jurídico conculcado por el delito. No hay, pues, por lo menos en Derecho penal, una imputación en sí misma, sino una imputación que permite la aplicación de un deter-

minado efecto sancionatorio. No obstante, las reglas de la imputación pueden elaborarse, en cierto modo, de forma autónoma y hasta cierto punto desligadas de la consecuencia sancionatoria, aunque nunca olvidando que el resultado final de la imputación es siempre la imposición de una sanción. Desde este punto de vista, la teoría de la imputación no es, pues, más que un proceso de progresiva individualización o depuración de la responsabilidad, en el que secuencialmente se va pasando por distintos grados, que, como filtros cada vez más estrechos, permiten depurar la responsabilidad a través de distintas categorías o peldaños, que van desde el ámbito más general de la constatación de un comportamiento (activo o pasivo), hasta el más particular de la culpabilidad individual, pasando previamente por la constatación de la tipicidad y de la antijuricidad de ese comportamiento. A ello se le añade, en algunos casos, la comprobación de la concurrencia de algunos presupuestos especiales de la punibilidad o la perseguibilidad procesal del hecho en cuestión.

Naturalmente, las distintas categorías o grados de la imputación penal, cuyo contenido vamos a exponer en los siguientes capítulos, no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo o, si se quiere, ideológico, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado, por lo que su pretendida neutralidad debe ser aceptada con muchas reservas. Ciertamente, como conjunto de reglas de ordenación de los presupuestos de la imputación puede entenderse como una especie de «gramática universal» válida para toda época y para cualquier Ordenamiento jurídico. Pero el objeto al que se refiere esa gramática, el Derecho penal vigente en cada país en una época o momento histórico determinado, no es en absoluto neutro, sino quizás la parte más ideologizada de todo el Ordenamiento jurídico, que, como la Historia y el Derecho comparado muestran, no sólo ha servido o sirve para proteger y garantizar derechos y libertades fundamentales, sino también para reprimirlas y violentarlas desde el propio Estado. No obstante, el grado de racionalidad alcanzado por la actual Teoría General del Delito permite encauzar esta Parte del Derecho penal dentro de unos parámetros de tolerancia, humanidad y cultura, más o menos asumidos o asumibles por todas las naciones civilizadas y, especialmente, por aquéllas que han desarrollado sus sistemas políticos y jurídicos sobre las bases y principios del Estado democrático y social de Derecho. Fuera de este marco, la Teoría General del Delito, elaborada como puro artificio técnico, susceptible de ser utilizada para interpretar cualquier Derecho penal, independientemente de sus valoraciones y contenido, se puede convertir en un instrumento muy peligroso de legitimación de los más graves abusos y atentados desde el poder estatal contra los derechos humanos. El problema actual de la Teoría General del Delito no es tanto la justificación de la imputación en sí misma, sino desarrollar las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación y, en consecuencia, la imposición de una consecuencia sancionatoria en un marco que posibilite la autorrealización y la participación de todos en la sociedad, en condiciones de igualdad; un marco, en definitiva,

humanista y democrático, y no puramente funcional, burocrático, deshumanizado y autoritario.

**Bibliografía:** Sobre los grandes hitos de la evolución de la Teoría del Delito pueden consultarse las versiones españolas de los Tratados alemanes de VON LISZT, MEZGER, MAURACH, WELZEL, JESCHECK, ROXIN y JAKOBS, y los Tratados, Manuales y obras de carácter general en lengua española citados en la bibliografía general y, como bibliografía específica española, aparte de las obras generales pueden verse: ÁLVAREZ GARCÍA, Introducción a la teoría jurídica del delito, Valencia 1999; BALDÓ LAVILLA, Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito, en Homenaje a Roxin, Barcelona 1997; CEREZO MIR, El finalismo hoy, ADP 1993; CUELLO CONTRERAS, Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal: Más allá del ontologismo y el normativismo, RECPC 2006; FELJO SÁNCHEZ, El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995, Madrid 1997; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Pautas y tendencias en la evolución de la dogmática penal alemana postwelzeliana, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; GIMBERNAT ORDEIG, El sistema del Derecho penal, en Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid 1990; HASSEMER, La persona, el mundo y la responsabilidad. Introducción a una teoría sobre la imputación en Derecho penal, RDPC 1998 (traducción de M. Díaz Pita); EL MISMO, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Valencia 1999 (traducción de Muñoz Conde y M. Díaz Pita); HIRSCH, Acerca de la crítica al «finalismo», ADP 2005; JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Madrid 1996; EL MISMO, Estudios de Derecho penal, Madrid 1997 (traducción de Cancio Meliá, Suárez González y Peñaranda Ramos); LACRUZ LÓPEZ, En el centenario de la publicación de «Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem» de Gustav Radbruch ¿fractura de la teoría jurídica del delito?, ADP 2004; LAURENZO COPELLO, El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; LLOMPART, Lo objetivo y lo subjetivo como comienzo y fin del sistema de la dogmática penal, CPC 1993; MATUS, La transformación de la teoría del delito en el Derecho penal internacional, Barcelona 2008; MIR PUIG, Los términos «delito y falta» en el Código penal, ADP 1974; EL MISMO, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., Barcelona 1982; MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, Barcelona 1975; EL MISMO, De lo vivo y lo muerto en la obra de Armin Kaufmann, ADP 1991; EL MISMO, Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal, RP 2000; EL MISMO, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª ed., Valencia 2003; EL MISMO, Una nueva imagen de la historia contemporánea del Derecho penal alemán, RP 2007; NADAR MONTES, Evolución histórica, posiciones doctrinales y concepto legal de delito con anterioridad y en el Código penal de 1995, RGD 1997; PORTILLA CONTRERAS, Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal, RGDP 2005; ROXIN, Política criminal y sistema del Derecho penal, Barcelona 1972 (traducción, introducción y notas de Muñoz Conde); EL MISMO, La evolución de la Dogmática jurídico penal, la Política criminal y el proceso penal, Valencia 2000 (traducción de Gó-

mez Rivero y García Cantizano); SCHÜNEMANN, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid 2002; SCHÜNEMANN Y OTROS, El sistema moderno del Derecho penal, Barcelona 1991 (traducción de Silva Sánchez); SERRANO PIEDECASAS, La teoría del delito como un sistema ordenado de conocimientos, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992; TAMARIT SUMALLA, Fundamentos y orientación de un sistema penal teleológico-garantista, RDPP 2001; TORIO LÓPEZ, Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito, ADP 1989; VARIOS, Fundamentos de un sistema Europeo del Derecho Penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin, edición española de Silva Sánchez, Barcelona 1995; VARIOS, Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Silva Sánchez (edit.), Barcelona 1997; VARIOS, Sobre el estado de la teoría del delito (con aportaciones de Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Kohler), Madrid 2000; VARIOS, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, Arroyo Zapatero/ Neumann/ Nieto Martín (coord.), Cuenca 2003; VARIOS, La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, Eser/ Hassemer/ Burkhardt, coord. de la versión alemana; Muñoz Conde, coord. de la versión española, Valencia 2004; VARIOS, El sistema integral del Derecho penal, Wolter/ Freund (edits.), Madrid 2004.





# CAPÍTULO XII

## Teoría de la acción

1. El comportamiento humano como base de la Teoría del Delito
2. Formas de comportamiento humano penalmente relevantes
3. La acción en sentido estricto: el concepto significativo de acción
4. Ausencia de acción
5. Los sujetos de la acción

### 1. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO BASE DE LA TEORÍA DEL DELITO

La norma jurídico-penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta que intenta regular. Para ello tiene que partir de la conducta tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamientos humanos que ocurren en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente conminándola con una pena. Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierten esa conducta en punible.

El Derecho penal es un *Derecho penal de acto* y no de autor.

La distinción entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor no es sólo una cuestión sistemática sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Sólo el Derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El *Derecho penal de autor* se basa en determinadas cualidades de la persona de las que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales. Así, por ejemplo, es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un «homicida» o de un «ladrón». Por eso el Derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo.

De la concepción del Derecho penal como Derecho penal de acto se deduce que nunca pueden constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos (cfr. *infra* capítulo XXVI).

Tampoco pueden constituir un delito los hechos producidos por animales ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza, por más que puedan producir resultados lesivos (la muerte de una persona o la destrucción de una cosecha). Los actos de las personas jurídicas (asociaciones, sociedades mercantiles, etc.) sólo pueden ser, en principio, constitutivos de un delito en la medida en que sean atribuibles a personas físicas individualmente consideradas, aunque también puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas con connotaciones propias en algunos ámbitos de la criminalidad, como el económico-empresarial y el del medio ambiente (véase *infra* al final de este capítulo).

## **2. FORMAS DE COMPORTAMIENTO HUMANO PENALMENTE RELEVANTES**

La conducta humana, base de toda reacción jurídico-penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones. Ambas formas de comportamiento son relevantes para el Derecho penal, de ahí la distinción que el art. 10 del Código penal recoge entre acciones y omisiones. Sobre ambas realidades se construye el concepto de delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan. Por eso, antes de estudiar estos elementos conviene analizar previamente por separado el concepto de acción y de omisión. La acción y la omisión cumplen, por tanto, la función de elementos básicos de la Teoría del Delito, aunque sólo en la medida en que coincidan con la conducta descrita en el tipo de la correspondiente figura delictiva serán penalmente relevantes. No hay una acción abstracta, prejurídica, de matar, robar o estafar, sino que sólo puede calificarse como tal aquella acción que concuerda con la descrita en los respectivos artículos del Código penal. El comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo (véase *infra* capítulo XV). Pero también hay que tener en cuenta que sólo aquello que puede ser considerado como acción o, en su caso, omisión puede ser objeto de tipificación. El concepto de acción es, pues, el objeto de una valoración, no la valoración misma que se hace posteriormente en las restantes categorías del delito, aunque, como veremos, también en la delimitación de los conceptos de acción y omisión hay que recurrir a valoraciones que le dan sentido o significado como tal (cfr. *infra* 3).

Doctrinalmente, algunas veces se emplea el término «acción» (acción criminal, acción punible) incluyendo también en él la «omisión», pero ésta no es más que una forma imprecisa de lenguaje sin mayor trascendencia científica. Igualmente se emplean términos como «hecho», «acto», «comportamiento», etc., que incluyen tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión, sin que por ello se equiparen ambos conceptos, que siguen siendo realidades distintas y con distinto significado.

La acción positiva o acción en sentido estricto es la forma de comportamiento humano más importante en Derecho penal, sirviendo, al mismo tiempo, de referencia a la omisión, así que empezamos por ella.

### **3. LA ACCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO: EL CONCEPTO SIGNIFICATIVO DE ACCIÓN**

Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin u objetivo determinado. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una interna y otra externa.

a) En la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin, por ejemplo realizar un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren, avión). Esta selección sólo puede hacerse a partir del fin. Es decir, sólo cuando el autor está seguro de *qué es lo que quiere* puede plantearse el problema de *cómo lo quiere*. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone (si, por ejemplo, elige el coche como medio de viaje y éste es largo, sabe que tiene que parar para dormir, cuenta con una avería, etc.). La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para ello. Pero una vez que los admita como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.

b) Fase externa. Una vez *propuesto el fin, seleccionados los medios* para su realización y ponderados los *efectos concomitantes*, el autor procede a su realización en el mundo externo: pone en marcha, con-

forme a un plan, el proceso causal dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estos aspectos de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y que lo importante sean los efectos concomitantes o los medios seleccionados para realizarlo. Así, por ejemplo, cuando el autor conduce un coche a más velocidad de la permitida puede pretender una finalidad absolutamente lícita (llegar a tiempo al lugar de trabajo), pero los medios empleados para ello (conducir imprudentemente un coche) o los efectos concomitantes (la muerte de un peatón atropellado) son desvalorados por la ley penal.

Por tanto, cuando se dice que la acción final es la base del Derecho penal no se quiere decir que sólo sea el fin de esa acción lo que interesa al Derecho penal, pues éste puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin. Por eso los tipos legales son, en definitiva, los que deciden qué partes o aspectos de la acción son o pueden ser penalmente relevantes.

El concepto de acción que se acaba de exponer coincide en sus líneas generales con el de la *teoría final de la acción*, formulada por el alemán Hans WELZEL a principios de los años 30 del siglo XX y sobre la que construyó en años posteriores todo un sistema de la Teoría General del Delito. Éste es también el concepto de acción que se adopta aquí como punto de partida. Pero, como seguidamente se expondrá, este concepto requiere de algunas matizaciones.

Efectivamente, cuando el legislador describe una conducta en el tipo penal (por ejemplo: «el que mata a otro») no describe un simple proceso causal (también un rayo puede causar la muerte de una persona), sino un proceso causal en la medida en que se deriva de la realización de una acción final humana. Por ello también la finalidad, los medios necesarios para su realización y los efectos concomitantes deben ser tenidos en cuenta ya en el primer estadio de la Teoría del Delito, en la acción, y consiguientemente en su primera valoración, en la tipicidad. Luego se irán añadiendo y valorando otros datos que caracterizan la antijuricidad de la acción en el caso concreto o que determinan la culpabilidad del autor; pero sólo a partir de la acción final que sirve de presupuesto a toda valoración y reacción jurídico-penal. Lo que importa es, por tanto, que el legislador cuando describe o tipifica las acciones prohibidas lo hace pensando en la acción, no como un simple proceso causal volunta-

rio, sino como un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin (sea éste relevante, o lo sean los medios elegidos para su realización, o los efectos concomitantes). De ello se derivan importantes consecuencias sistemáticas y prácticas que serán expuestas en su lugar. Por ahora baste con decir que sin recurrir a la finalidad, al contenido de la voluntad, no se puede distinguir, en efecto, la acción humana de matar a otro de la muerte producida por un rayo. Pero también para distinguir las acciones humanas unas de otras hay que recurrir a la finalidad con la que éstas se realizan: un disparo puede ser una tentativa de homicidio o un simple acto de caza; una insolvencia puede ser producto de la ruina económica del deudor a consecuencia de un incendio, o de una maniobra fraudulenta de éste que oculta su patrimonio a la acción de los acreedores. Sólo la finalidad de su autor puede dar sentido a estos procesos puramente causales. Igualmente hay que recurrir desde el primer momento, es decir, para tipificar la acción, a determinados elementos subjetivos que exige la ley en delitos tales como el hurto (intención de apropiarse de la cosa) o el asesinato (ensañamiento: intención de provocar dolor a la persona a la que luego se quiere matar).

### *El concepto significativo de acción*

Lo expuesto anteriormente no quiere decir, sin embargo, que el sistema de la Teoría del Delito vaya ya prejuzgado por un concepto de acción prejurídico, ni que éste pueda ser establecido sin recurrir a ningún tipo de valoraciones. Como seguidamente vamos a ver, el concepto de acción no puede ser sólo un concepto ontológico, sino que depende también de valoraciones.

Así, por ejemplo, si alguien conduce a más velocidad de la permitida y, al entrar en una curva peligrosa, pierde el control del vehículo al tratar de espantar con la mano un insecto que le ha picado en la cara, lo que importa es la acción de conducir como un todo y no el acto concreto involuntario, puramente instintivo o reflejo, ya que éste no es más que una parte de la acción que como un todo interesa al Derecho penal (véase *infra* epígrafe 4).

Lo mismo sucede con las acciones que se realizan de un modo inconsciente y rutinario, producto de un aprendizaje voluntario que, tras repetirse muchas veces, se llevan a cabo automáticamente. Así, por ejemplo, apretar el embrague y acelerar al arrancar el coche, cambiar de marcha o frenar son acciones que se realizan cientos de veces por cualquier conductor experimentado, sin que ello suponga una acción

consciente y voluntaria cada vez que se realizan. Estas conductas sólo pueden servir de objeto a una valoración integradas en una acción global de conducir, ésta sí consciente, voluntaria y final. Por eso en caso de accidente provocado por uno de esos actos particulares (frenazo brusco, giro violento del volante) valoramos la acción de conducir como un todo y no el acto concreto, probablemente inconsciente y automático, de pisar el freno o girar el volante. Igualmente la acción de andar la valoramos globalmente y no descomponiéndola en los pasos que damos mecánicamente.

De la misma forma, en los actos de hablar lo importante no son las palabras, ni los gestos en sí, sino el significado que se les atribuye en un determinado contexto en la interacción humana, que es lo que nos permite atribuir un significado injurioso a una determinada expresión. Y, del mismo modo, para valorar una acción de tocamiento de órganos genitales hay que situarla en un determinado contexto, que nos permite diferenciar lo que es un mero acto de exploración urológica o un delito de abusos sexuales. Objetivamente (causalmente) considerados, estos hechos son completamente neutros; la finalidad que tiene la persona que los realiza es en estos casos difícil de probar y sólo podemos deducirla de un determinado contexto, que es el que les da su significado.

Todavía con mayor claridad se ve esto en la omisión que, como veremos más adelante, no se puede definir por sí misma, sino en referencia a una acción que se puede realizar. Pero no toda omisión de una acción posible se puede definir como omisión. Así, por ejemplo, el que no abofeteamos a la gente que pasa por la calle no quiere decir que omitamos ese hecho, ya que, en principio, nadie espera que lo hagamos. Luego la omisión sólo puede ser definida con ayuda de un criterio normativo como omisión de una *acción esperada*, por más que ontológicamente sea siempre una omisión de una acción posible. Por eso, igual que en el Derecho contractual se le da significado al silencio como consentimiento tácito, en Derecho penal puede dar lugar a una estafa no declarar los defectos de una cosa. También en la vida diaria atribuimos un significado a determinadas omisiones; por ejemplo, a que una persona no llegue a la cita acordada o al silencio del psicólogo que nos escucha mientras le hablamos durante una sesión.

De todos estos ejemplos se deduce que en la determinación del concepto de acción no es suficiente con la constatación de los aspectos puramente causales y finales de la misma, sino que es necesario también situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le da su sentido comunicativo, social y/o jurídico, es decir, su significado. En

definitiva, lo relevante es esta capacidad expresiva o significativa del comportamiento humano en un determinado contexto de comunicación intersubjetiva. De ahí que a esta concepción de la teoría de la acción se le llame *concepto significativo de acción*. Esto no quiere decir que haya que renunciar a un concepto prejurídico de acción (sin acción no puede haber acción típica), sino simplemente que el mismo no puede reducirse a simples procesos ontológicos, causales o finales, desconectados de cualquier tipo de valoraciones.

Por lo demás, el concepto de acción tiene escasa relevancia en la construcción de la moderna Teoría del Delito. Prácticamente ninguno de los problemas fundamentales del Derecho penal de hoy en día se resuelve a partir de la opción por un determinado concepto de acción. Ni siquiera el sistema de la Teoría del Delito viene predeterminado por el concepto de acción. Lo único verdaderamente importante desde el punto de vista de una *teoría democrática de la imputación penal* es que ésta debe basarse en lo que el sujeto hace o no hace, es decir, en su comportamiento regido por la voluntad, no en sus ideas, creencias, nacionalidad, raza, etc. (*Derecho penal de acto*), independientemente de la categoría sistemática en la que posteriormente, por razones estrictamente jurídicas, se considere preferente valorar el contenido de la voluntad que rige el acto, la finalidad, los efectos concomitantes admitidos y la forma y los medios con que se realice. No obstante, hay que reconocer que igual que la discusión sobre «el sexo de los ángeles» o la «búsqueda de la piedra filosofal» en la Edad Media dieron lugar a un gran desarrollo de la Filosofía y la Química, respectivamente, la polémica que a mediados del siglo XX tuvo lugar en Alemania y en otros muchos países sobre el concepto de acción, entre el causalismo y el finalismo, dio lugar a un enorme refinamiento del sistema de la Teoría del Delito, del que en cierta medida somos todavía tributarios. Sobre el concepto significativo de acción, VIVES ANTÓN, Fundamentos, p. 205; FLETCHER, Conceptos básicos, p. 93; ALCÁCER GUIRAO, en Homenaje a Ruiz Antón, pp. 38 y ss.

#### 4. AUSENCIA DE ACCIÓN

El concepto de acción que se acaba de exponer tiene en Derecho penal una función principalmente negativa, ya que permite excluir desde el primer momento del ámbito del Derecho penal aquellos comportamientos del ser humano que ni siquiera merecen el calificativo de acción.

Puesto que el Derecho penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad. Sucede esto en tres grupos de casos:

a) *Fuerza irresistible*. La fuerza irresistible es una condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. El agente opera como una masa mecánica.



Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre (*vis absoluta*). Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esa posibilidad, no se excluye la acción. No es lo mismo atar fuertemente a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, que amenazarle con una pistola con la misma finalidad. En el primer caso falta la acción, al no poder el sujeto ni siquiera manifestar su voluntad. En el segundo caso la voluntad existe, pero está viciada en sus motivaciones. El primer caso constituye un supuesto de fuerza irresistible que excluye la acción; el segundo es un supuesto de *vis compulsiva* que no excluye la acción, al no anular totalmente la voluntad, sino la antijuricidad o la culpabilidad según se estime exista aquí estado de necesidad justificante o miedo insuperable (cfr. *infra* capítulos XX y XXIV).

La fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona o incluso de fuerzas naturales. Tanto la doctrina como la jurisprudencia española consideran que los impulsos irresistibles de origen interno (arrebato, estados pasionales, desesperación, etc.) no pueden dar lugar a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad, aunque esto no impide que puedan servir de base a la apreciación de otras eximentes (como la de trastorno mental transitorio) que excluyen o disminuyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (cfr. *infra* capítulo XXIII).

En la práctica, salvo raras hipótesis la fuerza irresistible carece de importancia en los delitos de acción, pero es importante en los delitos de omisión (atar al guardagujas para que no pueda accionar el cambio de vías). La consecuencia principal de la apreciación de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor del delito cometido y el que actúa u omite violentado por la fuerza irresistible no sólo no responde, sino que su actuación u omisión es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro (cfr. *infra* capítulo XXVII).

b) *Movimientos reflejos*. Los movimientos reflejos, tales como las convulsiones epilépticas, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores. Desde el punto de vista penal, en principio (véase *infra*), no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano o produce un accidente automovilístico, o quien

aparta la mano de una placa al rojo vivo rompiendo con ello un valioso objeto de cristal.

Distintos de los movimientos reflejos son los actos en *cortocircuito*, las reacciones impulsivas o explosivas, en los que la voluntad participa, así sea fugazmente, y que por lo tanto no excluyen la acción. Un caso de este tipo sería el del atracador que, nervioso, aprieta instintivamente el gatillo al observar un gesto equívoco de huida o defensa en el cajero del banco.

c) *Estados de inconsciencia*. También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes. Se discute si la hipnosis puede dar lugar a uno de estos estados. La opinión dominante se inclina por la negativa, aunque teóricamente no está excluida la posibilidad de que el hipnotizador llegue a dominar totalmente al hipnotizado, sobre todo si éste es de constitución débil, surgiendo en este caso una situación muy próxima a la fuerza irresistible.

Sin embargo, aunque en los estados de inconsciencia falta la acción, la conducta puede ser penalmente relevante si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir (el guardagujas se emborracha hasta quedar dormido para provocar intencionadamente un choque de trenes) o llega a ese estado por negligencia (el guardagujas, tras haberse ido de «juerga» la noche anterior, se queda dormido y no cambia a tiempo las vías, provocando el choque de trenes). En estos casos, llamados *acciones liberae in causa*, lo relevante penalmente es el actuar precedente. El problema de la *actio libera in causa* es, sin embargo, muy complejo. De ello volveremos a ocuparnos más adelante.

*Valoración crítica de la ausencia de acción y teoría de la «actio libera in causa»*. Esta clasificación de los casos de ausencia de acción, habitual en los Manuales y Tratados doctrinales, es, sin embargo, excesivamente simplista y peligrosa fuente de confusiones. Como ya se ha advertido antes, en el concepto de acción también se pueden incluir actos concretos realizados inconscientemente o movimientos reflejos, siempre que sean elementos integrantes de una acción que globalmente considerada esté controlada por la voluntad. Los movimientos automáticos que realiza cualquier conductor experimentado al conducir un coche (frenar, acelerar, cambiar de marcha) forman parte de una acción global de conducir que, como un todo, puede ser valorada como voluntaria y, por tanto, como imprudente o correcta desde el punto de vista del Código de la circulación. Del mismo modo que pertenece a la acción el movimiento instintivo de defensa realizado para rechazar una agresión, o el retirar la mano

de una placa ardiente cuando se ha puesto allí precisamente para comprobar si lo estaba.

Por eso muchos estados de inconsciencia plena, en los que falta la acción, se pueden valorar desde el punto de vista del Derecho penal como una omisión, cuando el sujeto se ha puesto voluntariamente en dicho estado para delinquir (el guardagujas se embriaga deliberadamente hasta quedar inconsciente y provocar intencionadamente un choque de trenes), o llega a ese estado de manera imprudente (en el ejemplo anterior, el guardagujas se queda dormido). Se recurre en estos casos a la ficción de considerar relevante la acción precedente (*actio libera in causa*) pero, en realidad, se trata de una parte de la misma acción que, globalmente considerada, permite integrar también en ella lo que en un momento determinado no es controlado directamente por la voluntad. Una vez más se demuestra que el concepto de acción no puede ser un concepto puramente ontológico o naturalista, porque su delimitación depende también de la valoración que de la misma se haga. Una separación tajante entre el *objeto a valorar* y la *valoración del objeto* no es, pues, práctica, ni realizable plenamente. Es necesario valorar el acto concreto realizado en un contexto más amplio y comprobar si es un elemento integrante de una acción voluntariamente realizada (cfr. *supra*: *concepto significativo de acción*). Sólo cuando no sea así se podrá hablar con propiedad de ausencia de acción (sobre la teoría de la *actio libera in causa* y su importancia en la delimitación de la imputabilidad, véase *infra* capítulo XXIII).

## 5. LOS SUJETOS DE LA ACCIÓN

En la teoría del Derecho penal, sólo la persona humana, individualmente considerada, puede ser sujeto de una acción penalmente relevante. Ni los animales ni las cosas pueden ser sujetos de acción, por más que en épocas pretéritas existieran procesos contra cosas que habían producido resultados dañosos o animales que provocaron epidemias, muerte de personas, etc.

Sin embargo, el principio por el cual sólo las personas físicas son capaces de acción en sentido jurídico-penal ha sido sometido a revisión en el proceso de atribución de responsabilidad penal también a las personas jurídicas. Sin atribuirles directamente capacidad de acción, el art. 31 bis Cp imputa a las personas jurídicas responsabilidad penal por las acciones de determinadas personas físicas que actúan en su ámbito, lo que será objeto de estudio en el capítulo XXXVI. (Sobre los conceptos de sujeto activo y pasivo, véase *infra* capítulo XV.4.B). Por otra parte, la responsabilidad de quienes actúan en nombre de una persona jurídica cometiendo un delito especial para el que no reúnen las características exigidas al sujeto activo se estudia en el capítulo XXVII.4 de esta obra,

como problema de autoría en casos de actuación en nombre de otro (art. 31 Cp).

**Bibliografía:** Sobre el concepto penal de acción, además de los Tratados y obras generales citadas en el capítulo anterior: ALCÁCER GUIRAO, Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; ATIENZA, Para una teoría general de la acción penal, ADP 1987; BACIGALUPO ZAPATER, Sobre la teoría de la acción y su significación en el Derecho Penal, CPC 2003; BORJA JIMÉNEZ, Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat, EPC 1993/1994; BUSATO, Derecho Penal y acción significativa, Valencia 2007; EL MISMO, *Actio libera in causa* y acción significativa, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; CEREZO MIR, Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982; CÓRDOBA RODA, Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, Barcelona 1963; FERNÁNDEZ ESPINAR, La idiosincrasia conceptual de la acción punible en el decurso de la evolución de la construcción técnico-jurídica de la teoría del delito, AP 1996; FLETCHER, Conceptos básicos de Derecho penal, Valencia 1997; EL MISMO, Aproximación intersubjetiva al concepto de acción, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; JAÉN VALLEJO, El concepto de acción en la dogmática penal, Madrid 1994; MARINUCCI, El delito como acción: crítica de un dogma, Madrid 1998 (traducción de Sainz-Cantero Caparrós); MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, La «concepción significativa de la acción» de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; MIR PUIG, Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª ed., Valencia 2003; EL MISMO, Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; RAMOS VÁZQUEZ, Concepción significativa de la acción y teoría del delito, Valencia 2008; ROBLES MORCHÓN, Sobre el concepto de acción en Derecho penal. La acción como procedimiento y el tipo como norma procedimental, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; RODRÍGUEZ MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, 2ª ed., Valencia 1978; ROXIN, Problemas básicos del Derecho penal, Madrid 1976 (traducción de Luzón Peña); RUIZ ANTÓN, La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras, en Homenaje a Torío, Granada 1999; VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal, Valencia 1996; WELZEL, El nuevo sistema del Derecho penal, Barcelona 1966 (traducción y notas de Cerezo Mir).

Sobre ausencia de acción: DÍAZ PALOS, Fuerza irresistible, NEJ X, 1960; GARCÍA VITORIA, Algunas propuestas sobre las causas de ausencia de la acción típica, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; JIMÉNEZ DÍAZ, Los trastornos del sueño como causa de ausencia de acción penal, La Ley 1998; MORILLAS CUEVA, La eximente penal de fuerza irresistible, Granada 1987; ROMERO SIRVENT, Causas de exclusión de la acción, CPC 1992; SILVA SÁNCHEZ, La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuitos, reacciones automatizadas), ADP 1986; EL MISMO,

Sobre los movimientos «impulsivos» y el concepto jurídico-penal de acción,  
ADP 1991.

# CAPÍTULO XIII

## Acción y resultado

1. Acción y resultado
2. Relación de causalidad e imputación del resultado
3. La teoría de la imputación objetiva. Ámbito de aplicación y límites. Remisión a otro lugar
4. Valoración crítica

### 1. ACCIÓN Y RESULTADO

Como se dijo en el capítulo anterior, la acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior.

Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, pero este resultado ya no es parte integrante de la acción. Existe una tendencia doctrinal a considerar a la acción manifestada como un resultado, pero con ello se confunde la manifestación de voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación. No es lo mismo «el producir» que «lo producido». La distinción entre acción, como simple manifestación de voluntad, y resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad, tiene gran importancia para el Derecho penal. Así, por ejemplo, el legislador castiga en algunos casos la simple manifestación de voluntad, como sucede en el delito de injurias (*delitos de simple actividad*); pero en otros sanciona, además, el resultado derivado de ella, como sucede en el homicidio (*delitos de resultado*). En este último caso se exige una relación de causalidad entre la acción y el resultado (cfr. *infra* epígrafe siguiente).

A este respecto resulta ilustrativa la distinción que hace FLETCHER (Conceptos básicos, pp. 99 y ss.) entre *delitos de consecuencias dañosas* y *delitos de acciones dañosas*. En los primeros (homicidio, daños, lesiones), el daño se puede causar también por accidente, de ahí que sea en ellos especialmente importante determinar cuándo el daño ha sido producido por una acción humana o, por el contrario, se debe a una fuerza natural más allá de la incumbencia del Derecho penal. En cambio, los delitos de acciones dañosas (violación, hurto, robo) no se producen por accidente y no plantean problemas de causalidad.

Existen además otras consecuencias que se derivan de la distinción entre acción y resultado. Así, por ejemplo, puede que el resultado no se produzca y que la acción sólo sea punible a título de tentativa. En los delitos de peligro concreto, la acción peligrosa se castiga cuando se haya puesto en concreto peligro el respectivo bien jurídico. En el delito imprudente, la acción imprudente sólo se castiga si produce un resultado lesivo, etc. Para determinar la antijuricidad del hecho se distingue entre desvalor de la acción y desvalor de resultado (cfr. *infra* capítulo XVIII). Igualmente, en la teoría del concurso se diferencia según que el resultado haya sido producido con una o varias acciones, o según una acción haya producido varios resultados (cfr. *infra* capítulo XXVIII). Pero la más importante consecuencia de esta distinción se da en los *delitos de consecuencias dañosas*, en los que resulta necesario establecer cuándo el daño ha sido causado por una acción humana.

## 2. RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN DEL RESULTADO

En los *delitos de resultado o de consecuencias dañosas* (homicidio, daños, lesiones, etc.) debe mediar una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Ello naturalmente sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos a efectos de deducir una responsabilidad penal. La relación de causalidad entre acción y resultado, y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son, por tanto, el presupuesto mínimo para exigir en los delitos de resultado una responsabilidad por el resultado producido (*principio de la causalidad*).

En muchos casos ni siquiera surgen dudas acerca de la causalidad entre una acción y un determinado resultado. Así, por ejemplo: A dispara tres tiros a B, quien se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza, muriendo B casi instantáneamente a consecuencia de las heridas. En este caso la inmediata sucesión temporal entre la acción y el resultado y su relación directa no deja lugar a dudas sobre la relación causal existente entre la acción y el resultado.

Sin embargo, no todas las relaciones son tan sencillas de resolver. Pensemos que en el ejemplo anterior A hiere a B y éste muere en un accidente de tráfico al ser trasladado al hospital para ser atendido, por

una infección sobrevenida a consecuencia de la herida o por un mal tratamiento médico.

Para resolver casos tan complicados se han elaborado diversas teorías. Entre las muchas existentes sólo citaremos las tres más importantes: la teoría de la *equivalencia de las condiciones*, la teoría de la *causación adecuada o de la adecuación* y la teoría de la *causa jurídicamente relevante*.

a) Para la primera, es causa toda condición de un resultado concreto que, suprimida mentalmente, daría lugar a que ese resultado no se produjese. Para esta teoría todas las condiciones del resultado son equivalentes, de tal forma que en los ejemplos anteriores, en cualquiera de sus variantes (accidente de tráfico, infección sobrevenida o mal tratamiento médico), la acción de A es causa de la muerte de B.

*Las insuficiencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones.* Por elemental que parezca esta idea, la verificación del nexo causal entre una acción y un resultado como presupuesto indispensable para la exigencia de responsabilidad penal supuso en el momento en que fue formulada por el penalista alemán Julius GLASER, a mediados del siglo XIX, un avance importante en la superación de una fundamentación puramente mágica, metafísica o irracional de la responsabilidad penal. Actualmente sería inadmisibles, por contrario a la racionalidad de nuestra cultura jurídica y a los propios conocimientos empíricamente comprobables que nos brindan las Ciencias naturales, un sistema en el que la responsabilidad penal de alguien por un resultado se determinase por el «juicio de Dios», la prueba del fuego o por conjuros o rituales mágicos. Sin embargo, la verificación del nexo causal tampoco puede fundamentar por sí sola, ni siquiera en el plano puramente objetivo, la imputación de un resultado a una acción. La búsqueda de una causa última nos llevaría, en un interminable «*regressus ad infinitum*», a indagar la causa de la causa, que a su vez sería causada por otra; y así podría decirse que la causa de un asesinato es también el acto de procrear al asesino por sus padres, que a su vez fueron engendrados por otros, lo que llevaría, en última instancia, al origen de la especie humana, causa última (?) de todos los resultados que diariamente se producen como consecuencia de acciones humanas. No lejos de esta concepción está la idea del «pecado original» que algunos atribuyen al bocado que Adán le dio a la manzana que le ofreció Eva en el Paraíso Terrenal. Es evidente que este concepto de causa es inservible, no sólo para el Derecho penal, sino también para otras muchas ciencias, sociales y naturales, que operan con un concepto de causa mucho más restringido, limitando su interés a una parcela de la realidad acotada temporal y espacialmente. Así, por ejemplo, las leyes de la herencia pueden tener una virtualidad diferente según se trate de establecer las causas de una enfermedad hereditaria, el reconocimiento jurídico de una paternidad o las personas legitimadas para recibir el patrimonio de alguien que ha fallecido. Por otra parte, no puede olvidarse la necesidad procesal de probar el nexo causal, lo que en Derecho penal supone una limitación del concepto científico de causa, ya que sólo lo que puede ser susceptible de prueba con los medios probatorios admisibles legalmente puede fundamentar una imputación jurídica; por eso cuando las pruebas arrojan resul-



tados ambiguos debe absolverse por el principio «*in dubio pro reo*» y cuando son contradictorias, el tribunal las debe valorar en conciencia, aplicando las reglas de la lógica o del sentido común.

b) Para la *teoría de la adecuación*, por el contrario, no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino sólo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. Una acción será adecuada para producir un resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría probablemente. Pero *previsible objetivamente* lo es casi todo. Por eso la teoría de la adecuación recurre a otro criterio limitador de la causalidad, el de la *diligencia debida*, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno. Previsibilidad objetiva y diligencia debida son, por consiguiente, los dos criterios selectivos que sirven para precisar cuándo una acción es adecuada para producir un resultado y, por tanto, es causa del mismo. Pero la teoría de la adecuación tiene el inconveniente de confundir el plano ontológico (qué acción es causa de un resultado) y el normativo (qué causas deben tener relevancia penal). En efecto, el que una causa no sea adecuada para producir un resultado, porque, por ejemplo, no fuera previsible que se fuera a producir, no puede eliminar su naturaleza de causa.

c) Así lo entendió la *teoría de la causa jurídicamente relevante*, que diferencia entre la determinación de la causalidad (para la que utiliza la teoría de la equivalencia) y la cuestión de si una causa es o no relevante para el Derecho penal. Ciertamente, desde el punto de vista causal ontológico o naturalista, toda condición es causa de un resultado en sentido natural o lógico. Pero desde el punto de vista jurídico, esta causalidad natural debe ser limitada con ayuda de criterios jurídicos, de tal forma que el problema causal se convierte en un problema jurídico a incluir dentro de la categoría de la tipicidad (cfr. *infra* capítulo XV). Desde este punto de vista, «matar» no sería ya el simple «causar la muerte», sino causarla con una acción que pueda ser considerada relevante jurídicamente y, por tanto, ser subsumida en un delito de homicidio.

El problema causal en Derecho penal consiste, pues, en establecer, en los casos más complicados, los criterios que deben utilizarse para determinar, entre todos los factores que han causado un resultado, aquéllos que pueden ser considerados relevantes desde el punto de vista jurídico y, por tanto, desde este punto de vista, adecuados para impu-

tar ya en el plano objetivo u objetivable ese resultado a una persona. En este sentido, aunque se puedan admitir como punto de partida, los criterios de previsibilidad objetiva y diligencia debida son demasiado vagos e imprecisos en orden a delimitar los procesos causales jurídicamente relevantes. Por eso las teorías de la causalidad, en sus distintas vertientes, se han venido completando en los últimos años con criterios normativos, coincidentes en su mayor parte con los de la *teoría de la imputación objetiva* elaborada en Alemania por Claus ROXIN, que cada vez cuenta con más partidarios en la doctrina y que está siendo también acogida por la jurisprudencia más reciente.

### **3. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LÍMITES. REMISIÓN A OTRO LUGAR**

Hoy en día existe unanimidad en la Dogmática jurídico-penal en que la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción. En el proceso de depuración y selección de los factores causales jurídicamente relevantes se impone la utilización de criterios de carácter normativo extraídos de la propia naturaleza del Derecho penal que permitan, ya en el plano objetivo, delimitar la parte de la causalidad jurídicamente relevante. La previsibilidad objetiva, la evitabilidad del resultado, la relevancia jurídica, etc., no son más que fórmulas abstractas que poco sirven para resolver los casos más conflictivos. Previsible y evitable objetivamente es casi todo y, en todo caso, el ámbito de prohibición jurídico-penal sólo puede comenzar allí donde se constate la realización de una acción que exceda de lo jurídicamente permitido. De un modo general se puede decir que toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites de lo permitido es ya suficiente para imputar el resultado que suponga realización de ese riesgo no permitido. Sin embargo, y en algún caso excepcional, la creación de un riesgo no permitido puede ser irrelevante penalmente si no entra dentro del ámbito de protección del precepto penal que prevea esa conducta como delictiva.

La *creación de un riesgo no permitido*, lo que ya supone por lo menos una falta de diligencia, la consiguiente *realización de ese peligro o riesgo en un resultado* y la *producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida* son, pues, los criterios

que hay que aplicar para, a partir del establecimiento de una conexión causal, imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó.

Con ayuda del primer criterio se pueden resolver casos en los que no hay creación ni incremento del riesgo porque el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida. Por ejemplo: el médico inyecta indebidamente procaina al paciente produciendo su muerte, pero ésta también se hubiera producido de haberse empleado novocaína, que era lo aconsejable; el automovilista, conduciendo a más velocidad de la permitida, atropella al ciclista embriagado, que igualmente hubiera sido atropellado aunque el conductor hubiese conducido el vehículo a la velocidad permitida. En estos dos ejemplos el resultado sólo puede imputarse al médico o al automovilista si se demuestra claramente que, con su acción indebida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado.

El segundo criterio sirve para excluir la imputación de resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos. Así, por ejemplo, es cierto que quien dispara contra otro crea un riesgo no permitido de producción de la muerte de éste —primer criterio—. Pero si la víctima muere en un accidente de la ambulancia que le llevaba al hospital, el sujeto que le disparó no responderá del resultado muerte (homicidio consumado) porque éste no ha sido consecuencia del riesgo creado con el disparo. Del mismo modo, si el resultado se produce por la acción posterior dolosa de un tercero, tampoco podrá ser imputado a quien creó el riesgo inicial de su producción de un modo imprudente: la víctima del accidente causado por imprudencia muere posteriormente, mientras convalecía de sus heridas en el hospital, como consecuencia de las puñaladas que le infirió un enemigo que entró subrepticamente en su habitación (*prohibición de regreso*).

El tercer criterio sirve para solucionar casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transforma en un resultado lesivo, éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma. Los casos a los que afecta este problema son muy diversos y complejos. Entre ellos se incluyen los supuestos de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Así, por ejemplo, inducir a alguien a beber más de la cuenta o a realizar ejercicios acrobáticos en una cuerda floja, salvo que se trate de una inducción al suicidio ya de por sí constitutiva de un delito específicamente tipificado en el Código penal (art. 143), es ciertamente una forma de incrementar

el riesgo de que se produzca un accidente, pero no parece que entre dentro del fin de protección de la norma proteger a quienes consciente y voluntariamente se exponen a peligros, bien aceptando apuestas («ruleta rusa»), bien participando voluntariamente en una actividad peligrosa (copiloto de un coche de carreras). Todos estos resultados caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal y, por ello, deben ser excluidos del ámbito jurídico-penal relevante.

Estos problemas se plantean generalmente en los delitos imprudentes, ya que es allí donde la «mala suerte» y una serie de circunstancias más o menos imprevisibles determinan la producción de un resultado a veces completamente distinto y contrario al pretendido por su causante. Por el contrario, en el delito doloso el problema apenas se plantea, o se plantea de modo diferente, porque en este caso el sujeto hace todo lo que puede por producir el resultado que pretende. Si a pesar de ello éste no se produce, habrá tentativa; y lo mismo sucede cuando el resultado se produce, pero de un modo completamente anómalo e imprevisible: la víctima de un asesinato intentado muere en el hospital a consecuencia de un incendio (cfr. *infra* capítulos XVI y XVII).

#### 4. VALORACIÓN CRÍTICA

En realidad, el problema causal se ha exagerado tanto cuantitativa como cualitativamente. Desde el punto de vista cuantitativo, porque, aunque se estudie en la Parte General, prácticamente sólo afecta a los *delitos de resultado o de consecuencias dañosas*, como los casos de daños materiales, incluyendo aquí también los atentados al medio ambiente, los estragos, etc., el homicidio y las lesiones, o a aquéllos en los que estos resultados aparecen como cualificaciones de un delito, como en el delito de terrorismo (art. 572,2,1º Cp), lo que a veces plantea graves problemas causales difíciles de resolver apriorísticamente. Y desde el punto de vista cualitativo, porque, independientemente de la teoría causal que se siga, la afirmación de una relación de causalidad no es todavía suficiente para imputar objetivamente un resultado al que lo ha causado.

El problema causal fue importante en otras épocas porque, por imperativo del *versari in re illicita* y de la *responsabilidad por el resultado*, bastaba la causación de un resultado para que, sobre todo si éste se derivaba de la comisión de un hecho ilícito, se le imputara al causante sin más exigencias ulteriores. Actualmente el problema se resuelve li-

mitando la responsabilidad ya en el plano objetivo con criterios normativos extraídos de la propia naturaleza del Derecho penal y trasladándolo al tipo de injusto del hecho imprudente, pues ya en el ámbito de la *tipicidad* (es decir, de lo relevante penalmente), por imperativo de lo que dispone el art. 5 del Código penal y del llamado *principio de culpabilidad*, sólo aquellos resultados delictivos que, al menos, sean atribuibles a imprudencia de su causante pueden ser considerados típicos y, en su caso, dar lugar a responsabilidad penal. Los casos más conflictivos de *imputación objetiva* de un resultado deben, por consiguiente, tratarse como problemas de esta forma de imputación típica: la imprudencia. Si ni siquiera se da este estadio mínimo, habrá *caso fortuito* y el resultado no podrá ser imputado penalmente (cfr. *infra* capítulo XVII).

Otras veces el problema no es la determinación o la prueba de la existencia de la causalidad, sino la imputación del resultado cuando este *resultado se produce a largo plazo*, después del enjuiciamiento de la acción que lo produjo, como en situaciones de coma que se prolongan durante años y que terminan en la muerte de la víctima o de contagio de una enfermedad (por ejemplo: SIDA) que produce la muerte al cabo de varios años, lo que obviamente no se puede resolver con la mera constatación empírica de la causalidad, sino con ayuda de factores de carácter normativo. En cambio, en otros casos, sobre todo relacionados con la *responsabilidad por el producto*, el Tribunal Supremo ha llegado a dar por probada una relación de causalidad entre una acción (manipulaciones y mezclas de aceite) y un resultado (intoxicación, lesiones y muerte de centenares de personas) sobre la base de una *causalidad general*, epidemiológica o estadística (todos los que resultaron afectados habían consumido el producto, pero no todos los que lo habían consumido resultaron afectados), aunque no se pudo identificar con certeza la causa concreta que produjo ese resultado (Cfr. STS de 23 de abril de 1992: caso del envenenamiento masivo por ingestión de aceite de colza adulterado).

(Cfr. STS de 23 de abril de 1992; a favor TORÍO LÓPEZ, 1983, pp. 221 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, 1988, pp. 28 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, 1996, pp. 980 y ss. Crítico, MUÑOZ CONDE en HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, 1995, pp. 89 y ss. También PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 75 y ss. y DÍAZ PITA, 1999, p. 524). La tendencia en estos casos y en los delitos contra el medio ambiente es sustituir el concepto de causalidad por el de probabilidad (véase, por ej., DE LA CUESTA AGUADO, 1995, p. 44), lo que confirma las críticas que contra el concepto de causalidad se dirigen en la moderna Filosofía y en la Dogmática jurídica (véase, por ej., VIVES ANTÓN, Fundamentos, p. 309).

No obstante, debe recordarse que la causalidad tiene un aspecto ontológico-empírico que vincula al juzgador. Distinto es que el juez, dentro de los límites que le permite la *libre valoración de la prueba*, pueda dar por probada una determinada relación de causalidad dentro de los límites de lo científicamente admisible. También la imputación objetiva exige la previa determinación de la causalidad.

**Bibliografía:** Sobre la distinción entre delitos de mera actividad y delitos de resultado:

ACALE SÁNCHEZ, El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, Granada 2000; VARGAS PINTO, Delitos de peligro abstracto y resultado, Navarra 2007.

Sobre la relación de causalidad e imputación objetiva: ALONSO ÁLAMO, Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva: a propósito de la disposición sobre la vida en el auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia, RDPC 2009; ANARTE BORRALLA, Causalidad e imputación objetiva, Estructura, relaciones y perspectivas, Huelva 2002; ARIAS EIBE, Génesis de la moderna doctrina de la imputación objetiva, RDPP 2002; BOLEA BARDÓN, Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros, ADP 1994; BUSTOS RAMÍREZ, Imputación objetiva, EPC 1987/1988; CANCIO MELIÁ, La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima («imputación a la víctima»), RDPC 1998; CORCOY BIDASOLO, Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva, ADP 1996; CUELLO CONTRERAS, Ámbito y límites de la doctrina de la imputación objetiva, CPC 2006; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, Valencia 1995; EL MISMO, Tipicidad e imputación objetiva, Valencia 1996; EL MISMO, Acerca de la tipicidad y de la imputación objetiva en el nuevo Código penal, Valencia 1996; DÍAZ PALOS, La causalidad material en el delito, Barcelona 1954; DÍAZ PITA, M., ¿Qué queda de la causalidad?, RDPC 1999; DONNA, La imputación objetiva, RDPC 1998; FELJOO SÁNCHEZ, La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*), CPC 1997; EL MISMO, Los delitos de resultado lesivo en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo: de las «teorías de la causalidad» a las «teorías de la imputación», Revista Canaria de Ciencias Penales 1999; EL MISMO, El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas, RDPC 2001; EL MISMO, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, Madrid 2007; FRISCH, Tipo penal e imputación objetiva, Madrid 1995 (traducido por Cancio Meliá, De la Gándara Vallejo, Jaén Vallejo y Reyes Alvarado); EL MISMO, Comportamiento típico de imputación del resultado, Madrid 2004; FRISCH/ ROBLES PLANAS, Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal, Barcelona 2004; GIMBERNAT ORDEIG, La causalidad en Derecho penal, ADP 1962; EL MISMO, Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad, Madrid 1966; EL MISMO, ¿Qué es la imputación objetiva?, EPC 1985/1986 (también en Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid 1990); EL MISMO, Causalidad, omisión e imprudencia, ADP 1994; EL MISMO, Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva, en Nuevas posiciones de la Dogmática jurídica penal, CDJ 2006; EL MISMO, Fin

de la protección de la norma e imputación objetiva, ADP 2008; GÓMEZ BENÍTEZ, Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, Madrid 1988; GÓMEZ RIVERO, La imputación de resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA, Valencia 1998; EL MISMO, Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo, RGDP 2008; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia 1995; HUERTA FERRER, La relación de causalidad en la teoría del delito, Madrid 1948; HUERTA TOCILDO, La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial, La Ley 1983; ÍÑIGO CORROZA, La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, Barcelona 2001; JAKOBS, Representación del autor e imputación objetiva, ADP 1991; EL MISMO, La imputación objetiva en Derecho penal, Madrid 1996 (traducción de Cancio Meliá); EL MISMO, Estudios de Derecho penal, Madrid 1997 (traducción de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá); KAUFMANN, ARMIN, ¿«Atribución objetiva» en el delito doloso?, ADP 1985 (traducción de Cuello Contreras); LARRAURI PUJOÁN, Introducción a la imputación objetiva, EPC 1987/1988; EL MISMO, Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva, ADP 1988; LAURENZO COPELLO, El resultado en Derecho penal, Valencia 1992; LESCH, Intervención delictiva e imputación objetiva, ADP 1995; LUZÓN PEÑA, Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto, comentario a la STS 20 mayo 1981, AJ 1981; MARTÍNEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva del resultado, Madrid 1992; MESTRE DELGADO, La autopuesta en peligro, La Ley Penal 2005; MIR PUIG, Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal, en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid 2001; MORSELLI, Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva, en *Homenaje a Barbero*, Cuenca 2001; PAREDES CASTAÑÓN, El caso de la colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia 1995; EL MISMO, De nuevo sobre «el caso de la colza»: una réplica, RDPC 2000; PÉREZ ALONSO, Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho penal, CPC 2007; PÉREZ DEL VALLE, La causalidad. ¿una solución procesal para un problema dogmático?, ADP 1996; EL MISMO, Relación de causalidad, imputación objetiva y tipo penal. Reflexiones sobre el caso límite de las consecuencias tardías, *Revista Canaria de Ciencias Penales* 1998; PIERANGELLI, Nexo de causalidad e imputación objetiva, en *Homenaje a Serrano*, Madrid 2006; PUPPE, Causalidad, ADP 1992; EL MISMO, La imputación objetiva: presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales, traducción de García Cervero, Granada 2001; REQUEJO CONDE, «Contergan»: la historia de un delito, CPC 1998; REYES ALVARADO, Fundamentos teóricos de la imputación objetiva, ADP 1992; EL MISMO, Intervención delictiva e imputación objetiva, ADP 2007; ROMEO CASABONA, Causalidad, determinismo e incertidumbre científica en el derecho penal, RGDP 2007; ROMERO, G., La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión, CPC 1983; ROXIN, Problemas básicos del Derecho penal, Madrid 1976 (traducción de Luzón Peña); EL MISMO, La problemática de la imputación objetiva, CPC 1989; EL MISMO, Finalidad e imputación objetiva, CPC 1990; EL MISMO, Injerencia e imputación objetiva, RP 2007; RUEDA MARTÍN, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Zaragoza

2000; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Desviaciones del curso causal e imputación objetiva: algunas consideraciones, AP 1997; SÁNCHEZ LÁZARO, Hacia la superación de la imputación objetiva del resultado, ADP 2005; SCHÜNEMANN, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid 2002; SILVA SÁNCHEZ, La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de la acción, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; TORÍO LÓPEZ, Cursos causales no verificables en Derecho penal, ADP 1983; EL MISMO, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, EPC 1985/1986; EL MISMO, Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, ADP 1986; EL MISMO, Relación de causalidad, indicaciones para una actualización, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; VARIOS, Causalidad e imputación objetiva, CDJ 1994; VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal, Valencia 1996; ZUGALDÍA ESPINAR, Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva (especial consideración de las muertes de inmigrantes en las travesías marítimas), en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008.





# CAPÍTULO XIV

## La omisión

1. Estructura ontológica de la omisión
2. La acción esperada
3. Clases de omisión penalmente relevantes
4. La omisión propia
5. La omisión impropia o comisión por omisión: el art. 11 del Código penal

### 1. ESTRUCTURA ONTOLÓGICA DE LA OMISIÓN

Como ya se dijo en el capítulo dedicado a la teoría de la acción (*supra* XII), el comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante. La conducta que sirve de base a la norma penal y que ésta regula puede consistir, pues, tanto en un hacer, como en un no hacer. El Derecho penal no sólo contiene *normas prohibitivas* sino también, aunque en menor medida, *normas imperativas* que ordenan acciones cuya omisión puede producir efectos socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la no realización de una acción. Así, si la norma es prohibitiva, la conducta que la infrinja consistirá en una acción en sentido estricto, en un hacer (norma prohibitiva: no matar; conducta que la infringe: matar); pero si la norma es imperativa, la conducta que la infrinja consistirá en un no hacer la acción que la norma ordena (norma imperativa: socorrer; conducta que la infringe: no socorrer).

Ciertamente muchos delitos, como por ejemplo el homicidio, que en principio se derivan de una norma prohibitiva («no matar»), pueden ser realizados tanto por acción como por omisión, pero en este último caso sólo puede ser hecho responsable por omisión el que tenga un especial deber de evitar el resultado, lo que demuestra una diferencia entre la acción y la omisión que impide una equiparación valorativa entre ambas formas de comportamiento de forma general y absoluta. La distinción entre una y otra no es fácil de hacer y para llevarla a cabo hay que tener en cuenta siempre más la norma de referencia que la forma de manifestación misma de la conducta, que siempre está constituida de momentos activos y omisivos. Así, por ejemplo, en el supuesto propuesto por FLETCHER (Conceptos básicos, p. 82), la aparente inactividad del guardia en

el Palacio de Buckingham no debe considerarse como una omisión, sino como una acción en relación con una norma que impone esa inactividad como forma de una acción positiva: vigilar (cfr. *supra* capítulo XII: *concepto significativo de acción*).

La omisión en sí misma no existe. La omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí, sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada. De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe de estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión: por ejemplo, un paralítico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río. Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (voluntariedad, finalidad y causalidad) deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Así, las causas que excluyen la acción son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la omisión. La *posibilidad de acción* es, por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción, como a la omisión.

Acción y omisión no son, por tanto, dos formas ontológicamente distintas (A y B) del comportamiento humano, sino dos subclases independientes (A y no A) del comportamiento humano, susceptibles de ser regidas por la voluntad final.

## 2. LA ACCIÓN ESPERADA

La comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado es todavía insuficiente para generar un juicio de desaprobación sobre la omisión. No siempre que podemos realizar una acción (abofetear a alguien), debemos realizarla. «Omitir» es un verbo transitivo, siempre se omite «algo».

La omisión penalmente relevante sólo puede ser, pues, la omisión de una acción esperada.

De todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, al Ordenamiento jurídico-penal sólo le interesa aquélla que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito, etc.), porque le impone el deber de realizarla.

El delito omisivo consiste siempre, por tanto, en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar. Por tanto, el delito de omisión es siempre, estructuralmente, un delito que consiste en la *infracción de un deber*. Pero no de un deber social o moral, sino de un deber jurídico. En realidad, en el fondo de todo delito existe siempre una infracción de un deber, el deber de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión (no matar, no hurtar, etc.), pero lo esencial en el delito de omisión es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y, por tanto, esperada en el Ordenamiento jurídico.

El deber puede ser un *deber genérico*, que incumbe a cualquier persona por el hecho mismo de la convivencia (ayudar a alguien en peligro), o un *deber específico* que sólo obliga a un determinado círculo de personas (funcionarios, médicos, etc.). Pero, aun cuando exista infracción de un deber, si la lesión del bien jurídico se produce por una acción habrá un delito comisivo o activo, no uno de omisión (así, por ejemplo, si el cirujano opera con instrumental no desinfectado y el paciente muere por infección, habrá un delito de homicidio por imprudencia activo: operar sin desinfectar el instrumento; no uno omisivo: no operar). El mismo proceso causal puede ser valorado, por tanto, desde el punto de vista de una norma prohibitiva o desde el punto de vista de una norma imperativa, lo que importa es saber en cada caso cuál es la parte de ese proceso causal que interesa penalmente hablando. También los presupuestos de la penalidad que hay que probar en un proceso penal son diferentes según se trate de una acusación por un delito de acción o uno de omisión (cfr. *infra* 3.c).

Por eso la omisión penalmente relevante no puede ser comprendida en un plano exclusivamente ontológico y hay que referirse a las categorías de la tipicidad y la antijuricidad (cfr. *infra* capítulos XV, XVI, XVII, XVIII) para comprender su esencia. Sin embargo, metodológicamente es correcto estudiarla en este lugar porque desde el primer momento hay que dejar sentado que la omisión es una forma del comportamiento humano que, igual que la acción en sentido estricto, sirve de base a todas las categorías de la Teoría del Delito. De ahí que en la norma que prescribe el principio de legalidad, contenida en el art. 1 Cp, se destaque, ante todo, que el presupuesto de la sanción penal debe ser una acción o una omisión.

### 3. CLASES DE OMISIÓN PENALMENTE RELEVANTES

En Derecho penal, el delito omisivo aparece de varias formas:

a) Como *delitos de omisión pura o propia*, en los que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más. Estos delitos de omisión pura equivalen a los delitos de simple actividad.

Ejemplos de estos delitos en el Código penal son la omisión del deber de socorro, art. 195; la omisión del deber de impedir determinados delitos, art. 450; dejar de promover la persecución y castigo de los delincuentes, art. 408; no prestar la debida cooperación a la Administración de Justicia, art. 412,1; incumplir el deber legal alimentario establecido en un convenio judicial, art. 227,1; etc.

b) Como *delitos de omisión y resultado*, en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que se conecta causalmente.

Así, por ejemplo, el art. 305 castiga la defraudación a la Hacienda Pública por acción u omisión; y el art. 432 a la autoridad o funcionario público que consintiere que un tercero sustraiga caudales públicos, entendiéndose por «consentir» también el simple «dejar» o «permitir» que otro lo haga, etc.

c) Como *delitos de omisión impropia, o de comisión por omisión*, en los que, al igual que en el supuesto anterior, la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo, pues, un problema de interpretación dilucidar cuándo la forma omisiva puede ser equiparada a la activa que sí se menciona expresamente en la ley.

Ejemplo: dejar morir de hambre a un niño recién nacido no está expresamente tipificado en ninguno de los distintos delitos contra la vida; sin embargo, todos admiten que dicha omisión debe ser equiparada a la acción de matar y conectada causalmente con el resultado muerte. Pero no siempre puede equipararse causar la muerte de una persona, mediante acciones en sentido estricto, y dejar simplemente que muera sin prestarle ayuda (véase *infra* 5).

La equiparación y equivalencia de la omisión, no mencionada expresamente en el tipo legal, a la acción en sentido estricto, descrita legalmente, debe realizarse con sumo cuidado si no se quiere lesionar el principio de legalidad y el principio de intervención mínima, que impide equiparar con la misma sanción comportamientos cualitativamente diferentes.

Veamos ahora con alguna mayor precisión las particularidades de los dos principales grupos de delitos omisivos.

#### 4. LA OMISIÓN PROPIA

Esta forma de omisión consiste simplemente en la infracción de un deber de actuar. Así, por ejemplo, en el delito de omisión del deber de socorro previsto en el art. 195,1 el deber de socorrer surge de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) que exige una intervención de socorro o auxilio. La no prestación de esa intervención (no socorrer), posible y esperada, constituye una omisión penalmente relevante, a la que posteriormente suelen añadirse otros elementos que delimitan el ámbito de exigencia (poder hacerlo sin riesgo propio; que se le hubiera pedido intervención en forma directa y personal, etc.).

En el ámbito subjetivo, la imputación a título de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención que el sujeto tiene, y que éste se sustraiga voluntariamente, a pesar de ese conocimiento, a la obligación de actuar. La imprudencia, generalmente no punible en los delitos de omisión pura o propia, puede surgir tanto de la negligencia en la apreciación de la situación típica (creencia errónea en la falta de gravedad de un accidente) o de las propias posibilidades de intervención, como de la falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada (cfr. *infra* capítulos XVI y XVII). Igualmente la antijuricidad y la culpabilidad, lo mismo que en los delitos de acción, deberán ser examinadas una vez afirmada la tipicidad de la omisión (cfr. *infra* capítulos XV y ss.).

#### 5. LA OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN: EL ART. 11 DEL CÓDIGO PENAL

Como ya se ha dicho, una problemática especial, dentro de la omisión, presentan los casos llamados de comisión por omisión, o de omisión impropia. En ellos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Así, por ejemplo, nadie duda en incluir en la acción típica del homicidio el comportamiento de la madre que deja morir de hambre al recién nacido, el de la enfermera que no conecta el suero al cuerpo del enfermo, o el del secuestrador que no da la comida al secuestrado encerrado en una celda aislada. En todos estos casos, incluso en el lenguaje coloquial, se puede decir que

la omisión equivale a la acción y que, por tanto, también constituye una acción de matar el dejar morir a una persona en estas circunstancias. Esta *cláusula de la equiparación valorativa* o *cláusula de equivalencia* entre acción y omisión es, por consiguiente, como reconoce el propio art. 11, el punto de partida para imputar un determinado resultado a un simple no hacer.

Sin embargo, no siempre hay unanimidad a la hora de equiparar la omisión a la acción respecto a un resultado prohibido. El mismo art. 11 pone de relieve que la equiparación no es sólo un problema lingüístico y que es necesario añadir los fundamentos sobre los que se apoya materialmente esa equiparación.

Efectivamente, si en lugar de los ejemplos anteriores ponemos otros, rápidamente veremos que la cuestión no es tan fácil como a primera vista pudiera parecer.

¿Ayuda al suicidio (art. 143) quien no corta la soga del que se está ahorcando, no cierra la llave de gas o no procura auxilio al suicida gravemente herido?

¿Comete estafa (art. 248) quien simplemente omite declarar defectos relevantes de la cosa que vende a un tercero?

¿Mata (art. 138) quien no avisa a tiempo al peatón (que puede ser su hijo o su cónyuge) de que se le viene encima un automóvil, o el que no presta auxilio a un accidentado que se está desangrando en un lugar solitario?

¿Sustrahe (art. 234) quien observa cómo actúa un carterista y no avisa a la víctima?

¿Viola (art. 179) quien no interviene mientras sus compañeros acceden carnalmente con violencia a una mujer?

Aunque en muchos de estos casos cabe ya una responsabilidad por la simple omisión (cfr. *supra* 4), lo que aquí se plantea es si el sujeto que no actúa, deja hacer u omite, responde también de la muerte, la defraudación, el hurto o la violación.

La diferencia entre omisión y comisión por omisión es más que una cuestión teórica: léanse los arts. 138 y 195, compárense las penas allí previstas y luego inténtese fundamentar por qué dejar de socorrer a una persona puede ser una simple omisión del deber de socorro castigada con multa o, por el contrario, un delito de homicidio o incluso de asesinato castigado con penas privativas de libertad mucho más graves.

En el art. 11 se pretende resolver este problema con una fórmula que, como luego se verá, no está exenta de objeciones, pero que en todo caso ofrece a la praxis una base legal y unas directrices para que, cuan-

do llegue el caso, pueda resolverlo sin recurrir a criterios extralegales o puramente doctrinales que pueden infringir el *principio de legalidad*. Quizás el art. 11 sea criticable en su redacción concreta, pero lo que no se puede discutir es que, por lo menos, ofrece al intérprete y al aplicador del Derecho penal una fórmula que le oriente a la hora de tomar una decisión. Dice el art. 11:

«Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo 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 equipará 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».

La respuesta que da el art. 11 al problema de la equiparación entre acción y omisión, a los efectos de imputar a la omisión la producción de un determinado resultado, se basa, por un lado, en la equivalencia entre la omisión y la causación de un resultado «según el sentido del texto de la Ley» y, por otro, en la existencia de un «especial deber jurídico» de evitar el resultado basado en la ley, el contrato o el riesgo para el bien jurídico protegido creado por el omitente. Son, pues, dos las cuestiones que hay que resolver para poder afirmar esa imputación de un resultado a una omisión: a) la relación causal entre la omisión y el resultado producido; y b) el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión (posición de garante).

*a) Omisión y resultado en los delitos de comisión por omisión.  
La equivalencia entre acción y omisión*

En primer lugar, se debe establecer la equivalencia entre omisión y causación «según el sentido del texto de la Ley». El delito realizado en comisión por omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión; para ello debe buscarse un criterio que permita equiparar la omisión a la causación de ese resultado. Aunque algunos autores hablan a estos efectos de «causalidad de la omisión», realmente la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión (*ex nihilo nihil fit*). Lo que importa en la imputación de un resultado a una conducta omisiva o, si se prefiere la terminología clásica, en la comisión por omisión, es la constatación de una *causalidad*



*hipotética*, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si se da por seguro o, por lo menos, como muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá indagar si cabe también la *imputación objetiva* del resultado al sujeto de la omisión. Para ello habrá que utilizar hipotéticamente los criterios antes señalados de las teorías de la causalidad de la equivalencia y de la adecuación, pero también los de la imputación objetiva (incremento del riesgo, realización del riesgo implícito en la acción peligrosa en el resultado y fin de protección de la norma). Es decir, habrá que plantearse si la realización de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado, si su omisión suponía una falta de diligencia, si se incrementaba el riesgo de producción del resultado, etc. La *evitabilidad del resultado* es, pues, el criterio que, matizado y completado con los derivados de las teorías de la causalidad y de la imputación objetiva, nos permite imputar ese resultado a una conducta omisiva. A ello hay que añadir, además, el requisito general de toda omisión de que el sujeto debe tener la capacidad necesaria para poder realizar la acción que omite. Todo esto es lo que, según el art. 11, permite imputar un determinado resultado a una conducta puramente omisiva.

*b) El deber de evitar el resultado (la posición de garante):  
fuentes de este deber*

A diferencia de lo que sucede en el delito de acción, en el delito de comisión por omisión, para imputar un resultado al sujeto de la omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo. Es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión. Esto es lo que el art. 11 llama «especial deber jurídico del autor». Esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: *posición de garante*. Así que, en los delitos de comisión por omisión, sujeto activo no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino sólo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo (los delitos de comisión por omisión son, pues, *delitos especiales*, cfr. *infra* capítulos XV y XXVII).

El art. 11 propone como indicadores de un especial deber jurídico de actuar: *la ley, el contrato y el actuar precedente*.

Es evidente que la madre o el padre del recién nacido tienen especial obligación de alimentarlo para que no muera; o que el médico tiene obligación de atender al accidentado y procurar salvarlo; o que el que maneja una sustancia explosiva tiene obligación de evitar que se produzca una explosión o incendio, etc. En estos casos, la omisión de la acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, sino, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de ese resultado por omisión (por ejemplo: homicidio en comisión por omisión). La razón de ello está en que un precepto legal, la asunción de una especie de deber contractual derivado del ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo.

Pero no siempre se puede fundamentar directamente en alguna de estas tres fuentes la posición de garante y, sin embargo, la más elemental sensibilidad jurídica dice que el sujeto que omite debe responder del resultado. Por eso la mención que realiza el art. 11 de la ley, el contrato y el actuar precedente sólo debe tomarse en un sentido puramente indicativo, pues ya hace tiempo que la doctrina ha criticado esta reducción de las fuentes de la posición de garante a criterios puramente formales, que no agotan otras posibilidades de fundamentación de la misma dentro del respeto que merece el principio de legalidad y el contenido material de los respectivos tipos delictivos.

Piénsese, por ejemplo en la convivencia *de facto* de una pareja no casada y, por tanto, sin obligaciones legales ni contractuales específicas derivadas de esa situación. ¿Podría decirse que, a lo sumo, hay pura omisión del deber de socorro (art. 195,1), y no un homicidio en comisión por omisión, si uno de los miembros de la pareja deja morir sin prestarle ayuda a quien convive con él desde hace años, o a un hijo pequeño de la persona con la que convive? ¿Tiene la misma responsabilidad el médico especialista en primeros auxilios que pasa de largo ante un accidente que la persona que hace lo mismo sin tener especiales conocimientos médicos o de primeros auxilios? Para evitar, pues, un excesivo formalismo de las fuentes de la posición de garante conviene considerar las fuentes que pueden fundamentar la posición de garante en un sentido menos rígido. Dentro de esta tendencia doctrinal a fundamentar la posición de garante de manera menos formalista, y en una primera aproximación al tema, podemos decir que sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido

pueden ser consideradas garantes de la integridad de ese bien jurídico, aunque no exista un precepto legal, contrato o actuar precedente concreto que fundamente expresamente ese deber. En este sentido, cabría reducir las fuentes de la posición de garante a dos grandes grupos, que analizamos seguidamente:

### *I) Función protectora de un bien jurídico*

1º) En virtud de una vinculación natural que se da, sobre todo, en el ámbito familiar entre los cónyuges, entre padres e hijos, etc., y que impone obligaciones de alimentos, cuidados, etc.; pero también se da en el ámbito de la convivencia *de facto*, relaciones de amistad, etc. En estos casos puede haber, más allá de la ley, del contrato o del actuar precedente, una posición de garante respecto a la vida, la integridad física y la salud de familiares, allegados, compañeros y amigos. El que omite el cumplimiento de estos deberes responde de los resultados de su omisión, aunque su posición de garante no se fundamente en un precepto legal directo, sino en la propia idea del fin de protección de bienes jurídicos que tiene la norma penal.

2º) El desempeño voluntariamente aceptado de determinadas funciones en una comunidad de peligros también puede fundamentar una posición de garante, que se basa más en el principio de confianza que en el contrato o en el actuar precedente. Se dan casos de este tipo sobre todo en la práctica de deportes colectivos, como el alpinismo, que impone la obligación de realizar determinadas acciones (clavar clavos, lanzar la cuerda, etc.) para ayudar a los demás participantes.

3º) Una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras, que se da sobre todo en el ámbito de la medicina (servicios de urgencia, primeros auxilios, por ejemplo), de los salvavidas contratados en las piscinas públicas o clubes privados, de los encargados de la custodia de los niños pequeños, etc., y, en general, en todas aquellas personas que, de forma expresa o tácita, asumen la obligación de impedir determinados resultados. Obligación que constituye precisamente el objeto de su aceptación, pero que no siempre puede fundamentarse en la ley o en un contrato.

### *II) Deber de vigilancia de una fuente de peligros*

En este grupo destaca sobre todo la idea del *actuar precedente* o de la *injerencia*. Por ejemplo, con relación a la posesión de animales

domésticos, manipulación de sustancias explosivas o inflamables, etc. Quien con una acción ha creado el peligro inminente de un resultado, tiene la obligación de impedir su producción. Así, por ejemplo, quien hace fuego en el bosque para calentarse o para preparar una comida tiene la obligación de procurar que el fuego no degenera en el incendio del bosque, respondiendo del incendio en caso de que se produzca; quien atropella con su automóvil a un peatón tiene la obligación de atenderlo o transportarlo a un hospital y si no lo hace responderá del resultado muerte, si éste se produce. Igualmente, quien tiene un perro agresivo tiene la obligación de controlarlo y de procurar que no ataque a nadie.

La amplitud e indeterminación de los deberes que surgen de las relaciones indicadas y el sentimiento valorativo enraizado en fuertes tradiciones culturales que, en algunos casos, considera menos grave, por ejemplo, el dejar morir que matar, dificultan una plena *equiparación de la omisión con la acción* a los efectos de imputar un determinado resultado. Cuando ese sentimiento valorativo es favorable a la equiparación, es relativamente fácil encontrar un fundamento a la posición de garante, incluso más allá de la relación jurídica que une a las personas. Así, por ejemplo, nadie duda en considerar una forma de matar que la madre deje morir de hambre a sus hijos pequeños, o que el hijo lo haga con su padre desvalido. La posición de garante podría igualmente fundamentarse en relaciones de dependencia generadas por una relación de convivencia análoga a la familiar (vida en pareja, obligación de cuidar también de los hijos del compañero sentimental, etc.). La cuestión, sin embargo, ya no está tan clara cuando la situación de peligro para el bien jurídico se debe a la propia voluntad de su titular (por ejemplo, en caso de suicidio) y el garante se limita a respetar esa voluntad. Normalmente en este caso la responsabilidad no pasará de los límites de la omisión pura (art. 195) y no constituirá un delito de cooperación al suicidio (art. 143), aunque la solución en algún caso concreto es discutible. En relación con la *omisión de tratamientos médicos salvadores y de alimentación forzosa en caso de huelgas de hambre*, el problema está en que en estos casos, en la medida en que el afectado está en condiciones de elegir libremente, la decisión y, por tanto, la posición de garante corresponde al propio afectado y no al tercero (médico o funcionario). Más discutible es la cuestión cuando se trata de menores (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, que anula dos sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas de 27 de junio de 1997, en las que se castigaba por homicidio doloso en comisión por omisión a las padres, testigos de Jehová, de un menor de 13 años que murió por no habersele practicado una transfusión de sangre; de todos modos no queda claro si la transfusión de sangre hubiese salvado la vida del joven, y, en todo caso, se considera prioritario respetar la libertad religiosa del menor; cfr. *infra* capítulo XXIV.7; ROMEO CASABONA, 1998, pp. 37 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, 2004, p. 931). Lo mismo pasa en las relaciones contractuales que imponen deberes de ayudar al que se encuentre en peligro, pero no hasta el punto de impedir que otro se exponga voluntariamente al mismo. Si, por ejemplo, el instructor de vela advierte al alumno que la mar está picada y que es peligroso que salga con el barco, su obligación de salvamento no será superior a la de cualquier

otra persona. Pero si, por ejemplo, se trata de un socorrista que ve como alguien se está ahogando en la piscina, su obligación no será ya simplemente la de socorrer como cualquier otro ciudadano, sino la de intentar evitar el resultado, respondiendo de éste, a título de dolo o imprudencia, si el bañista se ahoga por su inactividad.

La diversidad y complejidad de las situaciones que pueden darse dificultan una solución de este problema en la Parte General, debiéndose siempre tener en cuenta el ámbito de protección del respectivo tipo delictivo en la Parte Especial, en la que algunas veces el legislador ha resuelto expresamente el problema, bien equiparando expresamente acción y omisión (cfr. arts. 385; 432,1; etc.), bien, aunque discutible, excluyendo la posibilidad de la comisión por omisión (cfr. art. 143,4); mientras que en otras situaciones ha dejado en manos de la doctrina y jurisprudencia por la *vía de la interpretación*, el deber de resolver en el caso concreto, *sin recurrir a la analogía*, cuándo la no evitación del resultado equivale a su causación.

**Bibliografía:** ALCÁCER GUIRAO, Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; BACIGALUPO ZAPATER, Conducta precedente y posición de garante, ADP 1970; EL MISMO, La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código penal, en El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, CDJ 1996; EL MISMO, Delitos impropios de omisión, Madrid 2006; BAJO FERNANDEZ, La nueva Ley de autonomía del paciente, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión como problema dogmático, ADP 1997; CUERDA ARNAU, Límites constitucionales de la comisión por omisión, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; CHOCLÁN MONTALVO, Sobre el tipo del delito de comisión por omisión, AP 1994; DEMETRIO CRESPO, Responsabilidad penal por omisión del empresario, Madrid 2009; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Omisión e injerencia en Derecho penal, Valencia 2006; GIMBERNAT ORDEIG, Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento, ADP 1987 (también en Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid 1990); EL MISMO, Causalidad, omisión e imprudencia, ADP 1994 (también en La comisión por omisión, CDJ 1994); EL MISMO, El delito de omisión impropia, RDPC 1999; GÓMEZ PAVÓN, Dolo y formas imperfectas en los delitos de omisión (a propósito de la reciente jurisprudencia de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo en esta materia), AP 1994; GONZÁLEZ SERRANO, Delincuencia de omisión, ADP 1951; GRACIA MARTÍN, Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante), en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid 2001; HUERTA TOCILDO, ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?, CPC 1982; EL MISMO, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Madrid 1987; EL MISMO, Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995, Valencia 1997; JAKOBS, La imputación penal de la acción y de la omisión, ADP 1996; JESCHECK, Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Jornadas sobre la «Reforma del Derecho penal en Alemania», Madrid 1992; KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, Madrid 2006; LACRUZ LÓPEZ, Comporta-

miento omisivo y Derecho penal, Madrid 2004; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, La omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; LUZÓN PEÑA, Nota a la STS 3 de marzo de 1980, RDCirc. 1980; EL MISMO, La posición jurisprudencial sobre la omisión de socorro a la víctima y su repercusión sobre los requisitos del dolo en dicha omisión de socorro, PJ 1986; MACIÁ GÓMEZ, La evolución jurisprudencial española respecto a la posición de garante, RGDP 2009; MANTOVANI, La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid 2001; MUÑOZ CONDE, Una nueva imagen del Derecho penal español, recensión a Quintero Olivares (dir.), Comentarios al nuevo Código penal, RDPC 1998; NÚÑEZ PAZ, Omisión impropia y Derecho Penal (acerca del artículo 11 del Código Penal español), RP 2007; EL MISMO, Notas sobre la acción, la omisión y la comisión por omisión, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; PAREDES CASTAÑÓN, De nuevo sobre «el caso de la colza»: una réplica, RDPC 2000; PASTRANA I ICART, Infracción de los deberes de intervención del funcionario de prisiones y artículo 11 CP, PJ 1998; PORTILLA CONTRERAS, La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad, en Homenaje a Torío, Granada 1999; EL MISMO, La omisión del deber de socorro, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; QUINTANO RIPOLLÉS, Delito de omisión, NEJ V, 1953; EL MISMO, Delito de comisión por omisión, NEJ VI, 1954; REBOLLO VARGAS, Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, Pamplona 2005; RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro en el Código Penal, Madrid 1966; EL MISMO, El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia, ADP 1973; EL MISMO, La cláusula general sobre la comisión por omisión, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; ROMEO CASABONA, Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; EL MISMO, ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?, RDPC 1998; ROXIN, Problemas básicos del Derecho Penal, Madrid 1976 (traducción de Luzón Peña); EL MISMO, Injerencia e imputación objetiva, RP 2007; SAINZ CANTERO, El delito de omisión del deber de socorro, RGLJ 1960; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del artículo 23 del Código penal, AP 1999; EL MISMO, Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal, CPC 1999; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LUNCH, La comisión por omisión en el Código penal de 1995, La Ley 1999; SCHÖNE, Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión, CPC 1977; SCHÜNEMANN, Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, PJ 1998; EL MISMO, Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia, Madrid 2009; SERRANO PIEDECASAS, Crítica formal del concepto de omisión, ADP 1993; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión: Concepto y sistema, Barcelona 1986; EL MISMO, Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario, CPC 1989; EL MISMO, Política criminal y reforma legislativa en la «comisión por omisión», en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; EL MISMO, «Comisión» y «omisión». Criterios

de distinción, en *La comisión por omisión*, CDJ 1994; EL MISMO, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código penal*, La Ley 1996; EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997; STRUENSEE, *La estructura de los delitos de omisión imprudentes*, RDPC 2005; TERRAGNI, *Omisión impropia y posición de garante*, RDPC 1996; TORIO LÓPEZ, *Aspectos de la omisión especial de socorro*, ADP 1967; EL MISMO, *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*, ADP 1984; VARIOS, *La comisión por omisión*, CDJ 1994; VARIOS, *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*; *Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al Profesor Claus Roxin*, Madrid 1994; VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 1996; EL MISMO, *Acción y omisión: tres notas a un status quaestionis*, en *Homenaje a Ruiz Antón*, Valencia 2004; ZUGALDÍA ESPINAR, *Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del art. 489 bis del Código penal*, CPC 1984.

# CAPÍTULO XV

## Tipicidad

1. Tipicidad y tipo
2. Tipo y antijuricidad: tipo de injusto
3. Tipo y adecuación social
4. Estructura, composición y clasificación de los tipos penales
  - A) Configuración y redacción de los tipos penales
  - B) Estructura y clasificación de los tipos penales

Una vez estudiadas en los capítulos precedentes las dos formas, activa y omisiva, del comportamiento humano sustrato de la definición delictiva, así como la relación existente entre ellas y los resultados que producen, procede ahora estudiar las categorías cuya presencia convierte ese comportamiento humano en delito. Como ya se ha dicho, estas categorías son la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y, en algunos casos, la penalidad.

De modo general se puede decir que toda acción u omisión es delito si infringe el Ordenamiento jurídico (antijuricidad) en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad), siempre que no existan obstáculos procesales o punitivos que impidan su penalidad.

### 1. TIPICIDAD Y TIPO

De estas tres categorías la primera y más relevante, desde el punto de vista jurídico-penal, es la tipicidad. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del *principio de legalidad*, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.

Ningún hecho, por antijurídico que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, si no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona —conforme al *principio de interven-*



*ción mínima*— aquéllos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o de intervención legalizada (véase *supra* capítulo V).

Esto no quiere decir que el legislador tenga que describir con toda exactitud y hasta sus más íntimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito. Ello supondría una exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias, desembocaría en un casuismo abrumador que, de todos modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal. La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el *tipo*. Tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.

El tipo tiene en Derecho penal una triple función:

a) Una *función seleccionadora* de los comportamientos humanos penalmente relevantes.

b) Una *función de garantía*, en la medida en que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.

c) Una *función motivadora* general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.

## 2. TIPO Y ANTIJURICIDAD: TIPO DE INJUSTO

La antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del Ordenamiento jurídico. La antijuricidad es un concepto unitario válido para todo el Ordenamiento jurídico, de tal forma que lo que es antijurídico en una rama del Derecho lo es también para las restantes ramas.

Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad, sólo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico-penal.

La tipicidad de un comportamiento no implica, sin embargo, la antijuricidad del mismo, sino, a lo sumo, un *indicio* de que el comportamiento puede ser antijurídico (*función indiciaria del tipo*). Del hecho de que A haya matado a B, o haya dañado una cosa mueble de C, no se desprende, sin más, que el comportamiento de A sea antijurídico. Ciertamente A puede haber realizado un tipo de homicidio o de daños, pero su hecho puede estar justificado, es decir, no ser antijurídico, por la concurrencia de alguna causa de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, etc. De lo dicho se desprende que tipo y antijuricidad son dos categorías distintas del delito. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad (*ratio cognoscendi*), pero no se puede identificar con ella (*ratio essendi*).

La identificación entre tipo y antijuricidad conduce a considerar las causas de justificación como *elementos negativos del tipo*, de tal forma que el que, por ejemplo, mate en legítima defensa, ni siquiera realizaría el tipo de delito de homicidio, sino un nada jurídico-penal o, como dice WELZEL criticando esta teoría, su acción sería, desde el punto de vista del Derecho penal, tan irrelevante como si hubiera matado una mosca. En verdad, difícilmente se puede equiparar una conducta atípica (matar una mosca) con una conducta típica pero realizada al amparo de una causa de justificación (matar a otra persona en legítima defensa). Por otra parte, la indagación sobre la antijuricidad sólo tiene sentido si previamente se ha establecido la tipicidad del comportamiento.

Las consecuencias de identificar tipo y antijuricidad se reflejan sobre todo en materia de error, pues al considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo, no hay más remedio que tratar unitariamente el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Así, por ej., incurriría en la misma clase de error (error de tipo) tanto el que dispara contra un cazador confundiéndolo con un animal de caza, como el que dispara contra un amigo confundiéndolo con un presunto agresor (*teoría de los elementos negativos del tipo*); lo que, como veremos más adelante, conduce a resultados insatisfactorios tanto teóricos como prácticos (cfr. *infra* capítulo XXIV).

Aunque en la práctica ambas cualidades de la conducta se suelen comprobar conjuntamente, nada impide que puedan y deban ser separadas conceptualmente, del mismo modo que en el análisis de un cuadro distinguimos perfectamente sus distintos elementos (color, dibujo) y valoramos cada uno de ellos por separado.

La relación entre tipo y antijuricidad puede ser más o menos estrecha. Generalmente, en el tipo se incluyen todas las características de la conducta prohibida que fundamentan positivamente su antijuricidad. Sin embargo, no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características, y hay que dejar al juez o al intérprete la tarea de buscar las características que faltan. Sucede esto, sobre todo, en los delitos imprudentes, en los que la acción prohibida tiene que ser establecida por el juez con ayuda del criterio de la «diligencia debida»; o, como ya hemos visto en el capítulo anterior, en los delitos de comisión por omisión, en los que el ámbito de la autoría tiene que ser completado con el criterio de la «posición de garante».

Lo mismo sucede con algunos tipos en los que, para saber cuál es la conducta prohibida, hay que acudir a determinadas características de la antijuricidad o a referencias normativas que se contienen en otras ramas del Derecho (*tipos abiertos y normas penales en blanco*). Así, por ejemplo, en los delitos contra la Hacienda Pública (art. 305) es necesario saber, para dar relevancia típica al comportamiento, cuáles eran las obligaciones tributarias del sujeto que presuntamente defraudó a la Hacienda. O en los delitos contra la ordenación del territorio o delitos urbanísticos (art. 319,1), cuáles son las normas administrativas que regulan la construcción en un espacio determinado. Esta forma de tipificación de comportamientos delictivos conocida como *normas penales en blanco* es, sin duda, anómala desde el punto de vista del principio de legalidad, pero a veces inevitable por la propia complejidad jurídica del supuesto de hecho tipificado que se encuentra regulado en normas de carácter extrapenal.

En estos casos, la materia de prohibición sólo se puede conocer si se tienen en cuenta estos elementos que también afectan a la antijuricidad. Pero lo que aquí interesa es que esos elementos pertenecen también a la tipicidad y, por consiguiente, si no se dan se excluye ya la tipicidad misma antes de saber si el comportamiento realizado es o no antijurídico. Esta cuestión tiene trascendencia en el ámbito del error, ya que, dependiendo de que se consideren elementos del tipo o de la antijuricidad, deberá tratarse el error sobre ellos, respectivamente, como error de tipo o como error de prohibición. Aunque no es ahora el momento de ocuparnos de esta cuestión (véase *infra* capítulo XXIV), sí conviene tener en cuenta el *carácter secuencial de la definición del delito* (cfr. *supra* capítulo XI), que obliga a tratar y resolver en cada categoría los problemas que en ella se presentan, antes de pasar a la siguiente.

La relación entre el tipo y las restantes categorías del delito también es muy estrecha, pero eso no quiere decir que se confundan. Así, por ejemplo, cuando se habla de *tipo de culpabilidad* se designan aquellos elementos que fundamentan el juicio de culpabilidad. También se habla de *tipo de delito* como el conjunto de presupuestos que deben darse para imponer una pena. Sin embargo, el nombre de tipo debe reservarse para aquella imagen conceptual que sirve para describir la conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal y que después va a ser objeto del juicio de antijuricidad, es decir, va a ser analizada desde el prisma de las causas de justificación. Se habla así de *tipo de injusto* y en este sentido va ser utilizado aquí mientras no se diga lo contrario.

### 3. TIPO Y ADECUACIÓN SOCIAL

Aunque el tipo, a diferencia de lo que pensaba su creador Ernest BELING, no es una categoría neutra valorativamente, sino que implica ya una selección de comportamientos y, por tanto, una valoración (lo típico es ya lo relevante penalmente), no es menos cierto, sin embargo, que ciertas acciones en sí típicas carecen de relevancia al ser corrientes en el ámbito social. Así, por ejemplo, la entrega de regalos de poca monta a un funcionario, o el invitarle a una copa, literalmente hablando puede constituir un tipo de cohecho; la ponderación excesiva de las cualidades de una mercancía en la propaganda comercial, un tipo de publicidad engañosa o de estafa; los golpes en el boxeo, un tipo de lesiones; etc. No obstante, se estima que, por ser comportamientos adecuados socialmente, no deben considerarse típicos y mucho menos antijurídicos.

Sin embargo, se confunden con esta teoría de la adecuación social dos planos distintos y con distinta trascendencia: el social y el jurídico. Ciertamente, lo que es adecuado socialmente, es decir, los comportamientos habituales en la sociedad aceptados y practicados por la mayoría, no deberían ser generalmente típicos, es decir, penalmente relevantes. Pero sucede muchas veces que existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que socialmente se considera adecuado. Este desfase puede llevar, incluso, a la derogación de hecho de la norma jurídica y a proponer su derogación formal, pero mientras que esto último no suceda, no puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad. La adecuación social puede ser un criterio que permita, en algunos casos, una *interpretación restrictiva* de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición. Pero ésta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada su relatividad e inseguridad. Por ello, debe rechazarse el criterio de la adecuación social

como causa de exclusión del tipo aunque mantenga toda su vigencia como criterio de interpretación y crítica del Derecho penal vigente.

#### 4. ESTRUCTURA, COMPOSICIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

##### A) CONFIGURACIÓN Y REDACCIÓN DE LOS TIPOS PENALES

El tipo —como imagen conceptual— se formula con expresiones lingüísticas que, con mayor o menor acierto, intentan describir, con las debidas notas de abstracción y generalidad, la conducta prohibida.

Para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida. Para ello hay que utilizar un lenguaje claro y preciso asequible al nivel cultural medio. Se debe ser parco en la utilización de *elementos normativos* («acreedor», «insolvencia», «ajenidad», etc.), que implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo, y emplear, sobre todo, *elementos lingüísticos descriptivos* que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo («matar», «daños», «lesiones», etc.). Sin embargo, es imposible desterrar totalmente los elementos normativos, e incluso los puramente descriptivos, como el de «morada» (empleado en la descripción del delito de allanamiento de morada), que requieren una valoración para poder ser aplicados en la práctica. Es más, algunas veces es necesario recurrir a esos términos con un significado puramente técnico porque las personas que están en condiciones de realizar la conducta típica suelen ser especialistas en la materia que conocen perfectamente el lenguaje técnico; piénsese, por ejemplo, en los «delitos de manipulación genética» y, concretamente, en el previsto en el art. 159 («alteración del genotipo»); o en los «delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos», especialmente en el precepto que se refiere al tráfico ilegal de flora «o de sus propágulos» (art. 332).

Obsérvese que en estos casos se trata directa o indirectamente de *normas penales en blanco*, aunque la utilización de conceptos y reglas técnicas no tiene necesariamente que remitir a otras ramas del Ordenamiento jurídico, sino a conceptos técnicos, para cuya interpretación hay que recurrir a los conocimientos que brindan las ciencias especializadas, más que a normas jurídicas. No obstante, también las legislaciones sectoriales, a las que se remiten las normas penales, utilizan estos conceptos e incluso dan definiciones legales que son vin-

culantes para el Derecho penal, cuando hace uso de ello. Así, por ejemplo, en los delitos relativos a la propiedad industrial, en los que se emplean términos como el de «patente», «modelo de utilidad» o «modelo industrial», que se definen en las normas relativas al derecho de la propiedad industrial. Pero otras veces el concepto técnico empleado en leyes sectoriales no coincide exactamente con la interpretación que se da del mismo en Derecho penal: así, por ejemplo, sucede con el concepto de «medicamento» utilizado en los arts. 361 y 362, que no coincide exactamente con el empleado en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos; o con el de «drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» del art. 368, que no coincide con el puramente médico, sino que se determina por referencia indirecta a las definiciones contenidas en los Convenios Internacionales existentes sobre la materia. Ello puede plantear a veces problemas de imputación en el tipo subjetivo, tanto en relación con el tipo de conocimiento requerido por el dolo (cfr. *infra* capítulo XVI), como en la determinación de la infracción del deber de cuidado que caracteriza a la imprudencia (cfr. *infra* capítulo XVII).

En todo caso debe evitarse en lo posible el *casuismo* en la descripción de las conductas prohibidas. Es imposible llegar a describir exhaustivamente todas las formas de aparición de un delito (piénsese, por ejemplo, en la estafa) y, por ello, resulta preferible utilizar *cláusulas generales*, definiciones y descripciones genéricas que reúnan los caracteres comunes esenciales a cada grupo de delito (cfr., por ejemplo, las definiciones del hurto y del robo en los arts. 234 y 237, y la definición de estafa en el art. 248,1). Deben evitarse, además, los *conceptos indeterminados* («moral», «buenas costumbres») por el peligro que representan para la seguridad jurídica de los ciudadanos, al dejar sin precisar claramente la conducta prohibida.

Algunas veces es imposible abarcar en un solo tipo las diversas formas de aparición de un mismo delito. Sucede esto cuando el delito aparece acompañado de algunas circunstancias objetivas o personales que atenúan o agravan la antijuricidad o la culpabilidad y el legislador ha creído conveniente tener en cuenta expresamente estas circunstancias para crear otros *tipos derivados del tipo básico*. Así, por ejemplo, el tipo básico del hurto se encuentra tipificado en el art. 234; pero cuando el hurto se comete acompañado de alguna de las circunstancias previstas en el art. 235 (valor artístico de la cosa sustraída, abuso de superioridad, etc.) el legislador ha previsto una agravación específica de la pena del tipo básico, creando unos *tipos cualificados*. Otras veces las circunstancias especiales atenúan la pena, como sucede en el hurto cuando el valor de la cosa sustraída no supera una determinada cantidad (art. 623,1). Es lo que se llama un *tipo privilegiado*. Tanto los tipos cualificados como

los privilegiados son simples derivaciones del tipo básico, por lo que las reglas aplicables a éstos también son aplicables a aquéllos.

Distinto es lo que ocurre cuando al tipo derivado se le añaden características y peculiaridades que lo distinguen hasta tal punto del tipo básico, que lo convierten en un *tipo autónomo*. Siguiendo con el ejemplo del hurto, cuando en el apoderamiento de la cosa mueble ajena se utiliza alguna de las circunstancias previstas en el art. 238, o se emplea violencia o intimidación, el hurto se transforma en un delito distinto, el robo, que, tanto en su vertiente de robo con fuerza en las cosas, como en la de robo con violencia o intimidación, tiene un régimen penal distinto. Así, por ejemplo, el robo, a diferencia de lo que sucede en el hurto (art. 623,1), es siempre delito, aunque la cuantía de lo sustraído sea ínfima. Lo mismo sucede en los delitos contra la vida. El tipo básico en ellos es el homicidio simple, previsto en el art. 138; pero el asesinato tipificado en el art. 139, aunque podría considerarse como una mera derivación cualificada del homicidio, ofrece tales peculiaridades, tanto en su tipicidad, como en la pena que se le asigna (cfr. también art. 140) que, a nivel técnico-jurídico, debe considerarse como delito autónomo e independiente del tipo básico.

Para saber cuándo estamos ante un tipo cualificado o privilegiado y cuándo ante uno autónomo es necesario, por tanto, acudir a la interpretación partiendo de la regulación legal concreta, sin que se puedan establecer *a priori* unos criterios vinculantes al margen de la regulación legal positiva. De un modo general se puede decir que los tipos cualificados o privilegiados sólo añaden circunstancias agravantes o atenuantes al tipo básico, pero no modifican sus elementos fundamentales. El tipo autónomo constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y un ámbito de aplicación propios, con un marco penal autónomo, etc.

## ***B) ESTRUCTURA Y CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES***

De lo dicho se desprende que en la composición de los tipos penales entran una serie de elementos de distinta procedencia y distinta significación. Por eso es imposible delimitar *a priori* todas las peculiaridades que presentan los distintos tipos delictivos. Ésta es una tarea que corresponde a la Parte Especial, que precisamente se ocupa del estudio de cada uno de los distintos tipos delictivos. En este momento lo más que se puede hacer es indicar algunas cuestiones generales que

plantean aquellos elementos que, de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos: sujeto activo, conducta y bien jurídico.

a) *Sujeto activo*. El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como «el que» o «quien». En estos casos, sujeto activo del delito puede ser cualquiera (*delitos comunes*), al margen de que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión dependiendo de que se dé o no una causa de justificación y de que tenga o no las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.

En algunos tipos delictivos se plantean, sin embargo, algunas cuestiones en relación con el sujeto activo.

En primer lugar están los *delitos plurisubjetivos*, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto, como sucede en los *delitos de convergencia* (asociación ilegal, rebelión); bien autónomamente como partes de una misma relación delictiva, como en los *delitos de encuentro* (el cohecho, en el que interviene el funcionario y la persona que lo soborna).

De estos delitos deben distinguirse los casos de *participación necesaria*, en los que intervienen también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido en el tipo. Por ejemplo: el sujeto pasivo en la violación o el acoso sexual; el menor de 18 años en los delitos relativos a la prostitución de menores, etc.

En algunos casos la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito. Nos encontramos entonces con los llamados *delitos especiales*. Sujeto activo de estos delitos sólo puede serlo aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo (por ejemplo, «deudor» en el alzamiento de bienes; «funcionario público» en la malversación de caudales públicos). Los delitos especiales se dividen en *delitos especiales propios e impropios*. Los primeros son aquéllos que no tienen correspondencia con uno común (por ejemplo, la prevaricación judicial); los segundos tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto, con punición también distinta (por ejemplo, la falsificación de documentos públicos realizada por un funcionario público, arts. 390 y 391, tiene un régimen penal más severo que la realizada por el particular, art. 392).



Estos delitos plantean especiales dificultades en relación con el tratamiento que debe darse a aquellos partícipes que intervienen en la realización del delito especial sin tener las cualidades personales exigidas en el tipo. De este problema nos ocuparemos más adelante (cfr. *infra* capítulo XXVII).

Distintos de los delitos especiales son los *delitos de propia mano*. En ellos el tipo exige la realización de una acción determinada y sólo el que se encuentre en posición de ejecutarla inmediata y corporalmente, por sí mismo, puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en el tipo legal (por ejemplo, el acceso carnal en la violación).

b) *Conducta*. En todo tipo hay una conducta, entendida como comportamiento humano (*acción u omisión*), que constituye el núcleo del tipo, es decir, su elemento más importante. La conducta viene descrita generalmente por un *verbo rector* («matar», «causar a otro una lesión», etc.), que puede indicar una acción positiva o una omisión. Cuando el tipo sólo exige la realización de la acción sin más, estamos ante los *delitos de mera actividad* (injuria, falso testimonio, etc.) o, en su caso, de *mera inactividad* (omisión pura, por ejemplo omisión del deber de socorro). En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (*delitos de resultado*, que a su vez se diferencian entre *delitos de lesión y delitos de peligro*, que veremos más adelante, cfr. *infra* capítulo XVIII).

En algunos tipos la conducta se delimita por la exigencia del empleo de algunos *medios legalmente determinados* (art. 346: estragos; arts. 351 y ss.: incendio); por *el lugar* (art. 494, manifestaciones ante la sede del Congreso o del Senado) o por *el tiempo* (arts. 609 y ss.: delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, etc.).

Según que el tipo comprenda una o varias conductas se habla de delitos simples y delitos compuestos. Los últimos se dividen en complejos y mixtos. Los *delitos complejos* se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto (por ejemplo, el art. 237 tipifica el robo con *violencia o intimidación en las personas*, medios que ya de por sí son constitutivos de delitos de coacciones o amenazas, pero que al integrarse en el robo forman un delito complejo autónomo). En los *delitos mixtos* el tipo contiene, bajo la misma conminación penal, diversas modalidades de conducta, bastando que se realice una de ellas para que se constituya el tipo (así, en el allanamiento de morada, art. 202,1, *entrar o mantenerse en morada*

ajena; o en el cohecho del art. 419, el funcionario que *recibe* o *solicita* el beneficio indebido).

Los tipos también se dividen en función de la relación psicológica entre el autor y su acción o resultado, surgiendo así los *delitos dolosos*, los *delitos imprudentes* y los *delitos con elementos subjetivos específicos distintos al dolo* (delitos de resultado cortado, de tendencia interna trascendente, etc.; cfr. *infra* capítulos XVI y XVII).

c) *Bien jurídico*. La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

Todo tipo penal debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. En ese sentido, bien jurídico es el *valor* que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad de bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma. Lógicamente se espera que, de acuerdo con el *principio de intervención mínima*, el legislador sólo utilice el Derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos. Pero esto es un *desideratum* que no siempre se cumple. De ahí la necesidad de tener presente siempre una actitud crítica tanto frente a los bienes jurídicos protegidos como frente a la forma de protegerlos penalmente (véase *supra* capítulo IV).

El concepto de bien jurídico se utiliza en Derecho penal, además, como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra el patrimonio, etc.). Según este criterio de clasificación se distingue entre bienes jurídicos individuales (vida, libertad, honor) y comunitarios, también llamados colectivos o supraindividuales (salud pública, seguridad del Estado, orden público). Esta distinción no tiene, sin embargo, un valor absoluto, ya que tan importante es para el individuo que se respeten los bienes jurídicos que le afectan directamente, como los que afectan al orden social en el que el individuo tiene que vivir y realizarse.

Distinto del bien jurídico es el *objeto de la acción*, que es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica

(por ejemplo: la cosa mueble ajena en el hurto) y que en los delitos de resultado suele ser destruida o al menos puesta en peligro (por ejemplo, la cosa dañada en el delito de daños; la vida puesta en peligro en un delito de conducción temeraria de un vehículo a motor). En algunas ocasiones pueden coincidir ambos conceptos (bien jurídico y objeto de la acción) sobre un mismo objeto (por ejemplo, en el homicidio), pero incluso en este caso se puede distinguir entre el objeto, como objeto material físico sobre el que recae la acción, y el objeto jurídico, como bien o valor ideal al que la ley reconoce su protección. Así, por ejemplo, en el hurto o en el daño el objeto material sobre el que recae la acción es la cosa (una valiosa porcelana china) y el valor ideal que se protege (la propiedad o posesión) es el bien jurídico.

Titular del bien jurídico es el *sujeto pasivo*. No siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal con el sujeto sobre el que recae la acción típica. Así, por ejemplo, en la estafa sujeto pasivo es el perjudicado patrimonialmente por el engaño, pero el engaño puede recaer sobre otra persona (un empleado, administrador, etc.). La distinción tiene importancia en algunos casos para saber quién está legitimado para consentir y disponer del bien jurídico (cfr. *infra* capítulo XXI.2). En la mayoría de los delitos que protegen bienes jurídicos de carácter comunitario el sujeto pasivo aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de *delitos vagos o que protegen intereses difusos*. En otros casos se discute la cualidad de sujeto pasivo de las personas jurídicas respecto a determinados bienes jurídicos (por ejemplo: el honor); y en otros se habla del Estado como sujeto pasivo genérico presente en todo. En realidad, el concepto de sujeto pasivo es poco preciso y sólo tiene interés para saber quién es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal en aquellos casos en que quepa disponer libremente de él (por ejemplo, la propiedad).

Por otra parte, muy importante es hoy en día el concepto de *víctima* o *perjudicado del delito*, que ha dado lugar al nacimiento de una rama de la Criminología, la *Victimología*, preocupada por la debida atención y asistencia a las personas sobre las que recaen los efectos negativos del delito. También se habla de una *Victimodogmática* que analiza la repercusión del comportamiento de la víctima (*autopuesta en peligro, puesta en peligro consentida*) en la responsabilidad del sujeto. En todo caso, por muy importante que sea la satisfacción de los intereses de la víctima no puede olvidarse que el Derecho penal es un Derecho público, cuya intervención, salvo contadas excepciones (cfr. *infra* capítulo XXV.4.c), no puede estar supeditada a la voluntad de la víctima. En este sentido

se habla de *neutralización de la víctima* como una característica del Derecho penal del Estado de Derecho (cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, 2001, pp. 198 ss.).

**Bibliografía:** Sobre la función de la tipicidad en general: ACALE SÁNCHEZ, El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, Granada 2001; GÓMEZ MARTÍN, La doctrina del «delictum sui generis», ¿queda algo en pie?, RECPC 2005; LASCURAÍN SÁNCHEZ, La tipicidad penal en la jurisprudencia constitucional, en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; NAVARRO FRÍAS, Mandato de determinación y tipicidad penal, Granada 2010; ROXIN, Política criminal y sistema del Derecho penal, Barcelona 1972 (introducción y traducción de Muñoz Conde); SCHÜNEMAN, Tema actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid 2002; SUÁREZ MONTES, El injusto penal en el Código de 1995, en Homenaje a Torío, Granada 1999; TORÍO LÓPEZ, Elementos teleológicos y científicos en el tipo del injusto, en Homenaje a Valle, Navarra 2001.

Sobre tipo y adecuación social: BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, Significación social y tipicidad, en BUSTOS RAMÍREZ, Control social y sistema penal, Barcelona 1987; CANCIO MELIÁ, La teoría de la adecuación social en Welzel, ADP 1993; MORALES PRATS, Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora, CPC 1988; REDONDO HERMIDA, El concepto de conducta «socialmente adecuada» en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008: comentario jurídico al caso «Presidenta del Tribunal Constitucional», La Ley Penal 2008; ROLDÁN BARBERO, Adecuación social y teoría jurídica del delito, Córdoba 1992.

Sobre el bien jurídico, véase bibliografía *supra* capítulo III e *infra* capítulo XVIII.

Sobre sujeto pasivo y víctima del delito: ALONSO RIMO, Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio, Valencia 2002; BERISTAIN IPIÑA, El Código penal de 1995 desde la victimología, La Ley 1997; BERISTAIN IPIÑA/ DE LA CUESTA ARZAMENDI, Victimología, San Sebastián 1990; BUSTOS RAMÍREZ/ LARRAURI PIJOÁN, Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas, Barcelona 1993; DÍEZ RIPOLLÉS/ GIRÓN GONZÁLEZ-TORRE, Delincuencia y víctima, Valencia 1996; ESER, Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima, ADP 1996; FLETCHER, Las víctimas ante el Jurado, Valencia 1997 (traducción de Medina Ariza y Muñoz Aunión); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Tratado de Criminología, Valencia 1999; HASSEMER, Consideraciones sobre la víctima, ADP 1990; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia 1989; LOS MISMOS, Introducción a la Criminología, Valencia 2001; LANDROVE DÍAZ, Victimología, Valencia 1991; EL MISMO, Las víctimas ante el Derecho español, EPC 1998; ROMERO COLOMA, La víctima en el sistema penal, AP 1992; SILVA SÁNCHEZ, ¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; TAMARIT SUMALLA, La víctima en

el Derecho penal: de la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima, Pamplona 1998; TÉLLEZ AGUILERA, Las víctimas del delito en el Derecho español, CPC 1993; VARIOS, El Derecho penal y la víctima, Barcelona 1992.

# CAPÍTULO XVI

## El dolo

1. Tipo de injusto del delito doloso
2. El dolo
  - A) Elementos
  - B) Clases
3. Error de tipo
4. Otros elementos subjetivos del tipo de injusto

### 1. TIPO DE INJUSTO DEL DELITO DOLOSO

El tipo de injusto no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La gran aportación de la *teoría final de la acción* (cfr. *supra* capítulo XII) consistió en demostrar que la acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal dirigido por la voluntad hacia un fin. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, deba tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (determinación del fin, selección de medios, previsión de los efectos concomitantes, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado *tipo objetivo*) como una subjetiva (el llamado *tipo subjetivo*). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho de la norma penal, o tipo penal (el sujeto activo, la conducta, las formas y medios de la acción, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado a la conducta, el objeto material, etc.). En la segunda, el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes).

Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar. Admite, además, gradaciones. Y es que entre los supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo y aquellos otros en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir ese fin o la imprevisión

de los efectos concomitantes, hay diferencias evidentes que merecen una distinta valoración. De ahí la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre tipo de injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente. Esta distinción tiene gran importancia porque cada uno de ellos ofrece particularidades dogmáticas propias y tiene distinta trascendencia social y jurídica.

*Importancia de la distinción entre dolo e imprudencia.* La distinción entre dolo e imprudencia también repercute en otras categorías y problemas de la Teoría del Delito. Así, por ejemplo, el nivel de exigencia para la imputación objetiva de un resultado es menor en el delito doloso que en el imprudente. En todo caso, hay una diferencia fundamental entre el delito doloso y el imprudente; pues en el primero siempre cabe la posibilidad de castigar por tentativa si el resultado producido no se puede imputar; mientras que en la imprudencia si el resultado no se puede imputar objetivamente, el hecho permanece impune. Y ello explica también que, aunque el *desvalor del resultado* sea el mismo (el sujeto que recibe el disparo de todas formas muere), en el delito doloso existe siempre un mayor *desvalor de acción* que en el delito imprudente: que la muerte se produzca como consecuencia de un disparo dirigido intencionadamente es más grave que producirla como consecuencia de la imprudencia de quien pretendía cazar un conejo.

Esta distinción también es útil para solucionar otros problemas, como el de la cooperación al delito con actos en principio lícitos, pero que de hecho incrementan el riesgo de realización del delito. Así, por ejemplo, vender un arma de fuego a alguien que la utiliza para matar a otro puede fundamentar una complicidad en el homicidio si el vendedor sabe cuál era el uso que el comprador iba a darle al arma y contaba con ello o asumía ese resultado como de probable producción; mientras que hacer lo mismo sin ese conocimiento, o sin asumir como probable el uso que el comprador va a hacer del arma, fundamenta a lo sumo una participación imprudente en un delito doloso que, como veremos en el capítulo XXVII, es impune.

Desconocer estas elementales diferencias o difuminar los elementos característicos de una y otra forma de imputación subjetiva de la tipicidad objetiva de un hecho, por más que sea a veces difícil distinguir entre una y otra (véase *infra*: dolo eventual), es ignorar no sólo una tradición cultural profundamente enraizada en la realidad social (¿cómo no distinguir la muerte causada por imprudencia en un accidente de tráfico de la provocada por un atentado terrorista?), sino también infringir principios elementales de proporcionalidad y culpabilidad que inspiran y limitan el actual Derecho penal del Estado de Derecho (cfr. *supra* capítulo IV).

El delito doloso supone, pues, una agresión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es sólo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico; por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito. Sin embargo, las diferencias no son puramente psicológicas y requieren

de una elaboración normativa que, como veremos más adelante (cfr. *infra* dolo eventual), no siempre es fácil de hacer.

El Código penal recoge claramente la distinción entre dolo e imprudencia (tradicionalmente llamada «culpa») ya en la definición del delito y falta que se da en el art. 10: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones *dolosas o imprudentes* penadas por la Ley». Estas dos fuentes de imputación subjetiva son, además, conforme a lo dispuesto en el art. 5, las únicas sobre las que puede basarse una responsabilidad penal, de ahí que hayan sido acogidas como uno de los principios básicos del moderno Derecho penal constituyendo el llamado «*principio de culpabilidad*» (cfr. *supra* capítulo IV), que en sí mismo nada tiene que ver con la culpabilidad como categoría específica del delito (cfr. *infra* capítulo XXII).

De acuerdo con ello, estudiaremos por separado el tipo de injusto del delito doloso y el tipo de injusto del delito imprudente.

## 2. EL DOLO

El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo.

El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del Derecho. Aquí se entiende simplemente como *conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito*.

Este *concepto unitario de dolo* no es, sin embargo, fácilmente aplicable en algunos casos límites entre el dolo y la imprudencia en los que tanto el elemento cognitivo, como el volitivo quedan desdibujados o son difícilmente identificables; pero se puede mantener que tanto el conocimiento como la voluntad son los elementos básicos del dolo, sin perjuicio de hacer las necesarias matizaciones en la exposición de ambos conceptos.

Por otra parte, el Código penal, aunque utiliza la expresión «dolosa» en el art. 10, luego emplea expresiones coloquiales equivalentes en la definición de algunos delitos, como «intencionadamente» (arts. 270,2, 275, 277, 408) o «a sabiendas» (arts. 320, 322, 329, 404), haciendo recaer el acento en aspectos volitivos o intelectivos, sin que ello signifique que renuncie a ninguno de los dos.



## A) ELEMENTOS

De la definición de dolo aquí propuesta se deriva que el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognitivo y otro volitivo.

a) *Elemento intelectual*. Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica. Es decir, ha de saber, por ejemplo, en el homicidio que mata a otra persona; en el hurto, que se apodera de una cosa mueble ajena; en los abusos sexuales, que el sujeto pasivo está privado de sentido o que es menor de 13 años, etc., etc. No es necesario, en cambio, que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuricidad, a la culpabilidad o a la penalidad. El conocimiento de estos elementos puede ser necesario a otros efectos, por ejemplo para calificar la acción como antijurídica, culpable o punible, pero no para calificarla como típica.

El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente a la conducta como típica (*elementos objetivos del tipo*): sujeto, conducta, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc. Así, por ejemplo, el tipo subjetivo del homicidio doloso requiere el conocimiento (y, como después se verá, la voluntad) de que se realizan los elementos objetivos del tipo de homicidio: que se mata, que la acción realizada es adecuada para producir la muerte de otra persona, que la víctima es una persona y no un animal, etc. El que el sujeto conozca o no la ilicitud de su hacer (crea, por ejemplo, que mata en legítima defensa) o su capacidad o incapacidad de culpabilidad es algo que no afecta para nada a la tipicidad del hecho, sino a otros elementos de la Teoría General del Delito.

El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial. Es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo. Esto no quiere decir que el sujeto deba tener un conocimiento exacto de cada particularidad o elemento del tipo objetivo. En algunos casos esto sería, además, imposible. Así, por ejemplo, en el abuso sexual de un menor de 13 años no es preciso que el sujeto activo conozca exactamente la edad de dicho menor, bastando con que aproximadamente se represente tal extremo; en el hurto, basta con que sepa que la cosa es ajena, aunque no sepa exactamente de quién es, etc. Se habla en estos casos de *valoración paralela en la esfera del profano*, es decir, el sujeto ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de

tales elementos. La vertiente negativa del elemento intelectual del dolo es el *error* (que también contiene a la ignorancia), que da lugar a que el dolo no exista, determinando, en su caso, la existencia de imprudencia si se dan los elementos conceptuales de ésta (cfr. *infra* error de tipo y capítulo XVII).

b) *Elemento volitivo*. Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no se confunde con el deseo o con los *móviles* del sujeto. Cuando el atracador mata al cajero para apoderarse del dinero probablemente no desea su muerte, incluso preferiría no matarlo, pero, a pesar de ello, quiere producir la muerte en la medida en que no tiene otro camino para apoderarse del dinero. También son indiferentes para caracterizar el hecho como doloso los *móviles* del autor. En el ejemplo anterior, los *móviles* del autor pueden ser simplemente lucrativos, de venganza, políticos, etc., pero el atraco no deja por eso de ser doloso. Los *móviles* sólo tienen significación típica en casos excepcionales (cfr. *infra* otros elementos subjetivos del tipo de injusto) y por lo general sólo inciden en la determinación de la pena como circunstancias atenuantes o agravantes.

El elemento volitivo supone la voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar. Si el autor aún no está decidido a realizar el hecho (por ejemplo, aún no sabe si disparar y espera la reacción del otro; lleva una pistola por lo que pueda pasar al huir de la policía), o sabe que no puede realizarse (la víctima se ha alejado del campo de tiro), no hay dolo, bien porque el autor no quiere todavía, bien porque no puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades.

De algún modo el querer supone además el saber anterior, ya que nadie puede querer realizar algo que no conoce. Esto no quiere decir que saber y querer sean lo mismo: el ladrón sabe que la cosa es ajena, pero no quiere que lo sea; su afán por apoderarse de ella le hace realizar voluntariamente la acción de apoderamiento, a pesar del conocimiento de la ajenidad. Lo mismo sucede en otros delitos. El que comete un abuso sexual sobre una persona con un bajo coeficiente intelectual, abusando de esta situación, sabe que la persona con la que tiene la relación sexual es débil mental y, a pesar de ello, quiere yacer con ella, aunque probablemente preferiría que estuviera sana mentalmente. En todos estos casos se puede decir que el autor quiere todas y cada una de estas circunstancias al incluir en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo.

## B) CLASES

Según que sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual o del volitivo, se distingue entre *dolo directo* y *dolo eventual*. Ambas categorías suponen una simplificación y una reducción de los complejos procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto con relación a los elementos objetivos del tipo. Entre la intención coincidente en todo con el resultado prohibido y el simple admitir la producción eventual de ese resultado hay matices y gradaciones no siempre perfectamente nítidos. Conscientes de estas limitaciones se puede admitir la distinción tradicional entre dolo directo y dolo eventual.

a) *Dolo directo*. Esta clase de dolo puede, a su vez, distinguirse en grados. En el llamado *dolo directo de primer grado* el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de mera actividad): el autor quería matar y mata, quería dañar y rompe la cosa, etc.

Dentro del dolo directo se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende: dispara contra alguien que está detrás de una cristalera valiosa. No basta con que prevea la consecuencia accesoria, es preciso que, previéndola como de necesaria o segura producción, la incluya en su voluntad. De acuerdo con lo dicho anteriormente no hay, por consiguiente, ninguna dificultad en admitir también aquí la existencia de dolo o incluso de dolo directo, aunque para diferenciarlo del supuesto anterior se hable en este caso de *dolo directo de segundo grado*. Las diferencias psicológicas no significan necesariamente diferencias valorativas penales: tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una *consecuencia necesariamente unida* a la principal que se pretendía (robar). Normalmente se pueden incluir en esta forma de dolo los atentados terroristas en los que mueren varias personas además del destinatario del atentado. En los atentados indiscriminados (bomba en un gran centro de compras, en una oficina pública o en un edificio céntrico), las muertes que puedan producirse, aunque el sujeto no sepa *a priori* el número de muertes que puede ocasionar su atentado, deben incluirse mejor en el dolo directo de primer grado (atentado terrorista en Hipercor, en Barcelona en 1989; ataque a las Torres Gemelas de Nueva York, el 11 de septiembre de 2001; atentado en Madrid el 11 de marzo de 2004).

b) *Dolo eventual*. Con la categoría del dolo directo, de primer o de segundo grado, no se pueden abarcar todos los casos en los que el resultado producido debe, por razones político-criminales, imputarse a título de dolo. Así, cabe también hablar de dolo aunque el querer del sujeto no esté referido directamente a ese resultado. Se habla entonces de dolo eventual. En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado pero «cuenta con él», «admite su producción», «acepta el riesgo», «no le importa lo que pase», etc. Con todas estas expresiones se pretende describir un complejo proceso psicológico en el que se entremezclan elementos intelectuales y volitivos, conscientes o inconscientes, de difícil reducción a un *concepto unitario de dolo*. El dolo eventual constituye, además, la frontera entre el dolo y la imprudencia, sobre todo con la llamada imprudencia consciente. Dentro de esa zona fronteriza se hace difícil determinar qué procesos psicológicos son incluíbles en una u otra forma de imputación subjetiva; pero dado el diverso tratamiento jurídico de una y otra categoría, es necesario realizar la distinción con la mayor claridad.

Para distinguir el dolo eventual de la imprudencia se han formulado principalmente dos teorías:

La *teoría de la probabilidad* parte del elemento intelectual del dolo. Dado lo difícil que es demostrar en el dolo eventual el elemento volitivo (querer el resultado), la teoría de la probabilidad admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, siendo indiferente que admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá imprudencia consciente o *con representación*.

La *teoría de la voluntad o del consentimiento* atiende, por el contrario, al contenido de la voluntad. Para esta teoría no es suficiente con que el autor se plantee el resultado como de probable producción, sino que es preciso que, además, se diga: «aun cuando fuere segura su producción, actuaría» (fórmula de FRANK). Hay, por el contrario, imprudencia si el autor, de haberse representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar.

Contra la teoría de la probabilidad se afirma que deja sin valorar una parte esencial del dolo: el elemento volitivo y que, por otra parte, no siempre la alta posibilidad de producción de un resultado obliga a imputarlo a título de dolo (piénsese, por ejemplo, en las intervenciones

quirúrgicas de alto riesgo o en la conducción de vehículos de motor a gran velocidad en una carrera de coches o de motos).

De hecho, la continua jurisprudencia española en relación con los delitos de tráfico, considerando que en la mayoría de ellos todo lo más se da «imprudencia» o conducción «temeraria», a valorar en caso de que se produzca un resultado lesivo o mortal por el correspondiente delito de lesiones u homicidio por imprudencia (arts. 152 y 142 Cp), demuestra que no es suficiente con la representación de la alta probabilidad del resultado para imputarlo a título de dolo, aunque sea eventual, sobre todo cuando se trata de comportamientos habituales y frecuentes como son los relacionados con la conducción de vehículos de motor. De todos modos, la conducción de un vehículo de motor más allá de las reglas normales de conducción puede fundamentar, en algún caso extremo, la imputación a título de dolo eventual (véase *infra*: «pilotos suicidas»; cfr., sin embargo, STS de 20 de abril de 1977, en la que invadir a gran velocidad la calzada contraria para asustar al acompañante, chocando con otro vehículo, se considera sólo imprudencia temeraria).

Parece, por ello, preferible la teoría de la voluntad, ya que, además de tener en cuenta el elemento volitivo, delimita con mayor nitidez el dolo de la imprudencia. Sin embargo, también contra ella se han formulado objeciones. En primer lugar, porque presume algo que no se da en la realidad: que el autor se plantea lo que haría en caso de que el resultado fuera de segura producción. En efecto, la teoría de la voluntad se basa en confrontar al delincuente con el resultado, cuando éste todavía no se ha producido, imaginándolo como efectivamente acaecido. Pero es que, además, no siempre se puede demostrar un querer efectivo, ni aun en los casos en que el autor se imagine el resultado como seguro. Incluso en el dolo directo de segundo grado es suficiente con la representación de la necesaria o segura producción del resultado concomitante.

En realidad, el único objeto *seguro* de volición es la acción misma, ya que el resultado es siempre incierto. Pero ello no quiere decir, como pretende algún sector de la doctrina, que la voluntad vaya sólo referida a la acción. También el resultado puede ser querido y, precisamente por eso, cuando éste se quiere directamente se procura realizar una acción que pueda producirlo con toda certeza, por ejemplo disparando a quemarropa. Por ello, en los *delitos de resultado* consistentes en la lesión de un bien jurídico (homicidio, lesiones, daños), el dolo debe ir también referido al resultado, no bastando con un *dolo de peligro*.

En última instancia, todo el problema del dolo desemboca, a la larga, en la demostración de un elemento volitivo respecto al resultado, siendo insuficiente la simple representación de su probable producción. Esto es especialmente evidente en los delitos que exigen un especial elemento volitivo respecto a un determinado resultado: la alevosía, el precio o el ensañamiento en el asesinato (art. 139); el fin de obtener un rescate en el secuestro (art. 164) o la exigencia

de alguna condición en las amenazas condicionales (art. 171,1 y 2); el fin de obtener una confesión en la tortura (art. 174,1); la intención de penetrar vaginal, anal o bucalmente en el delito de violación (art. 179); la intención de apropiarse de la cosa ajena en el hurto (art. 234); y un gran número de delitos en los que el tipo subjetivo se caracteriza por la exigencia clara y manifiesta de un elemento volitivo. Incluso diferencias como las existentes entre un delito de lesiones y una tentativa de homicidio o asesinato, entre un hurto propio y un hurto de uso de un vehículo de motor, etc., son sólo comprensibles por el diferente elemento volitivo que caracteriza al respectivo tipo delictivo. Si la misión de la Teoría General del Delito consiste en suministrar un *concepto unitario de dolo* (cfr. *supra*), no cabe duda de que en el mismo debe incluirse también el elemento volitivo referido al resultado que el respectivo tipo delictivo exija como consumación del mismo. La demostración de ese querer plantea, ciertamente, problemas de prueba en la práctica, pero no por ello puede prescindirse de él. Como se trata de un elemento subjetivo, lo mejor para su prueba es comprobar la existencia de determinados *indicadores* objetivos de los que se pueda deducir si realmente hubo o no una *decisión en contra del bien jurídico*. Entre estos indicadores se cuenta, en primer lugar, el *riesgo o peligro* para el bien jurídico implícito en la propia acción y, en segundo lugar, la *capacidad de evitación* del resultado que el sujeto puede tener cuando actúa.

Un ulterior criterio para matizar la existencia de la voluntad respecto al resultado puede ser la desconsideración (la *recklessness* anglosajona), la falta de respeto o la indiferencia hacia el bien jurídico protegido (*teoría del sentimiento*). Este criterio sirve para imputar a título de dolo eventual casos como los de los «pilotos suicidas» (aunque más bien habría que llamarles «homicidas») que, para ganar una apuesta, conducen el automóvil a gran velocidad durante un largo trayecto por el lado contrario de la autopista. O como los del torturador que, para arrancar una declaración al acusado, lo interroga «hábilmente». En estos casos la muerte de otros conductores o del interrogado no es exactamente querida, ya que determina perder la apuesta o no conocer la verdad de los hechos, aparte de otras consecuencias no deseadas como la propia lesión del «piloto suicida» o el escándalo y las graves responsabilidades penales en el caso del torturador. Pero la alta probabilidad de que se produzca el resultado y la desconsideración y falta de respeto hacia la vida de los demás que implica la realización de tales hechos permiten imputar en los casos más graves los resultados lesivos que se produzcan a título de dolo (eventual).

También se puede resolver con ayuda de este criterio, complementario del elemento volitivo, el caso de la STS de 28 de noviembre de 1986 (*caso Bultó*), en el que unos terroristas pegaron con esparadrapo al cuerpo de una persona un artefacto explosivo cuya desconexión condicionaban a la entrega de una fuerte cantidad de dinero. El aparato explosionó, en contra de lo que los terroristas querían, antes de que se entregara el dinero, lo que obviamente era un riesgo

con el que habían contado los terroristas, cuya actuación puede y debe, sin duda, calificarse de dolosa. En general, el que quiere una acción muy peligrosa, o acepta el resultado o tiene frente a él una indiferencia valorativa hacia el bien jurídico protegido rayana en el dolo directo.

Una problemática especial plantean las infecciones por *SIDA* producidas por un seropositor que, consciente de las elevadas probabilidades de contagiarlo, tiene relaciones sexuales sin utilizar preservativos y sin informar a su pareja. Desde luego, no hay ninguna duda en considerar doloso el atentado a la salud que así se produce en forma de un delito de lesiones. Más dificultades hay, en cambio, en aceptar el dolo (eventual) respecto al probable, aunque dilatado en el tiempo, resultado de muerte de la persona contagiada. Los múltiples factores que pueden condicionar esa muerte (por ejemplo, el descubrimiento de un fármaco curativo), las dificultades probatorias de la relación causal, etc., aconsejan limitar la responsabilidad penal (dolosa) al delito de lesiones (cfr. *infra* capítulo XVII.3.c).

En el Código penal no se regula expresamente el problema. La doctrina española se inclina en su mayoría por la teoría del consentimiento. Algún sector doctrinal, aún manteniendo la distinción dolo eventual-imprudencia, considera que aquél debe incluirse en ésta a efectos de punición. En realidad, el dolo eventual, en tanto sea dolo, sólo puede incluirse en el tipo de injusto del delito doloso con todas sus consecuencias. Las dificultades para trazar fronteras entre dolo eventual e imprudencia han condicionado una jurisprudencia vacilante que unas veces utiliza la teoría de la probabilidad y otras la del consentimiento (para más detalles, DÍAZ PITA, 1994, pp. 323 y ss.; 2006, pp. 59 y ss., quien coincide con ROXIN y HASSEMER en considerar el dolo como una «decisión contraria al bien jurídico». A favor de la teoría de la representación, GIMBERNAT, 1990; más matizadamente, MIR PUIG, Parte General; CEREZO MIR, Parte General II; y LUZÓN PEÑA, Curso I, p. 423, se inclinan por una teoría similar a la mantenida en el texto, en la que lo decisivo es la «actitud emocional del sujeto». La STS de 23 de abril de 1992 —*caso de la Colza*— mantiene una concepción del dolo eventual basada en la teoría de la probabilidad, considerando suficiente para imputar los resultados de muerte y lesiones graves de los consumidores la alta peligrosidad de las mezclas de aceites realizadas por los comerciantes, a sabiendas de su peligrosidad; en cambio, la STS de 28 de noviembre de 1986 —*caso Bultó*— se inclina por la teoría del consentimiento. En realidad, en la jurisprudencia el problema del dolo eventual se trata casi siempre como un problema de prueba de la voluntad y los distintos criterios —probabilidad, peligro, indiferencia emocional, etc.— se tratan como indicadores de la voluntad. En esta línea se mueve también, en el fondo, RAGUÉS I VALLÉS, 1999, cuando sostiene que de lo que se trata es de establecer los *criterios de atribución* que permiten calificar una conducta como dolosa (conocimientos mínimos, conocimientos previos, características personales, conocimiento situacional, etc.); pero tanto este autor, como otros que en la doctrina española mantienen una postura cercana a la teoría de la probabilidad (LAURENZO COPELLO, Valencia 1999, FEIJOO SÁNCHEZ, 1998), olvidan que estos criterios se utilizan finalmente como *indicadores* de la existencia o no de una voluntad respecto al resultado. Obviamente, la constatación de un alto grado de conocimiento sobre la peligrosidad de la acción permite más fácilmente atribuir a título de dolo el resultado producido, en la medida en que es más fácil asumir que éste ha sido también querido.

### 3. ERROR DE TIPO

Como ya antes se ha dicho, el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por eso se le llama *error de tipo*. El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuricidad, culpabilidad o penalidad) carece de relevancia en la tipicidad (sobre otras clases de error, especialmente sobre el error de prohibición, trataremos más adelante).

El error de tipo, igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse, por tanto, a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una *valoración paralela en la esfera del profano* para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo.

Hasta la reforma de 1983, el Código penal no contenía ningún precepto relativo al error de tipo. La doctrina tradicional admitía, sin embargo, su relevancia, aunque discrepaba respecto a su tratamiento, inclinándose por la aceptación de la distinción entre el error de hecho y de derecho. Sin embargo, a partir de la referida reforma el legislador acoge un tratamiento dualista que diferencia claramente uno y otro tipo de error, tratamiento que se recoge ahora en el art. 14 Cp.

Dice así el art. 14: «1. 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.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

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».

Los dos primeros apartados del art. 14 se refieren a lo que la doctrina llama error de tipo, en sentido estricto; el último, al error de prohibición.

Esta regulación coincide, por lo que se refiere al error de tipo, con la propuesta por la doctrina y la jurisprudencia. El error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye el dolo y, todo lo más, cuando sea vencible, deja subsistente una posible responsabilidad a título de imprudencia, cuando esté especialmente prevista esta forma de realiza-



ción del tipo (art. 14,1). Así, por ejemplo, el que dispara contra una persona confundiénola con un animal no responde por homicidio doloso, pero sí por homicidio imprudente si su error se debía a una ligereza o negligencia (error vencible). El error invencible, es decir, aquél que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia, excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia, por lo que ni siquiera puede hablarse de tipicidad penal (cfr. lo dicho sobre el principio de culpabilidad en el capítulo IV y el art. 5). La determinación de la vencibilidad o invencibilidad (=evitabilidad-inevitabilidad) del error se constata con los parámetros del tipo de injusto del delito imprudente (cfr. *infra* capítulo siguiente).

Cuando el error recaiga sobre alguna cualificación o agravación, ésta no podrá apreciarse (art. 14,2).

### *Supuestos de error de tipo*

El error puede recaer sobre distintos elementos típicos. De acuerdo con ello se distingue entre:

1. *Error sobre el objeto de la acción (error in objecto vel in persona)*. En principio, es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción; es irrelevante que A se apodere del automóvil de B creyendo que era propiedad de C, o que mate a D en lugar de a E, o que detenga ilegalmente a F porque lo confunde con G. Sin embargo, cuando los objetos son heterogéneos (se quiere matar al perro del vecino, pero se mata al vecino) el error dará lugar a un concurso entre el delito que el sujeto quería realizar (daños en grado de tentativa) y el resultado imprudentemente realizado (la muerte del vecino). (Sobre el concurso, véase *infra* capítulo XXVIII).

2. *Error sobre la relación de causalidad*. En principio, las desviaciones inesenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes (A dispara contra B con ánimo de matarle, pero sólo lo hiere, muriendo B a los pocos días a causa de la gravedad de la herida).

Por el contrario, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, a lo sumo podrá imputarse el hecho como tentativa (en el ejemplo anterior, B muere posteriormente a consecuencia del incendio del hospital). En este caso, aunque se dé el tipo subjetivo del delito doloso de homicidio, falta la realización en el resultado del peligro implícito en la acción lesiva inicial y, por tanto, falta la *imputación objetiva* del resultado a la acción.

3. *Error en el golpe (aberratio ictus)*. Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. El autor por su mala puntería alcanza a B, cuando quería matar a C. En este caso se considera que hay tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio imprudente consumado. Sin embargo, un sector doctrinal considera que, tratándose de resultados típicos equivalentes, la solución debe ser la misma que en el *error in persona* y aprecia un solo delito doloso consumado. Esta solución tiene, a mi juicio, el inconveniente de que es injusta cuando además de la tercera persona alcanzada por el disparo o golpe también resulta alcanzada la persona a la que se pretendía herir y, desde luego, no puede aplicarse tampoco cuando se trata de resultados heterogéneos: por ejemplo, se pretende matar a una persona y se mata al valioso caballo «pura sangre» que ésta montaba. En estos casos, la solución del concurso es la única capaz de abarcar el desvalor perfectamente diferenciable de los distintos resultados.

4. El mismo tratamiento teórico que la *aberratio ictus* merecería el llamado *dolus generalis*. En este caso el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad la consumación se produce por un hecho posterior (el sujeto, tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia de que la ha matado, la arroja por un precipicio para ocultar su delito, siendo entonces cuando la víctima, que sólo estaba desvanecida, muere realmente a consecuencia del golpe en la caída). En la práctica parece más justo apreciar, sin embargo, un solo delito consumado doloso: el sujeto quería matar a la persona y lo ha conseguido, ya que aquí, a diferencia de lo que sucede en la *aberratio ictus*, no se pone en peligro ni se lesiona a otra persona.

5. El error sobre los elementos agravantes o calificadores determina la no apreciación de la circunstancia agravante o, en su caso, del tipo cualificado (cfr. *infra* capítulo XXIX).

#### **4. OTROS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DE INJUSTO**

Normalmente, el tipo de injusto de los delitos dolosos sólo requiere, en el ámbito subjetivo, el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. Cuando coinciden el tipo objetivo y el tipo subjetivo se da la *congruencia perfecta*, que normalmente existe en el delito doloso consumado. Sin embargo, en algunos delitos

específicos se requiere además, para constituir el tipo de injusto, la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo.

Estos elementos subjetivos específicos no coinciden con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito. Así, por ejemplo, la *intención* de obtener una confesión en el delito de tortura (art. 174,1); o el *ánimo* de usar el vehículo de motor en el llamado hurto de uso (cfr. arts. 234 y 244). Algunas veces el elemento subjetivo consiste en un especial móvil o tendencia que no pertenece al tipo de injusto, sino al de la culpabilidad (véase *infra* capítulo XXII.5).

**Bibliografía:** Sobre el dolo y el dolo eventual: ALONSO ÁLAMO, Notas para un tratamiento diferenciador del mal llamado *dolus generalis*, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; BACIGALUPO ZAPATER, Problemas actuales del dolo, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; EL MISMO, El concepto de dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, EDJ 2007; BELLO LANDROVE, El dolo eventual en España (reflexiones para un debate), JD 1998; BUSATO, Dolo y significado, RGDP 2006; BUSTOS RAMÍREZ, Política criminal y dolo eventual, RJC. 1984; CARBONELL MATEU, Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; CORCOY BIDASOLO, En el límite entre dolo e imprudencia, ADP 1985; DAVÓ ESCRIVÁ, Teoría y práctica del dolo eventual, RGD 1996; DÍAZ PALOS, Dolo Penal, NEJ VII, 1955; DÍAZ PITA, M., El dolo eventual, Valencia 1994; EL MISMO, Algunos aspectos sobre el dolo eventual. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991, AP 1995; EL MISMO, La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización, RP 2006; DÍEZ RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, Valencia 1990; FARRÉ TREPAT, Análisis de la resolución delictiva a propósito de la premeditación condicionada, PJ 1990; FEIJOO SÁNCHEZ, La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivos. Sobre la normativización del dolo, CPC 1998; GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales, RDPC 1996; GIMBERNAT ORDEIG, Acerca del dolo eventual, en Estudios de Derecho Penal, 3<sup>a</sup> ed., Madrid 1990 (publicado originariamente en RDCirc. 1969); GÓMEZ BENÍTEZ, El concepto del dolo en la moderna Dogmática penal, en Nuevas posiciones de la Dogmática jurídica penal, CDJ 2006; GÓMEZ RIVERO, La imputación de resultados producidos a largo plazo: especial referencia a la problemática del SIDA, Valencia 1998; GONZÁLEZ CUSSAC, Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; EL MISMO, Dolus in re ipsa, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; GUARDIOLA GARCÍA, Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal, RDPP 2001; HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, ADP 1990 (traducción de M. Díaz Pita); EL MISMO, Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Valencia 1999 (traducción de Muñoz Conde y M. Díaz Pita); JAKOBS, Sobre la

función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal, ADP 1989; EL MISMO, Indiferencia como dolo indirecto, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; KAUFMANN, El dolo eventual en la teoría del delito, ADP 1960 (traducción de Suárez Montes); LAURENZO COPELLO, Dolo y conocimiento, Valencia 1999; EL MISMO, Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo, en Homenaje a Torío, Granada 1999; LUZÓN PEÑA, Dolo y dolo eventual, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; MARINUCCI, Finalismo, responsabilidad objetiva, objeto y estructura del dolo, CPC 2004; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El concepto significativo del dolo: un concepto volitivo-normativo, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; MOLINA FERNÁNDEZ, La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; MORILLAS CUEVA, La doble posición del dolo en la teoría jurídica del delito, CPC 2007; MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE/ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ GARCÍA ARÁN, La reforma penal de 1989, Valencia 1989; PAREDES CASTAÑÓN, El «desprecio» como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho, RP 2003; PÉREZ DEL VALLE, La prueba del dolo en la estafa (comentario a la STS 393/1996, de 8 mayo), ADP 1996; QUINTERO OLIVARES, Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; RAGUÉS I VALLÉS, El dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona 1999; RAMOS VÁZQUEZ, «Un «proceso interno» necesita criterios externos». Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; REYES ALVARADO, La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito, RGDP 2008; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid 1994; EL MISMO, La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS 24 noviembre 1995), ADP 1996; ROMEO CASABONA, Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; RUEDA MARTÍN, Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, RP 2002; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial, Valencia 2007; SCHÜNEMANN, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid 2002; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado «dolo alternativo», en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; TORÍO LÓPEZ, Teoría cognitiva del dolo y concepto de temeridad (Recklessness), en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; VARIOS, Argumentación y prueba en la determinación del dolo, RDPC 2001; VENTURA PÜSCHEL, Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales, PJ 1993; VIVES ANTÓN, Reexamen del dolo, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; VOGEL, Dolo y error, CPC 2008; ZUGALDÍA ESPINAR, La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual, ADP 1986; EL MISMO, Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva (especial consideración de las muertes de inmigrantes en las travesías marítimas), en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008.

Sobre el error y el error de tipo (véase también *infra* capítulo XXIV: error de prohibición): ARIAS EIBE, El error en Derecho Penal en el Código de 1995, Ma-

drid 2007; BACIGALUPO ZAPATER, La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de CP de 1980, La Ley 1981; EL MISMO, El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, Problemas del error, La Ley 1996; BUSTOS RAMÍREZ, El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a), ADP 1985; CARDENAL MURILLO, Atribución dolosa y relevancia del «error in objecto» y de la «aberratio ictus» tras la reforma penal de 1983, CPC 1991; DE VICENTE REMESAL, Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad, PJ 1987; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ¿Error de tipo o error de hecho?, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; EL MISMO, El error sobre elementos normativos del tipo penal, Madrid 2008; FAKHOURI GÓMEZ, Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: Un caso problemático, Madrid 2009; FERRER SAMA, El error en Derecho Penal, Murcia 1941; EL MISMO, Error, NEJ VIII, 1956; GUTES PASCUAL, Algunas consideraciones en torno al error en el Derecho penal, La Ley 1992; JIMÉNEZ VILLAREJO, Formas particulares del error de tipo, en Elementos subjetivos de los tipos penales, CDJ 1994; LUZÓN PEÑA, Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, en Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal, CDJ 2006; EL MISMO, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o exclusión de la tipicidad penal, RGDP 2008; MAQUEDA ABREU, El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código penal, CPC 1983; MELENDO PARDOS, Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la dogmática penal continental, Barcelona 2008; MUÑOZ CONDE, El error en Derecho penal, Valencia 1989; PUPPE, Error de hecho, error de derecho, error de subsunción, CPC 1992; RAGUÉS I VALLÉS, La ignorancia deliberada en derecho penal, Barcelona 2008; RODRÍGUEZ RAMOS, Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto del CP, La Ley 1980; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Error sobre el objeto, tentativa y desistimiento, CPC 2006; SILVA SÁNCHEZ, «Aberratio ictus» e imputación objetiva, ADP 1984; SUAY HERNÁNDEZ, Los elementos normativos y el error, ADP 1991; VARIOS, El consentimiento. El error, CDJ 1993; VOGEL, Dolo y error, CPC 2008; ZUGALDÍA ESPINAR, El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del CP español de 1980, CPC 1981.

Sobre los elementos subjetivos del injusto: DÍEZ RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, Valencia 1990; GUARDIOLA GARCÍA, Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho Penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general, RDPP 2001; ORTS BERENGUER, Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; POLAINO NAVARRETE, Los elementos subjetivos de lo injusto en el Código penal español, Sevilla 1972; VARIOS, Elementos subjetivos de los tipos penales, CDJ 1994.

# CAPÍTULO XVII

## La imprudencia

1. Tipo de injusto del delito imprudente
2. La conducta típica: la lesión del deber de cuidado
  - A) El concepto de cuidado objetivo
  - B) El deber subjetivo de cuidado
  - C) La lesión del cuidado
3. El resultado. La imputación objetiva
4. La regulación de la imprudencia en el Código penal
5. La exclusión de la responsabilidad objetiva: el caso fortuito y el riesgo permitido

### 1. TIPO DE INJUSTO DEL DELITO IMPRUDENTE

Hasta hace relativamente poco tiempo, el delito imprudente ocupaba un lugar secundario en el Derecho penal, consagrado fundamentalmente al delito doloso a cuya estructura respondían los delitos más graves y cualitativamente más importantes. El delito imprudente sólo era un *quasi delictum*, más afín al Derecho civil que al penal propiamente dicho.

El proceso de industrialización que comienza con la revolución industrial en el siglo XIX, y que continuó y aumentó en el siglo XX, supuso la manipulación de máquinas y medios peligrosos para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas. El tráfico automovilístico representa actualmente una de las fuentes principales de peligro para la vida y la integridad física, con su secuela de muertes y lesiones. No es, por ello, extraño que las imprudencias en este sector constituyan estadísticamente hoy día la parte más importante del número de delitos apreciados por los tribunales al cabo del año. Pero también en otros ámbitos, como el medio ambiente y la salud pública, las imprudencias, muchas veces imputables a personas que trabajan en el seno de una organización empresarial, son causa de grandes daños, incluso catastróficos.

Frente al aumento cuantitativo de este tipo de delincuencia, la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba; las teorías penales y la Dogmática jurídico-penal se habían desarrollado sobre el delito doloso, dejando prácticamente

abandonado al delito imprudente. Tradicionalmente se concebían el dolo y la imprudencia como *formas de culpabilidad* o, incluso, como la culpabilidad misma, considerando que era una cuestión valorativa, pero no dogmática, la que obligaba a hacer la distinción. Pronto se observó, sin embargo, que la distinción dolo-imprudencia era algo más que un problema de la culpabilidad. Igual que antes decíamos respecto al delito doloso, pronto se observó que el delito imprudente ofrecía ya particularidades notables en el tipo de injusto.

Así, el penalista alemán ENGISCH destacó, en 1930, que entre la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado y la culpabilidad (elementos que eran los únicos que se exigían entonces) había un tercer elemento importantísimo, sin el cual no podría fundamentarse el tipo de injusto del delito imprudente: *el deber objetivo de cuidado*.

En efecto, lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. Así, si los vehículos de A y B chocan en una curva, quedando A y B gravemente lesionados, es evidente que A y B han causado por igual dicho resultado. Pero para saber quién conducía imprudentemente y, por tanto, quién debe responder del resultado producido no basta con establecer esta simple conexión causal, sino que es preciso, además, saber quién actuaba diligentemente y quién no. Y si, por ejemplo, sabemos que A al tomar la curva se cerró sobre la izquierda invadiendo el lateral contrario por donde B venía conduciendo correctamente, ya sabemos también quién es el que ha realizado el tipo de injusto de un delito imprudente. Ello, naturalmente, sin perjuicio de comprobar ulteriormente la presencia de otros elementos de la Teoría del Delito en orden a la exigencia de una responsabilidad penal.

La observancia del deber objetivo de cuidado (los preceptos del Código de la circulación, por ejemplo), también llamada «diligencia debida», constituye, por tanto, el punto de referencia obligado del tipo de injusto del delito imprudente.

Por otra parte, y a diferencia del delito doloso, el delito imprudente, es decir, la realización imprudente de los elementos objetivos de un tipo de delito, no se castiga siempre. El *principio de intervención mínima* obliga a una doble restricción, seleccionando, por un lado, aquellos comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, salud) y castigando, por otro, de entre todos estos comportamientos sólo aquéllos que llegan a producir realmente un resultado lesivo para dichos bienes jurídicos.

Hasta cierto punto es lógico que esto suceda, porque la penalización indiscriminada de todo comportamiento imprudente, cualquiera que sea el bien jurídico al que afecte o independientemente del resultado que produzca, supondría una enorme inflación del Derecho penal y una paralización de la vida social.

Conforme al principio de intervención mínima, el Derecho penal sólo debe intervenir en casos de ataques graves a bienes jurídicos muy importantes y en la medida en que sean insuficientes para sancionarlos otros medios jurídicos menos radicales. Y parece evidente que las infracciones imprudentes son *cualitativamente* menos graves que las dolosas. En ellas hay, pues, un menor grado de rebelión contra el Ordenamiento jurídico y, en consecuencia, un menor grado de reprochabilidad social, por más que los daños *cuantitativamente* puedan ser mucho más graves que los causados dolosamente.

Normalmente, para prevenir, por ejemplo, las infracciones de tráfico (comportamientos la mayoría de las veces imprudentes) es suficiente con la aplicación de las sanciones administrativas contenidas en el Código de la circulación. Sólo cuando la infracción sea muy grave y ya de por sí constituya un peligro relevante para determinados bienes jurídicos, como la vida o la integridad física, se eleva el comportamiento imprudente a la categoría de *delito de peligro* autónomo (cfr. art. 380,1). Otras veces incluso se castiga el delito de peligro en su forma de comisión imprudente (cfr. arts. 344, 367, etc.). Pero lo más frecuente es que los delitos imprudentes se castiguen cuando se produzca un resultado lesivo y siempre, obviamente, con una pena más leve que la imponible por la comisión dolosa del mismo delito (cfr. arts. 138 y 142).

Esta idea conduce a que en el Código penal el delito imprudente se castigue sólo en los casos en los que dicha modalidad de comisión de un tipo delictivo esté expresamente prevista en la ley (cfr. art. 12).

Pero, ¿qué es lo que constituye la esencia del tipo de injusto de esta clase de delito?, ¿qué cualidades debe tener una acción para ser calificada como imprudente respecto a la producción de un resultado prohibido y cuándo se puede imputar un determinado resultado a una acción imprudente?

Tanto la moderna doctrina, como la jurisprudencia, destacan fundamentalmente dos componentes del tipo de injusto del delito imprudente: la conducta típica imprudente y su relación con el resultado que ella ha causado.



## 2. LA CONDUCTA TÍPICA: LA LESIÓN DEL DEBER DE CUIDADO

En los delitos imprudentes, la conducta típica no está determinada con precisión en la ley que, como ya hemos visto, sólo habla del que «por imprudencia» causare determinado resultado. Son, pues, el juez o el intérprete quienes deben establecer el contenido de la conducta imprudente. Los delitos imprudentes son, por consiguiente, *tipos abiertos*, en el sentido de que una característica del tipo de injusto debe ser completada por vía judicial o doctrinal. Ello no supone en este caso una lesión del *principio de legalidad*, ya que la propia naturaleza de las cosas impide poder describir con mayor exactitud en la ley todos los comportamientos imprudentes que se puedan dar o realizar. Lo que sí hay que hacer es buscar un punto de referencia con el que comparar la conducta realizada, para ver si ha sido realizada imprudentemente. Este punto de referencia lo establece el *deber objetivo de cuidado*.

El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la conducta realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar y que cualquier persona situada en las circunstancias del autor podía haber observado.

El Derecho penal no sólo prohíbe acciones finales en las que el fin pretendido por el autor o los efectos concomitantes por él admitidos coinciden con la realización de los elementos objetivos de un tipo de delito, sino también aquellas acciones cuya finalidad es muchas veces irrelevante penalmente, pero que son realizadas sin el cuidado necesario y producen un resultado prohibido.

En los delitos imprudentes, la desaprobación jurídica recae sobre la forma de realización de la conducta o sobre la selección de los medios para realizarla. En definitiva, la prohibición penal de determinados comportamientos imprudentes pretende motivar a los ciudadanos para que, en la realización de conductas que puedan ocasionar resultados lesivos, empleen el cuidado que es objetiva y subjetivamente necesario para evitar que se produzcan; en una palabra, para que actúen con la diligencia debida.

### A) EL CONCEPTO DE CUIDADO OBJETIVO

El concepto de cuidado es, en primer lugar, un concepto objetivo y normativo.

Es objetivo, por cuanto no interesa para establecerlo cuál es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor (cfr. *infra* b), sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada. Ello supone además un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente.

Dos son los elementos de este juicio normativo: uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la conducta que, conforme a un juicio razonable («objetivo») eran de previsible producción («previsibilidad objetiva»); y otro valorativo, según el cual sólo es contraria al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente.

Ciertamente, el criterio de la previsibilidad objetiva es insuficiente porque no toda conducta que objetivamente puede producir resultados lesivos es ya por eso imprudente. Por ejemplo, conducir un automóvil un fin de semana en una carretera de mucho tráfico es una actividad peligrosa que, sin embargo, y aunque pueda ser previsible que de ella se derive un accidente, no es ya, sin más, imprudente. Para que esta conducta en sí peligrosa pueda ser calificada como imprudente es necesario, además de la previsibilidad, que el sujeto desatienda las reglas de cuidado que, en esos casos, el tráfico exige observar.

Estas «reglas de cuidado» no son siempre fáciles de precisar y es necesario recurrir a criterios abstractos como «buen conductor», «conductor experimentado», «hombre de inteligencia media», etc. En algunas ocasiones, las reglas de cuidado que deben observarse vienen descritas en preceptos de normas administrativas (el Código de la circulación), cuya inobservancia constituye generalmente una imprudencia. Otras veces hay que recurrir a reglas de experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones (la llamada *lex artis*): médico, ingeniero, arquitecto. A veces las peculiaridades técnicas de la conducta que se desarrolla dificultan la valoración del comportamiento como imprudente y ello hace que, a menudo, imprudencias profesionales de médicos, arquitectos, etc., no sean castigadas (aparte de otras razones metajurídicas, que ahora no vienen al caso).

La jurisprudencia y la doctrina han elaborado una serie de criterios destinados a precisar el concepto de imprudencia; algunos de ellos (incremento del riesgo permitido, fin de protección de la norma) han sido sistematizados en la *teoría de la imputación objetiva* (véase *infra*); otros funcionan como principios genéricos susceptibles de ser aplicados en el caso concreto para comprobar el nivel de diligencia requerido en dicho supuesto.

Uno de estos principios es el *principio de confianza*, que permite, en las actividades peligrosas en las que participan varias personas, esperar que también los demás actúen con la diligencia debida. Así, por ejemplo, en un cruce de calles el conductor que tiene preferencia puede confiar en que los otros conductores respeten esa preferencia. Igual sucede en los trabajos realizados en equipo (por ejemplo, una intervención quirúrgica), en los que cada uno de los integrantes del equipo puede confiar en que los demás colegas realizarán la parte del trabajo que les corresponde con la debida diligencia. Sin embargo, este principio no puede pretender una vigencia absoluta cuando es evidente que alguien va a defraudar esa confianza, bien de modo imprudente (el peatón atraviesa la calzada a pesar de estar en rojo el semáforo; el ayudante de quirófano es un novato), bien de modo doloso (se vende un arma o veneno a quien se sabe que se va a suicidar o que va a matar a otro). En estos casos habrá imprudencia si se es excesivamente confiado en lo que va hacer otra persona o, incluso, participación dolosa en el delito doloso ajeno (cfr. *infra* capítulo XXVII.2).

También se suele acudir para determinar en el caso concreto si hubo o no imprudencia a criterios tales como la *adecuación social* o el *riesgo permitido*, de los que nos ocupamos en otro lugar. Igualmente en la doctrina anglosajona se emplea el criterio de lo *razonable* (si se considera que el acusado no actuó como lo hubiera hecho en esas circunstancias una persona razonable, entonces se afirma la imprudencia). Todos estos criterios sirven para delimitar el tipo de injusto del delito imprudente de forma objetiva, al margen de situaciones subjetivas o conocimientos especiales que tenga el autor de la acción y que ahora veremos cómo repercuten en la delimitación del concepto de imprudencia.

## B) EL DEBER SUBJETIVO DE CUIDADO

Todos los criterios expresados en el apartado anterior son criterios objetivos que valoran, por tanto, la conducta desde el punto de vista de un observador imparcial colocado en la situación y circunstancias del sujeto que la realice. Pero también en la imprudencia hay un *tipo subjetivo* que atiende a la *capacidad individual*, al nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencia del sujeto. Así, por ejemplo, la agravación de la imprudencia cuando se trata de un profesional sólo tiene sentido si se tiene en cuenta la mayor capacitación del profesional en el ejercicio de su actividad frente al que no lo es. En una misma situación, el saber especial de un individuo, sus deberes profesionales, etc., pueden servir de base para valorar su conducta como imprudente, mientras que la misma conducta realizada por una persona sin esos conocimientos específicos puede ser correcta. Así, por ejemplo, el médico que conoce la debilidad constitucional del paciente debe actuar más cuidadosamente que el que no la conoce; su imprudencia, pues, respecto a la prescripción de un medicamento contraindicado es mayor. También el *rol* que desempeña el sujeto puede ser determinante para la exigencia de un

mayor deber de diligencia. Se puede hablar, por tanto, de un «doble baremo», en el sentido de que primero hay que establecer un baremo generalizador u objetivo de lo que se considera imprudente e individualizarlo después con arreglo a las circunstancias del caso concreto y a los conocimientos y capacidades especiales del sujeto que interviene en ese caso (cirujano de prestigio, piloto de carreras, experto o perito).

En resumen, las reglas y principios de la experiencia son abstracciones y generalizaciones que deben aplicarse a un caso concreto para valorar si hubo o no imprudencia. La inobservancia de esas reglas es ya un indicio, pero nunca una prueba irrefutable de que se actuó imprudentemente. Así, habrá casos en los que la inobservancia de dichas reglas puede ser imprudente y en otros, prudente: el invadir el lado izquierdo de la calzada cuando no viene nadie en contra para evitar atropellar a un niño es, a pesar de la infracción formal, un acto prudente; sin embargo, el seguir por el mismo lateral puede ser imprudente. Por tanto, lo que al final importa es la lesión subjetiva del deber de cuidado.

El tema es especialmente importante para delimitar los niveles de cuidado exigibles en los distintos sectores profesionales; véanse al respecto los trabajos de GÓMEZ RIVERO, 2008, ROMEO CASABONA, 1981 y JORGE BARREIRO, 1994 y 1995, sobre responsabilidad médica; el de ARROYO ZAPATERO, 1981 sobre la seguridad en el trabajo; el de LUZÓN PEÑA, 1990, sobre seguridad en el tráfico, etc. (citados en la bibliografía de este capítulo). No obstante, tiene razón GARCÍA RIVAS (1999, p. 384) cuando señala que no hay razón por la que considerar siempre más grave la *imprudencia profesional*, ya que el dato de la actividad profesional debe servir para configurar el deber de cuidado exigible en la profesión, pero no para castigar al profesional con mayor pena que al ciudadano común (cfr., sin embargo, arts. 142,3, 146, 158, que más que una agravación prevén una «pena profesional» como es la inhabilitación).

### C) LA LESIÓN DEL CUIDADO

Resumiendo, si de la comparación entre el deber de cuidado objetivo y la conducta concreta realizada resulta que la conducta ha quedado por debajo de lo que el cuidado objetivo exigía, se habrá lesionado este cuidado y la conducta será típica a los efectos de constituir el tipo de injusto de un delito imprudente. Si, por el contrario, la conducta realizada es conforme al cuidado requerido, no será típica. El Derecho penal no puede obligar a nadie más allá de la observancia del cuidado que objetivamente era exigible en el caso concreto al que se encontraba en esta situación. Por ello, sólo la lesión del deber de cuidado convierte la conducta en conducta imprudente.

Sin embargo, dado que junto a la lesión del cuidado objetivamente requerido hay que tener en cuenta también la capacidad, rol específico y conocimientos especiales del sujeto que actúa, tanto para fundamentar la imprudencia, como para graduar su gravedad, debe distinguirse entre *imprudencia grave y leve*, según el grado de participación subjetiva del autor en el hecho y de conciencia del peligro que supone la conducta que realiza. Algunos supuestos de imprudencia punible sólo son imaginables si los realiza un profesional (cfr. por ejemplo, art. 159,2). Cuanto mayor sea la lesión del cuidado subjetivo, más grave será la imprudencia. Esta gravedad mayor o menor de la imprudencia no depende, sin embargo, de que sea una *imprudencia consciente o inconsciente*, pues a veces la inconsciencia, es decir, que el sujeto ni siquiera se haya percatado de la peligrosidad de su conducta, refleja un grado de despreocupación y ligereza aún más grave que la imprudencia consciente, en la que el sujeto cree que puede dominar el peligro que está creando conscientemente.

### 3. EL RESULTADO. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Como ya se ha dicho, las conductas imprudentes sólo son castigadas, por imperativo del principio de intervención mínima del Derecho penal, en la medida en que producen determinados resultados. El desvalor de la acción (la conducta imprudente) no es, por sí, suficiente para determinar una sanción penal, sino que es preciso, además, que se conecte con el desvalor del resultado (la producción de un resultado prohibido; sobre la distinción desvalor de acción-desvalor de resultado, cfr. *supra* capítulo XIII e *infra* capítulo XVIII).

La producción del resultado es el «componente de azar» de los delitos imprudentes, ya que éstos sólo pueden ser castigados cuando el resultado tiene lugar, por más que la acción imprudente sea la misma se produzca o no se produzca el resultado, que normalmente consistirá en la lesión de un bien jurídico y otras veces, las menos, en su puesta en peligro. Pero esto no quiere decir que el resultado sea una pura *condición objetiva de penalidad* y que baste con que éste se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. Por el contrario, el resultado, para ser imputado al autor de la acción imprudente, debe estar en una determinada relación con ésta y ser la consecuencia lógica del peligro inherente creado o incrementado ilícitamente por la conducta misma. Por ello se puede decir que la conducta

objetivamente imprudente (es decir, la realizada sin la diligencia debida que crea o incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca) es, junto con la *relación de causalidad*, la base y fundamento de la *imputación objetiva* del resultado, que pertenece, por tanto, a la propia esencia de la imprudencia.

Por tanto, en los *delitos imprudentes de resultado lesivo* debe mediar entre la conducta imprudente y el resultado lesivo, en primer lugar, una relación de causalidad, es decir, una conexión que permita imputar ya en el plano puramente causal ese resultado concreto que se ha producido al autor de la conducta imprudente realizada. En los *delitos imprudentes de peligro concreto* también debe haber una relación entre la conducta imprudente realizada y el peligro grave provocado, aunque éste no llegue a materializarse en un resultado lesivo.

Se plantean aquí, por consiguiente, los problemas de relación de causalidad ya estudiados en el capítulo XIII y que normalmente se pueden resolver con la teoría de la adecuación. En efecto, esta teoría considera adecuada una conducta para provocar un resultado cuando era previsible objetivamente que lo iba a provocar y el autor actuó sin la diligencia debida. Estos dos componentes, previsibilidad objetiva y diligencia debida, son, al mismo tiempo, los elementos que se emplean para determinar cuándo una conducta es imprudente. Sin embargo, no siempre que se dan la previsibilidad objetiva y la falta de diligencia pueden imputarse los resultados producidos.

A partir de las aportaciones de ROXIN, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado diversos criterios que perfilan la teoría de la causación adecuada y restringen el ámbito de imputación a aquello que es jurídicamente relevante (*teoría de la imputación objetiva*).

La teoría de la imputación objetiva también puede ser fundamentada desde el punto de vista de la *función de motivación de la norma penal* (véase *supra* capítulo III), pues sólo lo que las personas pueden prever racionalmente como consecuencia de una conducta que crea o incrementa el peligro más allá de lo permitido puede ser imputado objetivamente y puede ser objeto de una prohibición y de una amenaza penal. Es decir, no sólo se trata de motivar la evitación de este tipo de conductas, sino también de imputar sólo a la misma, y ya en el plano objetivo, el resultado que racionalmente puede ser imputado, y no cualquier evento que pueda producirse casualmente, más allá de lo previsible y evitable, y sin conexión directa con el peligro ilegítimamente creado. En definitiva, la norma penal sólo puede motivar y, por tanto, amenazar de forma general con una pena, comportamientos objetivamente peligrosos y realizados más allá del riesgo permitido, sea éste uno regulado jurídicamente (por ejemplo, por normas del Código de la circulación o por reglamentaciones sobre los niveles admisibles de contaminación medioambiental), adecuado socialmente (por ejemplo, prácticas de deportes peligrosos, como el boxeo o el rugby) o conforme a reglas

técnicas o profesionales (por ejemplo, sobre resistencia de materiales o *lex artis* en la construcción o en la práctica médica).

Como ya hemos visto antes (capítulo XIII), la teoría de la imputación objetiva utiliza varios criterios complementarios a los de la causalidad adecuada para resolver los casos más complejos y difíciles que suelen presentarse en el delito imprudente. Veamos ahora dichos casos con más detenimiento.

a) El resultado se ha causado por la realización de la acción imprudente, pero también se hubiese producido si el autor hubiera actuado correctamente (por ejemplo, el ciclista embriagado cae ante las ruedas del camión al ser adelantado por éste a más velocidad de la permitida; mas el resultado igual se hubiera producido aunque el camionero hubiese conducido correctamente). En este caso, la teoría de la imputación objetiva considera que el resultado puede ser imputado si se demuestra que la acción imprudente supuso un *incremento notable del riesgo normal* de que el resultado se produjera. Aquí el incremento del riesgo equivale a su creación, y ello es lo que, junto a la causalidad, determina la imputación del resultado. Sólo si es seguro que la conducta correctamente realizada hubiera producido también el resultado puede excluirse la imputación.

b) El resultado se ha causado por causas ajenas a la acción imprudente misma: el herido fallece en otro accidente al ser transportado al hospital, o a consecuencia de un mal tratamiento médico (*procesos causales irregulares*). En este caso se niega la imputación objetiva si el resultado no es consecuencia directa de la *realización del riesgo implícito en la acción imprudente*.

Igualmente deben ser tratados los casos en los que un tercero se aprovecha de la actuación imprudente de otro para producir dolosamente el resultado: la víctima aumenta la gravedad de la herida para cobrar una mayor indemnización; el que ha obtenido de su amigo farmacéutico un tóxico sin receta lo utiliza para matarse o matar a otro, etc. (*prohibición de regreso*).

c) El resultado producido por la acción imprudente cae *fuera del ámbito o fin de protección de la norma lesionada*. En este caso se niega la imputación objetiva porque el resultado producido no tiene nada que ver con el fin de la norma infringida. Así, las normas que disciplinan la circulación de automóviles están para prevenir resultados lesivos de los participantes en el tráfico, no para prevenir, por ejemplo, la muerte de

la madre de un conductor que muere de infarto al conocer la muerte de éste en un accidente.

También se pueden resolver con este criterio los casos en los que la víctima participa voluntariamente en la acción peligrosa (así, por ejemplo, el copiloto en las carreras de coches, la persona que tiene relaciones sexuales con un sujeto sabiendo que éste es portador de SIDA y sin utilizar preservativo, o los que participan voluntariamente en deportes o juegos peligrosos, «ruleta rusa», etc.), pues salvo caso de incapaces, niños etc., el Derecho no puede extender su protección a los que voluntariamente renuncian a ella, salvo en caso de que se trate de una co-operación o inducción al suicidio que se castiga expresamente en el art. 143; o de situaciones en las que la disponibilidad viene prohibida por el propio Ordenamiento jurídico (venta de órganos), o afecta a terceras personas (sobre la autopuesta en peligro como supuesto de consentimiento del sujeto pasivo, cfr. *infra* capítulo XXI.2).

En los casos de *resultados producidos a largo plazo*, se plantea además del problema de la determinación de la causalidad entre la acción inicial y el resultado, el de la delimitación entre el daño tardío y la lesión sobrevenida. Especialmente importante es este problema para resolver la imputación de la muerte como consecuencia del contagio de SIDA y de los daños ecológicos a largo plazo, ya que aquí además de la causalidad hay que tener en cuenta otros factores (prescripción, cosa juzgada, etc.), que impiden la imputación objetiva del resultado final (véanse GÓMEZ RIVERO, 1998 y 2008, PÉREZ DEL VALLE, 1998, y las diversas aportaciones de LUZÓN PEÑA y SCHÜNEMANN en VARIOS, Barcelona 1993). En todo caso, la propia complejidad del proceso causal que lleva al resultado final impide la imputación a su causante, a título de dolo (cfr. *supra* capítulo XVI).

#### 4. LA REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL

El Código penal no define en ningún lugar la imprudencia, sino que da por supuesto su entendimiento de acuerdo con el significado lingüístico del término, que en esta materia no difiere mucho del significado jurídico obviamente mucho más perfilado y delimitado con ayuda de los criterios que anteriormente se han expuesto.

En el actual Código penal, conforme a lo dispuesto en el art. 12 sólo los hechos imprudentes que estén expresamente tipificados como delitos pueden ser objeto de sanción penal. Conforme al *principio de intervención mínima*, de toda la gama de acciones imprudentes que se dan en la vida diaria en los más diversos sectores y ámbitos el Código penal



sólo eleva a la categoría de delitos la *imprudencia grave* en relación con algunos tipos delictivos (cfr. por ejemplo arts. 142, 146, 152, 159,2, 267, 344, 358, 367). Excepcionalmente también castiga la *imprudencia leve* como *falta* cuando afecta a la vida o a la integridad física (cfr. art. 621). Generalmente se trata de bienes jurídicos de especial importancia o trascendencia social (vida, integridad física, vida del feto, genotipo humano, daños patrimoniales de gran importancia, salud pública, etc.), en los que, incluso aplicando el principio de intervención mínima del Derecho penal, se considera necesario recurrir a la sanción penal para reprimir o, en su caso, prevenir su lesión o puesta en peligro imprudente. También en relación con algunas funciones públicas que exigen un especial cuidado en su realización se tipifica expresamente como delito la *imprudencia grave* de los encargados de realizarlas (cfr. art. 391: comisión por *imprudencia* de falsedad en documento público; art. 447: prevaricación judicial; art. 601: permitir el conocimiento a personal no autorizado de material que afecte a la defensa nacional). En el vigente Código penal sólo se castigan, pues, determinados delitos imprudentes (*crimina culposa*).

De acuerdo con la regulación actual, la punición de la *imprudencia* viene condicionada, por consiguiente, a que se realice la parte objetiva del tipo de injusto del delito en el que se incrimine expresamente su comisión imprudente. El delito imprudente constituye, por tanto, un *supuesto de incongruencia*, ya que el tipo subjetivo no se corresponde con el tipo objetivo, que va más allá de lo que el sujeto quería realizar. Pero la pena concreta a imponer depende de la gravedad que en el caso concreto tenga la *imprudencia*, más que del resultado producido. Generalmente sólo se castiga la *imprudencia* que da lugar a la producción de un resultado: homicidio, aborto, lesiones, etc.; y, excepcionalmente, la que genera una situación de peligro. La *imprudencia leve* se castiga como falta cuando da lugar a homicidio o lesiones y sólo es perseguible a instancia de parte (art. 621). Los daños patrimoniales requieren para su castigo, además de que se realicen por *imprudencia grave*, que produzcan un perjuicio de una determinada cantidad (art. 267). Además, tanto en la falta de homicidio o de lesiones por *imprudencia leve*, como en los delitos de homicidio y lesiones por *imprudencia grave* (arts. 142,2 y 3, 152,2 y 3 y 621,4 y 5), si el hecho se realizó utilizando un vehículo de motor o un arma de fuego, o por *imprudencia profesional*, se pueden imponer determinadas sanciones inhabilitadoras de privación del derecho a conducir, del derecho a la tenencia y porte de armas o de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo.

## 5. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: EL CASO FORTUITO Y EL RIESGO PERMITIDO

Las únicas formas de imputación existentes en Derecho penal y que, por tanto, pueden constituir el tipo subjetivo de un delito son la dolosa y la imprudente; todo lo que no sea atribuible a dolo o a imprudencia debe ser excluido del ámbito del Derecho penal e, incluso, del ámbito de lo típicamente relevante (cfr. art. 5).

El tipo, en efecto, como materia de prohibición, en su *función motivadora* sólo puede prohibir aquellos sucesos de la vida desencadenados, dolosa o imprudentemente, por una conducta humana final. Toda producción de un resultado que no se deba, al menos, a un comportamiento imprudente debe estimarse como *fortuita* y excluirse, por tanto, del ámbito de lo penalmente relevante. Como ya anteriormente se ha dicho, ni siquiera en el plano causal son imputables, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada, los resultados objetivamente imprevisibles o que se produzcan como consecuencia de acciones realizadas con la diligencia debida. Estos dos elementos, *previsibilidad objetiva* y *lesión de la diligencia debida*, igual que los criterios del incremento del riesgo, realización del riesgo y fin de protección de la norma, son también elementos del tipo de injusto del delito imprudente, de tal modo que, si no se dan, no puede hablarse de presupuestos de una responsabilidad a título de imprudencia.

La exclusión de la responsabilidad por el resultado o de la *responsabilidad objetiva* del ámbito del Derecho penal es también una consecuencia de la función motivadora de la norma penal, que sólo puede motivar a los ciudadanos para que se abstengan de realizar acciones que puedan producir resultados previsibles y evitables. Carece de sentido prohibir procesos meramente causales.

Esto que parece lógico es, sin embargo, una conquista relativamente reciente del moderno Derecho penal y, aun así, no siempre respetada. El Derecho penal, aún en el siglo XX, ha conocido una tercera fuente de imputación distinta a la dolosa y a la imprudente, que es la pura *responsabilidad por el resultado*.

Su origen más inmediato se encuentra en el principio *versari in re illicita*, procedente del Derecho canónico medieval, según el cual bastaba con que se iniciara la ejecución de un acto ilícito para que se imputase a su autor el resultado producido, aunque dicho resultado fuese fortuito y totalmente alejado de la finalidad y de la previsibilidad del

sujeto. La responsabilidad por el resultado se vinculaba, por tanto, a un inicial hecho ilícito, generalmente un delito doloso, aunque podía ser imprudente; de esta manera, una vez iniciado el hecho ilícito básico, el autor respondía de todas sus consecuencias, aunque fueran fortuitas.

Una consecuencia de esta concepción objetiva de la responsabilidad eran también los *delitos cualificados por el resultado*, en los que bastaba que el resultado cualificante se produjera como consecuencia de un delito inicial doloso (por ejemplo, en el anterior Código penal, art. 411: aborto con resultado muerte de la embarazada; art. 488: abandono de menor con resultado muerte o daño a la salud). El Código penal de 1995 ha suprimido estos delitos cualificados por el resultado para dejar paso a las reglas generales del concurso, cuando procedan, entre el delito inicial (por ejemplo, abandono del menor) y el que se haya producido, generalmente de forma imprudente, como consecuencia del mismo (por ejemplo, la muerte del abandonado). No obstante, todavía se encuentra en el Código penal algún precepto aislado que recoge cualificaciones por el resultado; por ejemplo en los delitos de terrorismo se impone una pena más grave «si causaran la muerte de una persona» (art. 572.2,1º). En todo caso, estas cualificaciones por resultados adicionales sólo serán imputables si, al menos, se producen imprudentemente (cfr. también art. 442).

*El caso fortuito y el riesgo permitido.* El art. 5 del Código penal establece que «no hay pena sin dolo o imprudencia». Tradicionalmente se ha considerado que una declaración de este tipo sólo podía entenderse como una causa de exclusión de la culpabilidad, ya que tanto el dolo como la imprudencia, cuya ausencia determina que no se pueda imponer una pena, se consideraban por un amplio sector doctrinal como formas de la culpabilidad. De ahí que al principio contenido en el art. 5 se le haya llamado tradicionalmente principio de culpabilidad. Sin embargo, si se admite que el dolo y la imprudencia son ya las dos únicas formas subjetivas de imputación en el tipo de injusto, habrá que considerar que su ausencia es una causa de exclusión del tipo de injusto que excluye el mal producido fortuitamente del ámbito de lo relevante típicamente.

Una forma de delimitar lo fortuito de lo penalmente relevante es comprobar si la conducta realizada está dentro del ámbito del *riesgo permitido*. En el mundo moderno, el manejo de determinados instrumentos técnicos (automóviles, aviones, máquinas, etc.) lleva siempre aparejado el riesgo de que se produzca alguna lesión de bienes jurídicos (muerte, lesiones, daños patrimoniales, etc.) y, con ello, la realización del tipo de injusto de un delito, por lo menos en su forma imprudente. Sin embargo, en la medida en que dichas acciones peligrosas sean necesarias para la consecución de determinados fines lícitos y beneficiosos para la comunidad social están permitidas e, incluso, pueden ser exigidas en algunos casos. Ahora bien, ello no quiere decir que las actividades peligrosas puedan ser realizadas sin ningún tipo de precauciones. Precisamente porque son peligrosas deben ser realizadas con el máximo cuidado posible, extremando la diligencia

debida. De ahí se desprende que, realmente, el riesgo permitido, más que causa de justificación, es causa de exclusión del tipo de injusto del delito imprudente, ya que lo que excluye la responsabilidad en estos casos no es que la actividad peligrosa esté permitida, sino que *está permitida en la medida en que se realiza con la diligencia debida*, es decir, sin imprudencia. Por lo tanto, igual que sucede con el caso fortuito, el riesgo permitido es una causa de exclusión del tipo de injusto; una fórmula para interpretar restrictivamente los tipos penales cuando el comportamiento en él subsumible entra dentro de lo socialmente habitual y adecuado. Pero, al mismo tiempo, es un criterio interpretativo general que se puede utilizar para resolver muchos otros problemas de la Teoría del Delito, como, por ejemplo, el margen de apreciación admisible en la percepción de los presupuestos objetivos de las causas de justificación (cfr. *infra* capítulos XIX y XX). Algunos casos de riesgo permitido pueden ser tratados desde el punto de vista del *estado de necesidad* y del *principio del interés preponderante*, pero secuencialmente se pueden resolver ya como casos de riesgo permitido y, por tanto, de ausencia de tipo de injusto imprudente (por ejemplo, el bombero que, para salvar a una persona que se encuentra en el cuarto piso de un edificio incendiado, le dice que salte a la lona, a sabiendas de que hay pocas posibilidades de que así se salve). Igual sucede con las intervenciones médicas curativas (por ejemplo, la amputación de una pierna para evitar que la gangrena se extienda a todo el cuerpo).

**Bibliografía:** ARROYO ZAPATERO, La protección penal de la seguridad en el trabajo, Madrid 1981; BONET ESTEVA, La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto), Madrid 1999; CANCIO MELIÁ, La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima («imputación de la víctima», RDPC 1998; EL MISMO, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, Barcelona 1998; CEREZO MIR, Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; EL MISMO, El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, ADP 1983; COBOS GÓMEZ DE LINARES, El problema de las lagunas «conscientes» y la Jurisprudencia «creativa» a través de un ejemplo: la distinción culpa profesional y culpa del profesional, PJ 1990; CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, Barcelona 1989; EL MISMO, Imputación «objetiva» en el delito imprudente, en Causalidad e imputación objetiva, CDJ 1994; CÓRDOBA RODA, El juez y el perito en la determinación de la norma de cuidado en los delitos de imprudencia en el ejercicio de la actividad médica, La Ley 2002; CHOCLÁN MONTALVO, Sobre la evolución dogmática de la imprudencia, AP 1998; EL MISMO, Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona 1998; DE VICENTE REMESAL/ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, El médico ante el derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; DEL CASTILLO CODES, La imprudencia: autoría y participación, Madrid 2007; ESTEBAN, El delito imprudente, en La imprudencia, CDJ 2005; FEIJOO SÁNCHEZ, La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*), CPC 1997; EL MISMO, Los delitos de resultado lesivo en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo: de las «teorías de la causalidad» a las «teorías de la imputación», Revista

Canaria de Ciencias Penales 1999; EL MISMO, Homicidio y lesiones imprudentes, requisitos y límites materiales, Madrid 1999; EL MISMO, Actuación de la víctima e imputación objetiva. Comentario a la STS de 17 septiembre 1999, RDPC 2000; EL MISMO, Los límites políticos-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible, PJ 2001; EL MISMO, Resultado lesivo e imprudencia, Barcelona 2001; FRAILE COLOMA, Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica, RDPe 2001; GARCÍA ÁLVAREZ, La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Valencia 1999; GARCÍA RIVAS, La imprudencia «profesional»: una especie a extinguir, en Homenaje a Torío, Granada 1999; GIL GIL, Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva, EPC 2004; EL MISMO, El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado, Barcelona 2007; GIMBERNAT ORDEIG, Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos, RDCirc. 1965; EL MISMO, Causalidad, omisión e imprudencia, ADP 1994; GÓMEZ RIVERO, La imputación de resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA, Valencia 1998; EL MISMO, La responsabilidad penal del médico, 2ª ed., Valencia 2008; GRATACÓS GÓMEZ, La imprudencia en el nuevo Código penal. Especial referencia a la imprudencia profesional y la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, Derecho y Salud 1997; GUALLART Y DE VIALA, La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho Penal español, ADP 1979; GUIASOLA LERMA, La imprudencia profesional, Valencia 2005; HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Valencia 1999 (traducción de Muñoz Conde y M. Díaz Pita); HAVA GARCÍA, La imprudencia médica, Valencia 2001; HIRSCH, Sobre lo injusto del delito imprudente, RDPC 2005; HORMAZÁBAL MALARÉE, Imputación objetiva y principio de lesividad, en Homenaje a Torío, Granada 1999; HUERTA TOCILDO, La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial, La Ley 1983; JAKOBS, La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, CDJ 1999; JORGE BARREIRO, Agustín, Omisión e imprudencia. Comisión por omisión en la imprudencia: en la construcción y en la medicina en equipo, en La comisión por omisión, CDJ 1994; EL MISMO, Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico, en Responsabilidad del personal sanitario, CDJ 1995; LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la circulación, 2ª ed., Barcelona 1990; MANZANARES SAMANIEGO, La imprudencia en el nuevo Código penal, AP 1997; MARAVER GÓMEZ, El principio de confianza en Derecho penal, Madrid 2009; MIR PUIG, La «infracción penal», la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; MOURE GONZÁLEZ, ¿Existe falta de imprudencia profesional leve?, La Ley 1999; NÚÑEZ BARBERO, El delito culposo, Salamanca 1975; PÉREZ DEL VALLE, Relación de causalidad, imputación objetiva y tipo penal. Reflexiones sobre el caso límite de las consecuencias tardías, Revista Canaria de Ciencias Penales 1998; PÉREZ MANZANO, Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Madrid 1999; POMARES CINTAS, La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes, Granada 2004; PORTILLA CONTRERAS, Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente

por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo, CPC 1991; QUINTANO RIPOLLÉS, Derecho penal de la culpa, Barcelona 1958; REYES ALVARADO, La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito, RGDP 2008; RODRÍGUEZ RAMOS, La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código Penal, La Ley 1980; ROMEO CASABONA, El médico y el Derecho Penal I, Barcelona 1981; EL MISMO, Los delitos culposos en la reforma penal, ADP 1990; EL MISMO, ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?, RDPC 1998; EL MISMO, Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo, Granada 2005; ROSO CAÑADILLAS, La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito, PJ 1997; ROXIN, Problemas básicos de Derecho Penal, Madrid 1976 (traducción de Luzón Peña); SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, La «co-delincuencia» en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995, Madrid 2001; SÁNCHEZ LÁZARO, Intervención delictiva e imprudencia, Valencia 2004; SANZ-DÍEZ DE ELZURRUN LLUCH, Dolo e imprudencia en el Código Penal Español, Valencia 2007; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Delito imprudente, Madrid 1991; SERRANO MAÍLLO, La compensación en Derecho penal, Madrid 1996; SILVA SÁNCHEZ, Límites de la responsabilidad por imprudencia, La Ley 1984; EL MISMO, El sistema de incriminación de la imprudencia y sus consecuencias, en El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, CDJ 1996; EL MISMO, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona 1997; STRUENSEE, El tipo subjetivo del delito imprudente, ADP 1987 (traducción de Cuello Contreiras); EL MISMO, Atribución objetiva e imprudencia, CPC 1991; TAMARIT SUMALLA, Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de Testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte, AJA 1998; TORÍO LÓPEZ, Sobre los límites de la ejecución por imprudencia, ADP 1972; EL MISMO, El deber objetivo de cuidado, ADP 1974; EL MISMO, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, EPC 1985/1986; VALLE GÓMEZ, Tratamiento de los delitos y faltas por imprudencia en la moderna reforma penal en España, La Ley 1996; VARIOS, Problemas jurídico-penales del SIDA, Mir Puig (coord.), Barcelona 1993; VARIOS, La imprudencia, CDJ 1993; ZUGALDÍA ESPINAR, La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo, ADP 1984; EL MISMO, Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva (especial consideración de las muertes de inmigrantes en las travesías marítimas), en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008.

Sobre imputación objetiva y causalidad, cfr. *supra* bibliografía capítulo XIII.

Sobre responsabilidad por el resultado: BOLDOVA PASAMAR, La imputación subjetiva de resultados «más graves» en el Código penal español, ADP 1994; CARDENAL MURILLO, La responsabilidad por el resultado en Derecho penal, Madrid 1990; DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3º del proyecto de Código penal, ADP 1983; GIMBERNAT ORDEIG, Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad, Madrid 1966; GÓMEZ BENÍTEZ, Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado, Madrid 1988; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia 1995; HORMAZÁBAL MALARÉE, Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado, ADP 1989; SUÁREZ MONTES, Los delitos

cualificados por el resultado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la reforma de 1983, en Homenaje a Rodríguez Devesa II, Madrid 1989.

Sobre preterintencionalidad antes de la reforma de 1983: MUÑOZ CONDE, Del homicidio preterintencional, RJCat. 1975; SUÁREZ MONTES, La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980, ADP 1981; tras la reforma de 1983, MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 18ª ed., capítulo I, con ulterior bibliografía; QUINTERO OLIVARES, Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; SILVA SÁNCHEZ, Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADP 1985.

Sobre caso fortuito: LUZÓN PEÑA, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o exclusión de la tipicidad penal, RGDP 2008; RODRÍGUEZ MOURULLO, La nueva regulación del caso fortuito, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; VIRTO LARRUSCAIN, El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código penal de 1848, Bilbao 1984.

Sobre el riesgo permitido: PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídicopenal de las actividades peligrosas), Madrid 1995; EL MISMO, El límite entre la imprudencia y el riesgo permitido en el Derecho penal, ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?, ADP 1996.

## CAPÍTULO XVIII

### Antijuricidad

1. Antijuricidad e injusto: precisiones terminológicas
2. Antijuricidad formal y antijuricidad material
3. Los conceptos de lesión y peligro: los delitos de peligro y la tendencia a la expansión del Derecho penal
4. Desvalor de acción y desvalor de resultado

Una vez afirmada la tipicidad del caso real concreto, es decir, una vez comprobado que el caso es subsumible en el supuesto de hecho del tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la *antijuricidad*, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito.

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del Ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la Teoría del Delito, la antijuricidad no es un concepto específico del Derecho penal, sino un concepto unitario, válido para todo el Ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.

El Derecho penal no crea la antijuricidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (*función indiciaria de la tipicidad*); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una *causa de justificación* excluyente de la antijuricidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuricidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

De aquí se deduce que, en la práctica, la función del juicio de antijuricidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación (cfr. *infra* capítulo XIX). Esto no quiere decir, sin embargo, que la antijuricidad no plantee una problemática propia. Muchos de los problemas



fundamentales de la Teoría del Delito se resuelven en esta categoría, pues resulta evidente que el hecho valioso o correcto desde el punto de vista jurídico no puede engendrar ningún tipo de desaprobación. Como seguidamente veremos, el juicio de antijuricidad descansa siempre en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) producida por una acción también desvalorada (desvalor de acción).

## 1. ANTIJURICIDAD E INJUSTO: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En la Dogmática jurídico-penal se emplean el término antijuricidad y el de injusto como equivalentes. Sin embargo, ambos términos deben diferenciarse. La *antijuricidad* es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al Ordenamiento jurídico. El o lo *injusto* es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma. Mientras que la antijuricidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del Ordenamiento jurídico, el injusto (a veces también llamado *ilícito*) es una acción antijurídica determinada: la acción antijurídica de hurto, de homicidio, de incumplimiento contractual, de infracción administrativa. Por eso se habla de injusto o ilícito penal, de injusto civil o de injusto administrativo, aunque la antijuricidad sea unitaria para todo el Ordenamiento jurídico.

En Derecho penal se emplea la expresión *tipo de injusto* para calificar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuricidad.

## 2. ANTIJURICIDAD FORMAL Y ANTIJURICIDAD MATERIAL

A la simple contradicción entre una acción y el Ordenamiento jurídico se le llama *antijuricidad formal*. La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de *antijuricidad material*. Antijuricidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno.

Una acción que contradice la norma de manera puramente formal no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuricidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuricidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción. La falsificación de la firma de un personaje famoso por puro pasatiempo o la confección de una letra de cambio con fines didácticos, etc., no constituye una acción antijurídica de falsedad documental, ya que el bien jurídico protegido en este delito, la seguridad en el tráfico fiduciario, no se ve afectada por estos hechos (sobre el concepto de bien jurídico cfr. *supra* capítulo XV).

Este criterio de la antijuricidad material puede servir también para una interpretación restrictiva de los tipos penales. Así, por ejemplo, exigir una relación sexual a una mujer, amenazándola con revelar su verdadera edad a una revista del corazón podrá ser un hecho constitutivo de amenazas, pero difícilmente uno de agresión sexual. Y, por las mismas razones, habría que negar la calificación de robo cuando con amenazas se pide a alguien que pague un café o haga cualquier contribución económica de escasa cuantía (un euro, por ejemplo) a una institución benéfica. En estos casos sólo se afecta la libertad, pero no la libertad *sexual* o la propiedad de un modo relevante. Igualmente el concepto de antijuricidad material sirve para graduar la gravedad de la misma (no es igual un hurto de diez euros que uno de cien mil) y para elaborar criterios como el de *insignificancia*, *intervención mínima*, etc., que restringen el ámbito de aplicación del Derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes.

### **3. LOS CONCEPTOS DE LESIÓN Y PELIGRO: LOS DELITOS DE PELIGRO Y LA TENDENCIA A LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL**

La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuricidad, puede consistir en una *lesión* o en una puesta en *peligro* de dicho bien jurídico.

La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tan lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños, como la ofensa

al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

Pero junto a la lesión, en el Derecho penal se castiga también la *puesta en peligro* de bienes jurídicos.

El peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es, pues, un juicio *ex ante* que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (*conocimiento ontológico*) y que conozca, además, las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, puede producir generalmente la lesión de un bien jurídico (*conocimiento nomológico*). Para saber, por ejemplo, si A conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a qué velocidad lo conducía, por qué tipo de carreteras viajaba, qué clase de coche era, etc., y, segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocara la muerte o la lesión de alguien. Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejará de ser antijurídico, porque la antijuricidad material exige, por lo menos, la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la norma penal.

Este concepto de peligro es también importante para establecer la idoneidad o la adecuación de una acción en relación con la producción de un determinado resultado; sólo la acción que considerada *ex ante* (es decir, situándose el juzgador —*ex post*— en el lugar del autor en el momento en que ésta es realizada) es objetivamente peligrosa, puede servir de base para la *imputación objetiva* de un determinado resultado delictivo, siempre que, como ya he dicho (*supra* capítulos XIII y XVII), suponga la creación de un riesgo no permitido o el incremento ilícito de uno permitido. Pero el concepto de peligro se utiliza actualmente también como punto de referencia para basar en él un concepto unitario de dolo (cfr. *supra* capítulo XVI) y para fundamentar una expansión del Derecho penal que tiene su máxima expresión en los llamados delitos de peligro.

*Los delitos de peligro.* La distinción entre *delito de lesión* y *delito de peligro* tiene razón de ser en relación con bienes jurídicos de carácter individual con un soporte físico material u *objeto de la acción* (vida, integridad física, propiedad). En este caso, tanto la lesión, como la puesta en peligro concreto del bien jurídico son realidades tangibles que deben ser objeto de prueba en el correspondiente proceso penal (delito de peligro concreto). Sin embargo, hay supuestos en los que el peligro a que se refiere el delito en cuestión es meramente abstracto (delito de peligro abstracto), o no va referido directamente a *bienes jurídicos individuales*, sino a *bienes jurídicos colectivos* inmateriales tales como la seguridad en el tráfico automovilístico (art. 385), la salud pública (art. 364,2,4º) o el equilibrio de los sistemas naturales (art. 325,1). En estos casos se trata de prevenir un peligro general que afecta a la seguridad colectiva y sólo indirectamente a bienes jurídicos individuales, cuya puesta en peligro concreto queda fuera de la configuración típica, aunque en algunos casos se aluda también a la puesta en peligro de estos bienes jurídicos sin especificar si es una puesta en peligro concreta o abstracta (cfr. arts. 341, 343, 351, 361, 362, etc.). Esta doble naturaleza plantea complejos y difíciles problemas interpretativos a la hora de solucionar el nivel de peligrosidad requerido, la relación concursal entre el delito de peligro y el delito de lesión, el grado de conciencia y aceptación que requiere el *dolo de peligro* y su diferencia con el *dolo de lesión*.

Todo ello ha producido una enorme *expansión del Derecho penal*, que se utiliza como un instrumento de intervención en sectores tradicionalmente alejados del Derecho penal, pero que cada vez son más importantes en las sociedades modernas, como el medio ambiente, la salud pública o la economía. Y para hacer más eficaz esa intervención se recurre a instrumentos como *los delitos de peligro hipotético*, cuyo supuesto de hecho describe una «aptitud» o «idoneidad» de la acción típica para producir resultados lesivos o incluso catastróficos (cfr., por ejemplo, arts. 364,1 y 365), y a técnicas legislativas como la *norma penal en blanco* (cfr. *supra* capítulos I y V), hasta el punto de que incluso prescindiendo de la idea de peligro ya la infracción de una norma extrapenal (generalmente una de carácter reglamentario administrativo) es constitutiva de delito (cfr., por ejemplo, art. 364,2,4º).

La principal crítica que cabe hacer a esta expansión del Derecho penal es que con ella se pierde muchas veces el contenido material del injusto penal, pues no quedan claras las referencias a un determinado bien jurídico protegido, y también quedan difuminados los límites entre el injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos.

#### 4. DESVALOR DE ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO

El contenido material de la antijuricidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (*desvalor de resultado*) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el Ordenamiento jurídico (*desvalor de acción*).

La norma penal, cuya infracción constituye la esencia de la antijuricidad o *antinormatividad*, no es sólo una *norma de valoración* de un determinado estado o resultado, sino también una *norma de determinación* que se dirige a los ciudadanos y les dice lo que deben hacer o dejar de hacer. La *función de protección* que tiene la norma penal sólo se puede cumplir, como decíamos en el capítulo III, motivando a los ciudadanos a través de la amenaza de una pena para que respeten los bienes jurídicos que la norma penal quiere proteger (*función de motivación*). Pero el Derecho penal, por imperativo del *principio de intervención mínima*, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquéllas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables. Así, por ejemplo, el Código penal castiga el apoderamiento de cosa mueble ajena (art. 234) sólo si se realiza con intención de apropiársela; imputa resultados sólo cuando han sido producidos dolosa o imprudentemente (arts. 5 y 10); castiga más gravemente algunos hechos ya delictivos cuando se realizan de una forma especialmente intolerable, como el asesinato (art. 139) o el robo (arts. 237 y ss.), etc.

Ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado, son, por tanto, igualmente importantes en la configuración de la antijuricidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado. Así, por ejemplo, la prohibición de matar es una consecuencia de la protección y el valor que se concede a la vida; la prohibición de robar, una consecuencia de la protección y el valor que se concede 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 de esos valores por medio de la norma penal sólo puede conseguirse sancionando o prohibiendo las acciones humanas que puedan lesionarlos. El Derecho penal no protege por ejemplo la vida o la propiedad frente a una inundación o un terremoto.

Por ello parece superflua la polémica sobre la prioridad entre el *desvalor de acción* y el *desvalor de resultado* y, en consecuencia, entre norma de determinación y norma de valoración. No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos, ya que ambos contribuyen, al mismo nivel, a constituir la antijuricidad de un comportamiento. Lo que sucede es que, por razones político-criminales, a la hora de configurar los tipos delictivos el legislador puede destacar o hacer recaer más el acento en

uno u otro tipo de desvalor. En el Derecho penal tradicional, por influencia de la idea de la responsabilidad objetiva, es decir, sin exigencia de dolo o imprudencia respecto al resultado, se hacía recaer el centro de gravedad en el desvalor del resultado, especialmente en la lesión del bien jurídico, castigando más gravemente el delito consumado que la tentativa, admitiendo los delitos cualificados por el resultado, en los que un resultado más grave que el pretendido agravaba la responsabilidad aunque no hubiera ni siquiera imprudencia respecto a ese resultado, etc. En el moderno Derecho penal, del que es un buen ejemplo el Código penal vigente, se tiende a dar mayor importancia al desvalor de la acción, haciendo recaer el acento en la peligrosidad de la acción en sí misma considerada, por el mero hecho de infringir determinadas normas o reglamentos de carácter extrapenal, sancionando la simple desobediencia a la norma sin requerir ningún tipo de peligro concreto para el bien jurídico protegido (de ahí la proliferación de los *delitos de peligro abstracto*, de los que son un buen ejemplo los «delitos contra la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente», algunos delitos socioeconómicos, contra la salud pública, etc.). Para limitar en la medida de lo posible estos excesos por vía interpretativa deben tenerse en cuenta siempre las ideas anteriormente expuestas del *principio de intervención mínima* (sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes deben ser objeto de sanción penal) y de la antijuricidad material (sólo la lesión o la puesta en peligro concreto de un bien jurídico debe ser sancionada con una pena; cfr. lo dicho *supra* 3, en relación con los delitos de peligro). Carece, por tanto, de sentido, desvincular la norma de conducta, que da lugar al desvalor de acción, de la lesividad, que da lugar al desvalor del resultado, porque incluso, como sucede en los casos de tentativa inidónea (cfr. *infra* capítulo XXVI.7), la referencia a una potencial lesividad de la conducta es requisito esencial para su punición.

**Bibliografía:** Sobre la antijuricidad en general: DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona 1981; GIL GIL, *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, RDPC 2005; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976; EL MISMO, *Objeto del delito*, NEJ XVII, 1982; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, Barcelona 2001; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975; MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, RDPC 2001; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid 1984; SÁNCHEZ LÁZARO, *Un problema de antijuricidad. Sobre la racionalización de los*

contenidos de oportunidad a través de la Teoría Jurídica del Delito, ADP 2007; TRAPERO BARREALES, El error en las causas de justificación, Valencia 2004.

Sobre el bien jurídico: véase bibliografía *supra* capítulo III.

Sobre delitos de peligro: BARBERO SANTOS, Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, ADP 1973; BERISTAIN IPIÑA, Cuestiones penales y criminológicas, Madrid 1979; BUSTOS RAMÍREZ, Los delitos de peligro, en Control social y sistema penal, Barcelona 1987; CARDOZO POZO, De lo «Moderno», a la «Expansión» y la falsa encrucijada del derecho penal actual, RDGP 2007; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Valencia 1999; DONNA, El Derecho penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; ESCRIVÁ GREGORI, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Barcelona 1976; GARCÍA ARÁN, Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; EL MISMO, Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, Valencia 2009; GARCÍA RIVAS, El delito ecológico, Barcelona 1997; GRACIA MARTÍN, Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; HASSEMER, Seguridad por intermedio del Derecho penal, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia 1995; HERZOG, Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo, RP 1999; HIRSCH, Peligro y peligrosidad, ADP 1996; JAKOBS, La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, CDJ 1999; MAQUEDA ABREU, La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992, AP 1994; MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Granada 1997; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Madrid 1993; MENDOZA BUERGO, Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Granada 2001; EL MISMO, La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto, RDGP 2002; MONGE FERNÁNDEZ, La responsabilidad penal por riesgos en la construcción, Valencia 1998; MUÑOZ CONDE, El «moderno» Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias, La Ley 1996; EL MISMO, De nuevo sobre el derecho penal del enemigo, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; NIÑO, Derecho penal del enemigo: nuevos argumentos para el viejo discurso del poder punitivo, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; NÚÑEZ CASTAÑO, Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; PÉREZ CEPEDA, La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno, Madrid 2007; EL MISMO, De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; PÉREZ DEL VALLE, Sociedad de riesgos y reforma penal, PJ 1996; POVEDA PERDOMO, Fundamentación material del injusto. Entre el Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensor de la vigencia de la norma, AP 1998; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid 1994; EL MISMO, Expansión del Derecho penal y límites constitucionales, en Homenaje a

Vives, Valencia 2009; ROMEO CASABONA, Aportaciones al principio de precaución al Derecho Penal, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid 2001; SUÁREZ MONTES, El injusto penal en el código de 1995, en *Homenaje a Torío*, Granada 1999; TORÍO LÓPEZ, Los delitos de peligro hipotético, ADP 1981; VARGAS PINTO, Delitos de peligro abstracto y resultado, Navarra 2007.

Sobre desvalor de acción y desvalor de resultado: DE SOLA RECHE, La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, ADP 1994; LARRAURI PJOÁN, Función unitaria y función teleológica de la antijuricidad, ADP 1995; MIR PUIG, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADP 1988; QUINTERO OLIVARES, Acto, resultado y proporcionalidad, en *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca 1982.





# CAPÍTULO XIX

## Causas de justificación

1. Causas de justificación. Naturaleza y efectos
2. Sistemática
3. Elementos subjetivos de justificación
4. El error en las causas de justificación
5. Justificación incompleta y atenuación de la pena

### 1. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. NATURALEZA Y EFECTOS

El Ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones, sino también de *preceptos permisivos* que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido. En Derecho penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, en la medida en que el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos, el indicio de la antijuricidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuricidad que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el Ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con las causas de exclusión de la culpabilidad, las causas de justificación no sólo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito, con todas las consecuencias que ello comporta:

a) Frente a un acto justificado no cabe legítima defensa, ya que ésta presupone una agresión antijurídica.

b) La participación (inducción, cooperación necesaria o complicidad) en un acto justificado del autor está también justificada (sobre la autoría mediata cfr. *infra* capítulo XXVII).

c) Las causas de justificación impiden que al autor del hecho justificado pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de

sanción, ya que su hecho es lícito en cualquier ámbito del Ordenamiento jurídico.

d) La existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuricidad.

e) El ámbito de las causas de justificación se extiende hasta donde llega la protección normativa del bien que, por renuncia de su titular o por mayor importancia de otro, se permite atacar. Toda extralimitación o exceso en el ejercicio de una causa de justificación o lesión de un bien extraño será, por lo tanto, antijurídica.

Todos estos efectos son predicables por igual de todas las causas de justificación que reconoce el Ordenamiento jurídico. Del catálogo de eximentes de la responsabilidad criminal que contiene el art. 20 del Código penal tienen el carácter de causas de justificación: la legítima defensa (art. 20,4º), el estado de necesidad (art. 20,5º) y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20,7º). Junto a ellas se considera también como causa de justificación el consentimiento, en los casos en los que la protección de un bien jurídico queda supeditada a la voluntad de su titular (lesiones, quizás ayuda al suicidio en situaciones extremas de eutanasia consentida); no así en los casos en los que es la voluntad misma la que es objeto de protección, en los que el consentimiento excluye ya la tipicidad, como en el hurto, en el allanamiento de morada o en general en los delitos contra la libertad (sobre esta distinción *infra* capítulo XXI.2). En la doctrina se atribuye además la cualidad de causa de justificación al derecho de corrección (que no sería más que un supuesto concreto del ejercicio legítimo de un derecho) y al riesgo permitido (especialmente como justificación en los delitos imprudentes); respecto a este último, sin embargo, ya hemos visto antes (capítulo XVII) que es, en realidad, un elemento excluyente del carácter imprudente de la acción, aunque, igual que sucede con la adecuación social, también puede utilizarse para marcar los límites de las causas de justificación y de la racionalidad del error sobre los presupuestos objetivos de las mismas (cfr. *infra* 4).

También la ausencia de dolo o imprudencia, el llamado *caso fortuito*, es más bien una causa de ausencia de tipicidad, ya que no se da la relación psicológica mínima que permite en ese ámbito la imputación del hecho.

En todo caso, parece claro que el *catálogo de las causas de justificación* no es un catálogo cerrado, por cuanto las causas de justificación no son un problema específico del Derecho penal, sino un problema

general del Ordenamiento jurídico. Cualquier acto lícito desde el punto de vista del Derecho público o privado puede serlo también para el Derecho penal y, a la inversa, cualquier acto justificado en el Derecho penal es también un acto lícito para las restantes ramas del Ordenamiento jurídico, aunque en caso de *estado de necesidad* subsista la *responsabilidad civil* para el que resulte favorecido por la evitación del mal (cfr. art. 118,1,3<sup>a</sup> e *infra* capítulo XXXV).

El concepto de licitud o ilicitud, de jurídico o antijurídico, es un concepto general válido para todo el Ordenamiento jurídico. Lo único específico de cada rama del Derecho son las consecuencias que se atribuyen al acto jurídico o antijurídico. De aquí se desprende que las fuentes de las causas de justificación pueden tener su origen en cualquier rama del Ordenamiento jurídico que, por medio de sus disposiciones (ley, reglamento, Derecho consuetudinario, etc.), autorice la realización de un hecho penalmente típico.

Esto no quiere decir que el Derecho penal no pueda justificar por criterios específicamente penales un hecho típico en el que se observen infracciones administrativas o civiles. Así, por ejemplo, puede apreciarse una causa de justificación en el policía que dispara contra un ladrón con un arma no reglamentaria, o en la mujer que aborta por indicación terapéutica sin cumplir los requisitos formales establecidos.

Pero ello no parece motivo suficiente para admitir unas *causas de exclusión de la antijuricidad específicamente penales* o una *categoría intermedia entre las causas de justificación y las de exculpación*, lo que llevaría a una especie de causas de justificación de segunda división, con efectos sólo en la responsabilidad penal. Por tanto, salvo en algún supuesto excepcional de subsistencia del ilícito no penal (cfr. *supra* capítulo IV), la justificación penal debe excluir la antijuricidad en todo el Ordenamiento jurídico.

## 2. SISTEMÁTICA

La doctrina se ha esforzado por reconducir las causas de justificación a una serie de principios generales que informan su regulación jurídica concreta. Las *teorías monistas* pretenden reducir todas las causas de justificación a un principio único que algunos ven en la idea de «empleo de medios adecuados para un fin lícito», otros en la de «más beneficio que perjuicio» y, finalmente, otros en la de «ponderación de bienes». Sin embargo, estas teorías han sido abandonadas por cuanto utilizan conceptos vagos e indeterminados, incapaces de explicar unitariamente la naturaleza de cada causa de justificación en concreto, ya que cada una responde a ideas diferentes o a la combinación de varias de ellas.

La doctrina dominante actualmente atiende a varios principios generales reguladores, comunes a diversos grupos de causas de justificación de la misma especie o similares en su punto de partida, y las clasifica luego en función de estos principios. De acuerdo con ello, las causas de justificación se suelen clasificar según predomine en ellas el principio de la *ausencia de interés* o el principio del *interés preponderante*. En las primeras el hecho queda justificado porque el titular del bien jurídico afectado por la conducta típica renuncia a la protección jurídica en el caso concreto (caso del consentimiento). En las segundas el hecho queda justificado porque la lesión de un bien jurídico se produce para salvar otro bien de mayor valor (estado de necesidad). Sin embargo, no son estos principios los únicos informadores de las causas de justificación ya que, junto a ellos, juegan también un papel importante otros como el de la «prevalencia del Derecho», el de «*proporcionalidad*», el de «*necesidad*», etc., que no siempre son reconducibles a los otros dos. Realmente debe estudiarse en cada causa de justificación en concreto cuáles son los principios que la inspiran, renunciando a cualquier apriorismo sistemático que, por lo demás, apenas tiene importancia práctica. También debe tenerse en cuenta que algunos casos de colisión de derechos de difícil solución por la vía del estado de necesidad o alguna otra causa de justificación específica se solucionan legislativamente estableciendo una *justificación por el procedimiento*, cuya observancia legitima la intervención que de otro modo sería ilícita. Sucede esto, por ejemplo, en el art. 156 respecto a la *esterilización de deficientes mentales*, o en las *indicaciones del aborto* recogidas en la LO 2/2010, de 3 de marzo (véanse MUÑOZ CONDE, 1995; HASSEMER/ LARRAURI, 1997).

### 3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica no basta con que se dé objetivamente la situación justificante, sino que es preciso, además, que el autor conozca esa situación e, incluso, cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción. Así, por ejemplo, sólo puede actuar en legítima defensa quien sabe que se está defendiendo. En el estado de necesidad, el núm. 5º del art. 20 exige que el autor actúe «para evitar un mal propio o ajeno». Si falta alguno de estos elementos subjetivos el acto no queda justificado, a pesar de que objetivamente se den los presupuestos objetivos de una causa de

justificación. Para la justificación de una acción no es suficiente, por tanto, que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso, además, que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado.

No actúa, por ejemplo, en legítima defensa quien mata por venganza a otro sin saber que la víctima estaba esperándolo precisamente para matarlo; la exclusión de la legítima defensa en este caso no se debe a que se mate por venganza, sino a que el autor no sabía subjetivamente que estaba defendiéndose de la agresión de la víctima.

El *elemento subjetivo de justificación* no exige, por tanto, que los móviles del que actúa justificadamente sean valiosos, sino simplemente que el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente. Así, por ejemplo, un funcionario de prisiones puede ejercer su profesión porque es un sádico y disfruta con el dolor ajeno pero, en la medida en que actúe dentro de los límites legales y sepa y quiera actuar dentro de esos límites, actúa justificadamente. Lo mismo sucede en las demás causas de justificación. No se trata aquí en absoluto de valorar los motivos e intenciones últimas del acusado, sino de probar, simplemente, que conoce la situación objetiva justificante y que actúa voluntariamente dentro de los límites autorizados.

De acuerdo con lo dicho en el capítulo anterior, la *ausencia del elemento subjetivo de justificación* en una situación objetivamente justificada mantiene el *desvalor de acción*, aunque no el del resultado, por eso sólo puede hablarse de una tentativa del delito que el sujeto creía que cometía, pero no de consumación, aunque también podría valorarse como una eximente incompleta (cfr. *infra* 4 y 5).

#### 4. EL ERROR EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La justificación de una acción sólo se da, por tanto, si concurren tanto el elemento subjetivo como el objetivo de la respectiva causa de justificación. La falta de cualquiera de estos elementos determina que el acto siga siendo antijurídico. Esto puede darse tanto por falta del elemento subjetivo (el autor no quiere actuar conforme a Derecho, pero su acto causa un resultado objetivamente lícito), como por falta del elemento objetivo (el sujeto quería actuar conforme a Derecho, pero el acto que produjo no está objetivamente autorizado por el Derecho). Tanto en un caso como en otro nos encontramos con un error que, aunque no afecta a la antijuricidad, puede tener repercusiones en otra categoría del delito (la culpabilidad) o en la determinación de la pena.

El error en las causas de justificación puede referirse a distintos elementos de las mismas y presentar distintas particularidades que conviene examinar por separado.

1. *El error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación.* El criterio de lo *razonable* para delimitar la justificación real de la putativa.

Uno de los casos en que falta el elemento objetivo es en el supuesto de la *creencia errónea en la existencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación*: el sujeto creía en la existencia de un hecho que, de haberse dado realmente, hubiera justificado su acción (el autor disparó porque creía erróneamente que la víctima iba a dispararle).

Para resolver esta clase de error, hay que tener en cuenta, sin embargo, que, igual que sucede respecto a otros elementos subjetivos del delito (dolo, imputabilidad), también en el ámbito de los elementos subjetivos de las causas de justificación nos ocupamos de tendencias, percepciones subjetivas de la realidad, etc., de difícil constatación empírica a través de la prueba en el proceso. Las diferencias entre lo real y lo putativo son, a veces, difíciles de marcar en el caso concreto y dependen de las más diversas circunstancias objetivas y subjetivas. Por eso es necesario dejar un cierto margen al individuo en la apreciación de la realidad concreta. Si una persona, tras una valoración de las circunstancias, considera, prudente y razonablemente, que va a ser víctima de una agresión y reacciona defendiéndose, parece correcto considerar que actúa justificadamente, aunque objetivamente no se dé exactamente el presupuesto de la legítima defensa. Es razonable, por tanto, transplantar también a este ámbito los criterios que ya hemos utilizado para delimitar el tipo de injusto del delito imprudente y la imputación objetiva (riesgo permitido, adecuación social, etc.). Quien actúa *ex ante* dentro de los márgenes admitidos socialmente al apreciar el presupuesto de una causa de justificación, actúa justificadamente, aunque luego *ex post* resulte que su percepción de la realidad fue objetivamente errónea. El verdadero error jurídicamente relevante comenzará a plantearse sólo cuando el sujeto traspase en su apreciación los límites del riesgo permitido y de lo razonable y *adecuado socialmente* (cfr. *infra* capítulos XX y XXI). La repercusión práctica de lo que se acaba de decir se refleja sobre todo en que, mientras exista causa de justificación, no habrá responsabilidad de ningún tipo (ni penal, ni civil, ni administrativa) y tampoco cabe legítima defensa de la persona sobre la que recae la acción justificada, aunque sí el estado de necesidad, en la medida en que esta persona no haya provocado la suposición errónea del que actúa justificadamente.

En definitiva, la distinción entre causa de justificación y causa de exclusión de la culpabilidad no puede hacerse sobre una imagen cliché falsa del ser humano, en la que exista una congruencia total entre la realidad objetiva y la percepción subjetiva. Esta congruencia la mayoría de las veces no se da. Siempre hay extremos que se perciben mal o incompletamente, datos de la realidad que el individuo malinterpreta. Sería absurdo exigir al acuciado por la necesidad, o al que se encuentra ante la inminencia de lo que cree una agresión, porque tiene motivos reales para pensar que es tal, comprobar pausada y tranquilamente todos los datos objetivos (por ejemplo, que el humo se debe realmente a un simulacro de incendio y no a un incendio verdadero; que el sujeto que le amenaza con una pistola es un bromista y no un asesino a sueldo, y que la pistola está cargada; que quien intenta entrar a la habitación por la ventana subrepticamente es su hermano, y no un ladrón; etc.). Y ello no sólo porque no se puede exigir a todo el mundo la presencia de ánimo y la serenidad necesaria para proceder a esa comprobación, sino también porque, si se pierde mucho tiempo en ello, la reacción defensiva, la adopción de medidas de salvamento, etc., pueden llegar demasiado tarde y carecer de eficacia. En la constatación de los presupuestos objetivos de las causas de justificación que veremos en los capítulos siguientes no se pueden desechar todas las representaciones, creencias subjetivas, conocimientos especiales, etc., que tuvo el sujeto en el momento de su actuación porque ello supondría tanto como sustituir al «sujeto de carne y hueso» por una especie de «sujeto de cartón piedra». Pero esto tampoco quiere decir que sean los criterios subjetivos los únicos a tener en cuenta para constatar la existencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación, pues ello, aparte de borrar la distinción entre justificación y exculpación, que ya vimos al comienzo de este capítulo tiene importantes repercusiones prácticas, llevaría además a resultados prácticos intolerables dejando en manos de cada individuo la constatación de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Parece, pues, que no hay más remedio que, a partir de las creencias subjetivas del sujeto, proceder a valorarlas objetivamente conforme al criterio de lo «razonable» pues, en definitiva, el sujeto *razonable* es también el modelo de referencia que el Derecho utiliza para hacer sus valoraciones sobre lo justo y lo injusto. La constatación, por tanto, «razonable» de los presupuestos de una causa de justificación puede dar lugar a la existencia de la misma; la constatación «no razonable», por debajo del estándar socialmente admisible, debida a miedo, nerviosismo, precipitación, confusión, etc., será considerada



como una causa de exclusión o atenuación de la culpabilidad, que deja subsistente la antijuricidad y que en ningún caso transforma un delito doloso (homicidio, por ejemplo) en uno imprudente, siendo así que se trata de supuestos en los que el sujeto sabe perfectamente que realiza el tipo objetivo de un delito y quiere realizarlo (para más detalles, MUÑOZ CONDE, 1992, 2009 e *infra* lo dicho en el capítulo siguiente sobre legítima defensa y estado de necesidad putativo. En el mismo sentido, REQUEJO CONDE, 1998. En contra, VALDAGUA SANTANA, 1995, pp. 201 ss.). Ésta es la diferencia más importante con otros planteamientos doctrinales que entienden como un *error de tipo* al error sobre los presupuestos de las causas de justificación.

2. *El error sobre los límites y sobre la propia existencia de una causa de justificación.*

También puede darse un *error sobre los límites de la causa de justificación*: el sujeto creía erróneamente que su acción estaba autorizada (el policía creía que podía disparar contra todo el que pasara un semáforo en rojo); o un *error sobre la existencia de la causa de justificación* misma (creer que cabe defender la Patria organizando un grupo paramilitar para la «guerra sucia» contra el terrorismo, o para dar un Golpe de Estado). En ninguno de los dos casos de error expuestos se da el elemento objetivo de la respectiva causa de justificación (legítima defensa, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber) y el hecho es antijurídico. Pero, como más adelante veremos, este error puede afectar a la culpabilidad como *error de prohibición* (excluyéndola totalmente, si el error era invencible; o atenuándola, si era vencible) o bien ser totalmente irrelevante por ser una valoración subjetiva absolutamente arbitraria y sin el menor apoyo en las normas jurídicas objetivas (delincuente por convicción; cfr. *infra* capítulo XXIV).

3. *El tratamiento de la ausencia del presupuesto subjetivo de la causa de justificación.*

El caso inverso se da cuando falta el *elemento subjetivo de justificación*, aunque objetivamente exista una situación justificante. El autor dispara contra su enemigo, sin saber que éste le estaba esperando para matarlo. El hecho es antijurídico. Lo que la doctrina se plantea aquí es si cabe castigarlo por el delito *consumado*, ya que el resultado producido objetivamente era aprobado por el Ordenamiento jurídico. La cuestión es muy discutida. La doctrina dominante se inclina por castigar por *tentativa* ya que, aunque el resultado pretendido por el autor se ha producido y, objetivamente, constituye la consumación de un delito, la verdad es que el Ordenamiento jurídico no lo desaprueba. En este su-

puesto existiría *desvalor de acción*, que fundamenta la punición en base a la tentativa, pero no *desvalor de resultado*, que justificaría la punición por la consumación.

## 5. JUSTIFICACIÓN INCOMPLETA Y ATENUACIÓN DE LA PENA

La antijuricidad es una categoría del delito que puede ser graduada, es decir, admitir diversas valoraciones desde el punto de vista de su gravedad. Normalmente, la mayor o menor gravedad de la antijuricidad de un hecho se tiene en cuenta en la configuración del tipo de injusto específico de un delito; así, por ejemplo, matar a otro con alevosía convierte el homicidio simple del art. 138 en uno de asesinato del art. 139; usar un vehículo que se ha tomado sin consentimiento del dueño para hacer un viaje más de cuarenta y ocho horas convierte automáticamente el delito de hurto de uso de un vehículo a motor (art. 244,1 y 3) en un hurto común (art. 234).

Otras veces, la diversa gravedad de la antijuricidad se refleja en una simple circunstancia modificadora de la responsabilidad agravante o atenuante, o en un tipo cualificado o privilegiado derivado del tipo básico, lo que, o bien incide en las reglas para la determinación de la pena dentro del marco penal correspondiente al delito cometido (cfr. arts. 21, 22 y 23 en relación con el art. 66), o bien constituye un marco penal propio (cfr. arts. 234 y 235).

Las causas de exclusión de la antijuricidad sólo excluyen ésta cuando se dan completos todos sus elementos, objetivos y subjetivos. La ausencia de alguno de estos elementos o el exceso en el ejercicio de la causa de justificación pueden incidir, sin embargo, atenuando el juicio global sobre el merecimiento de pena del hecho, bien porque disminuyen el *desvalor de acción*, bien porque disminuyen el *desvalor de resultado*, que constituyen la base del juicio de antijuricidad. Así, el que mata a otro porque cree erróneamente estar defendiendo su vida, o porque se excede en el ejercicio de una legítima defensa o de un deber en sí legítimo, merece, ciertamente, una mayor condescendencia que el que lo hace sin encontrarse en esa situación. De ahí que la justificación incompleta y la putativa puedan dar lugar a una atenuación o, en su caso, a una exención absoluta de pena.

El Código penal recoge esta idea de un modo general para todas las eximentes en el art. 21, al considerar como la primera de las cir-

cunstances atenuantes las expresadas en el artículo anterior (es decir, las eximentes), *cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*. La incidencia práctica de esa declaración se refleja luego en la determinación de la pena, ya que el art. 68 prevé para estas eximentes incompletas la aplicación de la pena prevista para el delito rebajada en uno o dos grados. Sin embargo, cuando la exención incompleta provenga de una causa de justificación y se deba a un supuesto de *error de prohibición*, será de preferente aplicación el art. 14,3, que de todas formas contiene para los supuestos de error vencible la misma regla de determinación de la pena (véase *infra* capítulo XXIV).

La exención incompleta queda, pues, reservada para los casos en que falte algún elemento no esencial. Los casos en los que se dé la situación objetiva justificante pero el sujeto no lo sepa (es decir, falte el *elemento subjetivo de justificación*) deben tratarse como una tentativa, con su correspondiente régimen de atenuación de la pena (cfr. art. 62, e *infra* capítulo XXVI), sin embargo, algún autor considera más conveniente aplicarle el régimen del art. 68, que se adapta mejor a la peculiaridad de este tipo de casos (véanse DÍEZ RIPOLLÉS, 1991; VALLE MUÑIZ, 1992, 1994, 1997, y el resumen de su posición en QUINTERO OLIVARES —dir.—, Comentarios; GIL GIL, 2002; de otra opinión SANZ MORÁN, 1993, pp. 87 y ss.; MAQUEDA ABREU, 1984; TRAPERO BARREALES, 2000, p. 394; GIL GIL, 2002).

**Bibliografía:** BACIGALUPO ZAPATER, Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, La Ley 1986; CARBONELL MATEU, La justificación penal: fundamento, naturaleza y fuentes, Madrid 1982; EL MISMO, El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; CÓRDOBA RODA, Las eximentes incompletas en el Código Penal, Oviedo 1966; CUELLO CONTRERAS, La justificación del comportamiento omisivo, ADP 1990; EL MISMO, Elemento objetivo y subjetivo de las causas de justificación, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; CUERDA RIEZU, Sobre el concurso entre causas de justificación, ADP 1990; DEL MORAL GARCÍA, Circunstancias eximentes, Madrid 2009; DÍEZ RIPOLLÉS, La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal, ADP 1991; GIANNITI, Justificación, exculpación y exención, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; GIL GIL, La ausencia del elemento subjetivo de justificación, Granada 2002; GRAUL, ¿Legítima defensa o defensa putativa?, RDPC 1999; HASSEMER/LARRAURI, Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal, Madrid 1997; HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido de la antijuridicidad, Madrid 1984; JOSHI JUBERT, El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADP 1987; LÓPEZ MESA, Antijuridicidad y causas de justificación, Madrid 2010;

LUZÓN PEÑA, El error sobre causas de justificación, La Ley 1989 (también en Estudios penales, Barcelona 1991); EL MISMO, Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, en Nuevas posiciones de la Dogmática jurídica penal, CDJ 2006; MAQUEDA ABREU, Los elementos subjetivos de justificación, La Ley 1984; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Consideraciones sobre la ausencia del elementos subjetivo de justificación (I), en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; EL MISMO, Consideraciones sobre el valor del resultado en las causas de justificación y su relación con el elemento subjetivo de justificación, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; MUÑOZ CONDE, ¿«Legítima» defensa putativa?, un caso límite entre justificación y exculpación, PJ 1992; EL MISMO, La esterilización de deficientes psíquicos: comentarios a la STC 14 julio 1994, RDGH 1995; EL MISMO, Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, RP 2009; OBREGÓN GARCÍA, Las causas de exclusión de la responsabilidad criminal en el Código penal de 1995, BIMJ 1996; PERRON, Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado, ADP 1988; POMARES CINTAS, La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes, Granada 2004; REQUEJO CONDE, Legítima defensa, Valencia 1998; RODRÍGUEZ MOURULLO, Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; ROXIN, Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena, CPC 1992; SANZ MORÁN, Elementos subjetivos de justificación, Barcelona 1993; EL MISMO, Teoría general de la justificación, RP 2000; EL MISMO, Los elementos subjetivos de justificación, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; SUÁREZ MONTES, Reflexiones en torno al injusto penal, en VARIOS, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, Pamplona 1995; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, El efecto oclusivo entre causas de justificación, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; EL MISMO, El efecto oclusivo entre causas de justificación, Granada 2009; TRAPERO BARREALES, Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal, Granada 2000; EL MISMO, El examen conforme a deber: ¿especial elemento subjetivo de justificación?, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; VALDAGUA SANTANA, Legítima defensa y legítima defensa putativa. Observaciones a la ponencia de Muñoz Conde, en Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1995; VALLE MUÑOZ, Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español, ADP 1992; EL MISMO, El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, Barcelona 1994; EL MISMO, La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación, en Homenaje a Roxin, Barcelona 1997; VARIOS, Justificación y exculpación en Derecho penal, Madrid 1995; VARIOS, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, Luzón Peña/ Mir Puig (coords.), Pamplona 1995; VARIOS, El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, CDJ 1996; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sobreseimiento libre y causas de justificación, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; ZUGALDÍA ESPINAR, La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas, La Ley 1983.



## CAPÍTULO XX

### Causas de justificación en particular

1. La legítima defensa
  - A) Fundamento y naturaleza
  - B) RequisitosExcurso: los mecanismos automáticos de autoprotección
2. El estado de necesidad
  - A) Presupuestos
  - B) Requisitos

Entre las causas de justificación interesan, sobre todo, la legítima defensa y el estado de necesidad, que, por lo demás, han sido objeto de múltiples investigaciones y trabajos monográficos. A ellas dedicaremos íntegramente el presente capítulo. De las demás causas de justificación nos ocuparemos en el capítulo siguiente. De todos modos, téngase en cuenta que a todas ellas son comunes una serie de cuestiones (error, elementos subjetivos, etc.) que ya han sido estudiadas en el capítulo anterior y de las cuales no nos ocuparemos al estudiar cada una de las causas de justificación en particular, salvo que presenten alguna particularidad digna de destacar.

#### 1. LA LEGÍTIMA DEFENSA

Se encuentra regulada en el art. 20,4º del Código penal.

##### A) *FUNDAMENTO Y NATURALEZA*

La naturaleza de la legítima defensa como causa de justificación parece fuera de duda, aunque durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de exculpación, planteándose como un problema de miedo o de perturbación del ánimo en el que se defiende al ser objeto de un ataque. Pero en la medida en que la defensa sea respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe una auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado.

Junto a este aspecto individual de la legítima defensa, existe también uno supraindividual representado por la necesidad de defensa del orden jurídico y del Derecho en general, conculcados por la agresión antijurídica. Sin embargo, la importancia y trascendencia que tiene conceder a una persona derechos que incluso se niegan al Estado (por ejemplo, matar a otra persona) imponen la necesidad de limitar ese derecho individual a casos o situaciones realmente excepcionales, en los que sólo el individuo puede defender sus bienes jurídicos más preciados. En la medida en que puedan operar eficazmente otros mecanismos jurídicos protectores, el derecho a la defensa cede. No hay, pues, un *principio de prevalencia del Derecho* a toda costa frente a la injusta agresión y, en todo caso, ese principio tiene que ser compaginado o matizado por otros principios informadores de las causas de justificación, como el de proporcionalidad, ponderación de intereses, valoración de deberes, etc. (cfr. *supra* capítulo XIX). También debe tenerse en cuenta que la pluralidad de situaciones y la tensión y el dramatismo que suelen envolver los casos de legítima defensa dificultan una solución nítida de los mismos, siendo a veces difícil distinguir dónde terminan los límites de la justificación y comienzan los de la exculpación. Por otra parte, la legítima defensa, aunque suele estudiarse como las demás causas de justificación en la Teoría General del Delito, se plantea sobre todo en el homicidio y en las lesiones, por lo que a la hora de interpretar sus requisitos deben tenerse en cuenta las particulares circunstancias que rodean estos hechos (violencia, agresividad, inseguridad ciudadana, riñas, venganzas, etc.).

Véase, por ej., el caso que sirve de base al libro de FLETCHER, En defensa propia, y médese sobre las repercusiones sociales que puede tener en los momentos actuales en nuestra sociedad un caso así:

En una época de gran inseguridad ciudadana, un día del mes de diciembre a mediados de los años 80, viaja en el Metro de Nueva York un hombre de raza blanca, Goetz, que es abordado en un vagón donde viajaban también otras personas por unos adolescentes de raza negra que le piden con cierta insolencia que les dé cinco dólares. El tal Goetz, creyendo que va ser víctima de un atraco, saca un revolver que llevaba como medida de precaución en el bolsillo del pantalón, porque ya había sido atracado otras veces, y dispara varios tiros contra los adolescentes, hiriendo a uno de ellos gravemente.

Sobre las distintas valoraciones que ha tenido la legítima defensa en la Historia y actualmente tiene en el Derecho comparado, véase IGLESIAS RÍO, Burgos 1999; y sobre los peligros de conceptualizar la legítima defensa como una especie de Justicia privada delegada del Estado, advierte LÜDERSSEHN, 2000, pp. 167 ss. El moderno Derecho penal del Estado de Derecho surge precisamente para «neutralizar» en la medida de lo posible la reacción unilateral de la víctima del delito y evitar que ésta se tome la justicia por su mano (cfr. HASSEMER/ MUÑOZ

CONDE, Introducción a la Criminología, 2001, pp. 198 ss.). Por tanto, la legítima defensa en manos del particular debe quedar reservada para casos excepcionales en los que realmente no haya otra alternativa.

## B) REQUISITOS

Según el art. 20,4º, para que pueda apreciarse una legítima defensa es necesario que se den los siguientes requisitos:

1) Agresión ilegítima. Este requisito es el presupuesto de la legítima defensa y lo que la diferencia de otras causas de justificación (por ejemplo, del estado de necesidad). También para la *eximente incompleta* es requisito esencial: con él puede darse la justificación incompleta aunque falte alguno de los otros; sin él, no.

La jurisprudencia y algún sector doctrinal suelen interpretar el término «agresión» en el sentido de «acometimiento», ataque o acto de fuerza. Sin embargo, la expresión también puede ser entendida como acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, incluyendo también en ella la omisión, cuando ésta suponga esa eventualidad (omisión de socorro a alguien que se encuentra en grave peligro).

Ahora bien, tanto la acción como la omisión deben ser agresiones dolosas, es decir, el ataque al bien jurídico debe ser intencional; por lo que frente a lesiones o puestas en peligro simplemente imprudentes no cabe legítima defensa, aunque sí estado de necesidad.

La agresión ha de ser en todo caso «ilegítima», es decir, antijurídica. Frente a quien actúe lícitamente (por ejemplo, en legítima defensa o en ejercicio legítimo de un derecho), no cabe hablar de legítima defensa. Pero esta antijuricidad no debe ser puramente formal, sino material; es decir, debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles, que con la agresión estén en verdadero riesgo inminente de ser lesionados. No es necesario, sin embargo, que el autor de la agresión antijurídica sea culpable. Por tanto, aunque en la medida de lo posible, por razones ético-sociales, debe evitarse reaccionar violentamente frente a ataques de menores o inimputables, en principio no hay obstáculo legal alguno para actuar contra ellos en legítima defensa, si se dan los demás requisitos de esta causa de justificación. Esta apreciación es una buena prueba del valor práctico de la diferencia entre la antijuricidad y la culpabilidad.

Respecto a los bienes jurídicos que pueden ser defendidos y cuya agresión constituye, por tanto, el presupuesto de la legítima defensa, el art. 20,4º menciona expresamente los «bienes» (en sentido patrimo-



nial), cuando el ataque a los mismos constituya delito o falta y los ponga en peligro grave de deterioro o pérdida inminentes; y la «morada» o sus «dependencias», si se entra en ellas indebidamente, cometiendo, por ejemplo, un delito de allanamiento de morada. Además de estos bienes jurídicos existen otros como la vida, la integridad física, la libertad o el honor; es decir, los bienes jurídicos individuales, que son los que el sujeto individualmente puede defender. Sin embargo, los bienes jurídicos comunitarios no pueden ser objeto de la legítima defensa aquí tratada, porque existen otros mecanismos de defensa jurídica a los que hay que recurrir para hacerla efectiva. Puede incluso suceder que la legítima defensa del bien individual (por ejemplo, la vida) no justifique la lesión del bien social (por ejemplo, la tenencia ilícita de armas). Sí son defendibles, en cambio, los bienes jurídicos individuales de terceros, bien asumiendo la defensa que la víctima no puede hacer (por ejemplo, defender a la mujer a punto de ser violada), bien prestando ayuda al tercero para que él mismo se defienda (alcanzándole una pistola) o interviniendo con él directamente en la acción defensiva.

Otra restricción respecto a los bienes jurídicos defendibles se da exigiendo que la agresión antijurídica sea típica, es decir, constituya el tipo de injusto de un delito. Esto se desprende claramente de la referencia legal a la defensa de los «bienes», cuando el ataque a los mismos constituye «delito o falta», o la de la morada, cuyo allanamiento constituye también un delito; pero es, además, una exigencia político-criminal evidente, ya que sólo la agresión constitutiva del tipo de injusto de un delito o falta puede tener la entidad suficiente como para justificar la defensa. En definitiva, lo que se quiere conseguir exigiendo estos requisitos de la agresión antijurídica es limitar, por razones ético-sociales, el principio de «prevalencia del Derecho» a toda costa frente al agresor injusto, no permitiendo la legítima defensa nada más que frente a agresiones muy graves a bienes jurídicos muy importantes. Muchas de estas limitaciones a la legítima defensa se pueden conseguir también por los requisitos de la necesidad y de la proporcionalidad del acto de defensa (véase *infra*).

La agresión ha de ser *real*; es decir, no basta con que quien se defiende crea que lo hace si la agresión sólo existe en su imaginación. La *defensa putativa* frente a una agresión que no existe realmente sólo puede dar lugar a una causa de exculpación por error de prohibición, si el error era invencible, o a una atenuación de la pena si el error era vencible (cfr. art. 14,3).

La jurisprudencia ha considerado algunas veces que cuando, dadas las circunstancias, la creencia en la presencia de una agresión es racional, debe admitirse la eximente, aunque no especifica si como causa de justificación o de exculpación.

Esta postura, incluso en lo que se refiere a admitir en estos casos una causa de justificación, es correcta siempre que, como advertíamos antes (*supra* capítulo XIX.4), el sujeto, dentro de los límites del riesgo permitido y de lo adecuado socialmente, crea *razonablemente* que va a ser víctima de una agresión. El que de madrugada, al ver como alguien escala el muro de su casa, dispara hiriéndolo en una pierna, actúa en legítima defensa de su morada, aunque luego resulte que se trataba de un vecino que había perdido la llave de su casa y quería entrar en ella desde la casa contigua, o de un amigo que quería gastarle una broma, pues en estos casos el riesgo, material y jurídico, debe recaer sobre el vecino o el bromista, no sobre quien se limitó a actuar en consecuencia ante una situación, no creada por él, que objetivamente tenía *todas las apariencias* de una agresión injustificada. Lo mismo sucede en situaciones vagas o dudosas en las que lo razonable es pensar, por ejemplo, que la pistola con la que se nos amenaza está cargada o no es de foguero, etc. Lo importante es, pues, una vez más, delimitar con ayuda de criterios objetivos (riesgo permitido, adecuación social, etc.) los márgenes de error admisibles, dadas las circunstancias, en la percepción subjetiva de la realidad. Dentro de estos márgenes la creencia objetivamente errónea, pero razonable, puede fundamentar también una causa de justificación y, por tanto, una legítima defensa (para más detalles véanse MUÑOZ CONDE, 1992 y REQUEJO CONDE, 1998).

La agresión ha de ser, además, *presente* o actual. No cabe, pues, apreciar legítima defensa cuando la agresión ha cesado o aún no ha comenzado. Matar, por ejemplo, al agresor cuando éste huye, disparándole por la espalda, es un *exceso extensivo* que impide apreciar la legítima defensa. En este caso, más que de legítima defensa se puede hablar de un acto de *venganza*. Lo mismo hay que decir cuando la agresión no se ha iniciado aún. La llamada *defensa preventiva* no se basa en una agresión, sino en una predicción, y no constituye, por tanto, legítima defensa. La *inminencia del ataque* equivale, sin embargo, al ataque mismo. El sujeto que se defiende no tiene que esperar a que el ataque se produzca efectivamente. Sacar el revólver de su funda, profiriendo, al mismo tiempo, amenazas de muerte es un signo inequívoco, para cualquier observador imparcial, de que el ataque va a comenzar. Los márgenes admisibles en la apreciación de esta circunstancia deben establecerse con los módulos objetivos ya señalados (riesgo permitido, adecuación social, etc.), situándose el juzgador *ex ante* en las circunstancias en las que el sujeto activo actuó.

En general, se puede decir que el margen de apreciación subjetiva que debe concederse al individuo en la constatación de las circunstan-

cias fácticas que permiten una legítima defensa se debe establecer de acuerdo con un doble baremo: uno objetivo, que se corresponde con la apreciación que cualquier persona razonable hubiera podido hacer, y otro, subjetivo, teniendo en cuenta las circunstancias y conocimientos del que se defiende, valorándolos, a su vez, con el criterio objetivo antes mencionado.

En el caso de *mujeres maltratadas* que matan a sus maridos mientras duermen, atacándolos cuando están de espaldas, etc., se plantea el problema de que, aunque en ese momento no exista la agresión, la mujer, que es continuamente maltratada, actúa para prevenir otras agresiones futuras e, incluso, su propia muerte, ya que su menor fuerza física le impide enfrentarse al hombre cara a cara o en condiciones de igualdad (*síndrome de la mujer maltratada*). Ciertamente, no se puede decir de un modo general que en estos casos se dé el requisito de la agresión antijurídica y presente, pero tampoco puede excluirse que, en situaciones de este tipo, pueda invocarse por la mujer (u otras personas físicamente débiles en situaciones parecidas) la legítima defensa, aunque la mayoría de las veces será más fácil apreciar el miedo insuperable o cualquier otra exención de la culpabilidad o, todavía en el ámbito de las causas de justificación, el estado de necesidad (cfr. FLETCHER, 1992, p. 201; LARRAURI/ VARONA, 1995; IGLESIAS RÍO, Granada 1999, p. 428).

2) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Este requisito supone la concurrencia de dos extremos distintos:

*La necesidad de defensa*, que sólo se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirla.

*La racionalidad del medio empleado*, que exige la *proporcionalidad*, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que ésta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena y, todo lo más, vendría en consideración la eximente incompleta (*exceso intensivo*).

3) *Falta de provocación suficiente* por parte del defensor. En principio, una interpretación estricta de este requisito llevaría a la injusta conclusión de que, cuando la agresión es consecuencia de una previa provocación del que luego se defiende ante ella, en ningún caso cabe apreciar legítima defensa. Sin embargo, esta interpretación podría conducir a una pura responsabilidad por el resultado, si se niega toda posibilidad de defenderse a quien ciertamente provocó la agresión, pero no con la entidad con que ésta se produjo (el sujeto, por ejemplo, empuja al contrario, pero éste reacciona violentamente atacándole con un hacha).

La doctrina dominante habla de provocación «suficiente» y, de acuerdo con una correcta interpretación de este término, habrá que entender que sólo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor se podrá denegar la legítima defensa. No debe apreciarse legítima defensa, sin embargo, cuando la agresión fue provocada intencionalmente para luego invocar legítima defensa (*actio ilícita in causa*), porque más que de un derecho se trata de un abuso del derecho y de una manipulación del agresor. La impunidad buscada de propósito para matar o lesionar a alguien es una «perversión» del derecho de defensa o un abuso de este derecho y no puede ser cubierta por esta causa de justificación (IGLESIAS RÍO, Granada 1999, pp. 471 y ss. sostiene que también deben considerarse «provocación suficiente» los casos de provocación imprudente, de conductas antijurídicas no constitutivas de agresión ilegítima y de comportamientos ético-socialmente desaprobados en situaciones excepcionalmente intolerables, bromas de mal gusto, burlas, etc.).

#### *Excursus: Los mecanismos automáticos de autoprotección*

Como consecuencia de la alarma social creada por el aumento, a veces real, otras exagerado, de la inseguridad ciudadana, muchos particulares instalan en sus negocios, empresas o domicilios mecanismos automáticos de autoprotección, armas que se disparan solas, vallas y rejas electrificadas con alto voltaje, que pueden causar graves lesiones o incluso la muerte del que de forma incorrecta pretende entrar en los lugares así protegidos. El problema que plantean estos sistemas de autoprotección es que lo mismo pueden alcanzar al delincuente que pretende robar o cometer cualquier otro hecho delictivo grave, como también a quien para guarecerse de un temporal, o por error, o porque está embriagado o pretende recoger una pelota que ha caído dentro o coger unas peras del huerto, penetre en esos lugares así protegidos. Desde luego, nada habría que objetar si esos medios de autoprotección fueran simples alarmas, descargas eléctricas de escaso voltaje, vídeos o circuitos cerrados de televisión, obstáculos que dificulten el acceso a la casa, alambradas, rejas puntiagudas, etc., sin capacidad ofensiva automática en sí mismos, que estarían dentro de las precauciones y medidas elementales de defensa de la propiedad y de la intimidad domiciliaria (cfr., por ejemplo, art. 238,5º). Pero el problema no es tan fácil de resolver cuando el sistema instalado es ofensivo y puede herir gravemente o incluso matar a quien, con ánimo de cometer un delito o por cualquier otra causa, invade el

ámbito protegido. Admitir legítima defensa en estos casos, aparte de que pueda ser ya desproporcionada, supone reconocer una «defensa preventiva» antes de que se actualice la agresión ilegítima e incluso aunque no llegue a producirse una verdadera agresión. Pero en algunos casos extremos de amenaza seria y grave de muerte, sujetos especialmente vulnerables, lugares peligrosos, despoblados, etc., podría admitirse un sistema de autoprotección que pudiera excepcionalmente llegar a herir o matar. Para ello, además de la situación de peligro inminente, habría que exigir una posibilidad de control permanente sobre el sistema y la clara advertencia de que existe ese sistema, de manera que todo el mundo pueda quedar bien informado de la peligrosidad de acceder o entrar en el lugar así protegido. De hecho, en casos extremos de guerra o situaciones de conflicto similares se recurre a sistemas de este tipo, como la instalación de alambradas con gran voltaje eléctrico, minas, etc. Pero incluso en estos casos sería necesaria una reglamentación estricta que determinara las situaciones en las que estos sistemas pueden ser utilizados y minimizara sus riesgos mediante avisos y anuncios suficientemente claros para todos los que se aproximen.

También se admite, dentro de lo proporcional, instalar vídeos y circuitos de televisión que pueden afectar a la intimidad de los trabajadores dentro de las empresas para detectar robos. La utilización de perros puede también incluirse dentro de las medidas de autoprotección legítimas; pero siempre que se tenga sobre ellos un control (art. 631,1). El uso incorrecto de estos sistemas o la falta de vigilancia sobre los mismos (especialmente en el caso de los perros) puede dar lugar a una responsabilidad por imprudencia según sea el resultado producido. Una solución por la vía del riesgo permitido (cfr. *supra* capítulo XVII) o del estado de necesidad (cfr. *infra*) podría también venir en algún caso en consideración. También es posible que la propia imprudencia del afectado por el sistema de autoprotección (persona que desatiende los avisos o que provoca al perro) pueda excluir la responsabilidad del que lo instaló (cfr. *infra* capítulo XXI: consentimiento y autopuesta en peligro; sobre este problema y la problemática general de los llamados «offendicula», cfr. IGLESIAS RÍO, Granada 1999, pp. 210 y ss.).

## 2. EL ESTADO DE NECESIDAD

La regulación del estado de necesidad en la codificación penal española ha sufrido una progresiva ampliación, que lo ha llevado de ser una

causa de justificación muy estrecha a una eximente muy amplia. Ello ha dado pie a la doctrina dominante para considerar que en su seno se encuentran recogidas dos formas distintas de concebirlo. Por un lado, estaría el estado de necesidad justificante, que surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, cuando se opta por el sacrificio del bien de menor valor para salvar el de mayor valor; por ello se dice que en estos casos es fundamental aplicar el criterio de *ponderación de bienes*. Pero junto a esta forma de estado de necesidad, habría otra que sería meramente exculpante, presidida por el *principio de no exigibilidad* de un comportamiento distinto y que se daría cuando los bienes en conflicto fueran de igual valor.

Sin embargo, de la redacción de la eximente 5ª del art. 20 no se desprende este tratamiento dualista del estado de necesidad, por lo demás bastante artificioso, y más bien hay razones para tratar, en principio, ambos supuestos de la misma manera (como causa de justificación), cuando se dan los siguientes presupuestos (A) y requisitos (B):

#### A) PRESUPUESTOS

Decisiva debe ser, ante todo, la *situación de necesidad* que da origen a la eximente: sin ella no puede darse esta causa de justificación, ni completa ni incompleta. El art. 20 habla de «estado de necesidad», pero no define en qué consiste éste. Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo conciben como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio del otro. Ello supone que el bien jurídico que se trata de salvar esté en inminente peligro de ser destruido. Este peligro ha de ser real y objetivo, no pudiendo ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que trata de evitarlo.

El *estado de necesidad putativo*, como la defensa putativa, sólo puede dar lugar a una causa de exclusión de la culpabilidad en caso de error invencible. Sin embargo, igual que veíamos antes respecto a la *defensa putativa*, también aquí debe considerarse que actúa justificadamente quien, apreciando la situación cuidadosamente y dentro de los márgenes del riesgo permitido, considera erróneamente que existe una situación de peligro que no se da realmente. Criterios objetivos y objetivables, como la diligencia debida, conductor experimentado, etc., pueden servir para delimitar los márgenes de error en la apreciación de la realidad que admite el estado de necesidad como causa de justificación, sin tener que recurrir a la exclusión de la culpabilidad por la vía del *error indirecto de prohibición* (cfr. *infra* capítulo XXIV.2).

Es preciso, además, que la realización del mal o la infracción del deber que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero sea el *único camino posible* para conseguir la meta salvadora. La realización del tipo de injusto de un delito que constituye la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber jurídico ha de ser, por tanto, *necesaria*, es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico sólo puede ser conseguida realizando otro mal. Igualmente la necesidad debe ser también valorada de un modo objetivo, aunque lógicamente teniendo en cuenta la situación concreta en la que se encuentra el sujeto y las circunstancias y medios de que dispone.

En el caso de que el peligro que se trata de evitar amenace a bienes jurídicos «ajenos» se habla de «auxilio necesario», admitido por el legislador español tanto si se trata de bienes jurídicos de igual valor como si no. El estado de necesidad entre bienes de igual valor justifica así la conducta del tercero que autónomamente decide a cuál de las personas en conflicto va a salvar: el que sólo tiene un salvavidas y se encuentra ante dos personas que se están ahogando, actúa correctamente cualquiera que sea la persona que elija para echarle el salvavidas; lo mismo que el cirujano que tiene que elegir de entre varios pacientes de igual gravedad a quién va a operar primero; decir que en estos casos sólo hay causa de exclusión de la culpabilidad (por inexigibilidad de otra conducta) parece poco ajustado a la realidad.

Otra importante particularidad del estado de necesidad, en su vertiente de causa de justificación, es que no exime de la *responsabilidad civil*, aunque ésta debe ser abonada por las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, que no tienen por qué ser necesariamente las que hayan actuado en estado de necesidad (cfr. art. 118,1 y capítulo XXXV). DE LA CUESTA AGUADO (2007) se apoya en el art. 118,1 para considerar que el estado de necesidad es una causa de exclusión de la culpabilidad pero el hecho de que el que se beneficia tenga que pagar al perjudicado por el estado de necesidad es sólo una consecuencia del principio de solidaridad y de socialización del daño, lo que no excluye que el acto en estado de necesidad esté justificado.

## B) REQUISITOS

Los requisitos que, junto a los presupuestos antes señalados, deben darse vienen también señalados en el art. 20,5º y son:

1) Que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar.

De acuerdo con la redacción legal, el estado de necesidad puede darse tanto en caso de conflicto entre bienes desiguales (daños a bienes de terceros para salvar la vida propia o ajena), como entre bienes igua-

les (omitir salvar a otro para salvar la vida de un tercero). Ello obliga a realizar, en un primer nivel, una comparación entre los males: el que amenaza producirse y el que se realiza. Pero no siempre es posible esa comparación, dada la naturaleza muchas veces heterogénea de los males en cuestión. Quien falsifica una receta para obtener un calmante y aliviar sus fuertes dolores de cabeza realiza un hecho delictivo que nada tiene que ver con el mal que le amenaza. De ahí que la comparación sea difícil y, mucho más, precisar su importancia valorativa. La única salida es entender con cierta amplitud este requisito y no interpretarlo a la luz de una rígida *ponderación de bienes*. En el estado de necesidad entre bienes iguales, esta comparación de males en juego ha de ser aún más amplia. En todo caso, más que de una comparación se trata de establecer una «relación de adecuación»: el estado de necesidad tendrá efecto justificante si el hecho realizado a su amparo es el medio adecuado para evitar el peligro (recuérdese lo dicho respecto a la necesidad del mal realizado). De lo contrario, sólo puede ser aplicable como eximente incompleta. En caso de error serán aplicables las reglas generales.

Como ya se ha dicho, las situaciones en las que entran en conflicto los bienes jurídicos son tan diversas y complejas que difícilmente pueden resolverse *a priori*. Así, por ejemplo, todavía no se ha encontrado una solución definitiva para los casos de colisión entre derecho al honor y libertad de expresión; entre derecho a la vida y derecho a una muerte digna (eutanasia); entre derecho a no ser alimentado forzosamente y derecho a la salud o a la vida (huelgas de hambre); derecho a la reproducción y esterilización de deficientes psíquicos; negativa a autorizar una transfusión de sangre para el hijo menor por motivos de conciencia y derecho a la vida y la salud del menor; etc. Aunque en el caso concreto pueda darse una causa de exculpación individual, la trascendencia social que supone reconocer de un modo general una causa de justificación en estos casos obliga a veces al legislador a adoptar una regulación específica del problema, movido más por consideraciones políticas que estrictamente jurídico-penales (valga de ejemplo la regulación de las indicaciones del aborto en el art. 417 bis del anterior Código penal, o en la actual LO 2/2010, de 3 de marzo; o de la esterilización de deficientes psíquicos en el art. 156 del actual Código), acentuando más el cumplimiento de determinados requisitos y procedimientos que la justicia de la decisión en el caso concreto (*justificación por el procedimiento*, véase *supra* capítulo XIX.2 y MUÑOZ CONDE, 1995). Sobre los criterios de ponderación referidos a los bienes jurídicos (vida, propiedad, etc.), véase MARTÍNEZ CANTÓN, 2006, pp. 335 y ss.

2) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

En principio, la provocación de una situación de necesidad impide que el que la provocó pueda después ampararse en ella. En este sentido, vale aquí lo dicho respecto a la provocación en la legítima defensa, aun-



que con algunas matizaciones. En el estado de necesidad sólo la provocación *intencionada* del mismo impide su apreciación. No basta, por tanto, que se haya cometido intencionadamente el hecho (por ejemplo, un incendio) que dio lugar a la situación de necesidad, sino que es preciso que sea la situación misma de necesidad la que se haya provocado intencionalmente. Ello hace que la exclusión del estado de necesidad por falta de este requisito sea prácticamente casi imposible, salvo raras hipótesis. Así, por ejemplo, puede invocar el estado de necesidad el automovilista que, conduciendo a velocidad excesiva, crea una situación extrema en la que tiene que elegir entre chocar frontalmente con un camión o atropellar a un ciclista. El Tribunal Supremo intenta evitar esta conclusión negando la apreciación del estado de necesidad en los delitos imprudentes y considerando que la provocación intencionada del riesgo es ya provocación intencionada de la situación de necesidad. La misma tesis mantiene también en el caso en el que el sujeto actúe en *síndrome de abstinencia* provocado por una drogadicción, aunque en este supuesto cabe apreciar la eximente completa o incompleta del art. 20,2º.

El requisito de la no provocación intencionada se refiere al que actúa, bien sea el propio afectado o un tercero («auxiliador necesario»). En este último caso, el auxiliador necesario actúa justificadamente si lesiona un bien jurídico para salvar, por ejemplo, la vida de un tercero, sin saber que éste ha provocado intencionalmente la situación de necesidad (por ejemplo, porque se trataba de un suicida).

3) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

*La no exigibilidad de otro comportamiento* es, ante todo, un principio regulador del Ordenamiento jurídico que puede ejercer su influencia tanto en el ámbito de las causas de justificación como, también y sobre todo, en el de las causas de exclusión de la culpabilidad (cfr. *infra* capítulo XXIV.3).

En el estado de necesidad, como causa de justificación, se supone que el que actúa en esta situación no está obligado a soportarla. Pero si la situación es normal dentro del ámbito de su profesión entonces está, en principio, obligado a soportarla.

Las funciones específicas que tienen las personas encargadas de determinados oficios o profesiones les imponen la obligación de soportar un cierto grado de peligro, en el desempeño de su oficio o profesión, superior al normal. El bombero, el policía o el militar profesional no pueden excusarse, dentro de ciertos límites, del cumplimiento de unos deberes inherentes a su profesión: apagar incendios, detener delincuentes, hacer guardia nocturna, ir a la guerra, etc. Esta

idea, basada en el *rol social*, es la que preside este tercer requisito que, en cierto modo, impone la obligación de sacrificio cuando el cargo u oficio así lo exijan. Así, el funcionario depositario de caudales públicos no puede disponer de éstos para reparar su vivienda o mejorar su situación económica, por más que ésta sea extremadamente difícil. Sin embargo, tales exigencias no deben entenderse en un sentido tan estricto que se niegue ya, por el hecho de desempeñar determinadas profesiones, la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Los límites de la exigencia de sacrificio deben coincidir con los límites legales o sociales del ejercicio de su profesión. Más allá de ellos no se puede exigir a nadie un comportamiento heroico o virtuoso. Así, en el Código de comercio se permite que en caso de grave peligro para la nave se arroje la carga al mar, aunque el transporte y cuidado de la carga sea la obligación principal de sus tripulantes. Los límites objetivos de la exigencia son, por tanto, diferentes no sólo según la profesión, sino también según las circunstancias. Pero igual que sucede con otros principios como el riesgo permitido o la adecuación social, muchos supuestos de no exigibilidad determinan ya de un modo general la atipicidad del comportamiento. Así sucede, por ejemplo, en el art. 195,1, que castiga la omisión del deber de socorro siempre que el sujeto pueda prestarlo «*sin riesgo propio ni de terceros*». En el estado de necesidad, como causa de justificación, se trata de una no exigibilidad más específica, relacionada con la presencia de otros requisitos (por ejemplo, el de proporcionalidad) aunque no tan vinculada a las circunstancias personales extremas del autor, como sucede cuando opera en el ámbito de la exclusión de la culpabilidad (cfr. *infra* capítulo XXIV.3).

En la Parte Especial hay algunas regulaciones concretas de supuestos específicos de estado de necesidad, como las indicaciones en el aborto (LO 2/2010, de 3 de marzo) o la esterilización de deficientes psíquicos (art. 156), que, conforme a la interpretación aquí propuesta del estado de necesidad del art. 20,5º, podrían considerarse superfluas, pero que el legislador ha querido regular expresamente por su propia conflictividad o trascendencia social, condicionándolas al cumplimiento de determinados requisitos de carácter procedimental (cfr. *supra*).

**Bibliografía:** Sobre la legítima defensa: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Legítima defensa y proceso, en Estudios penales, Homenaje al P. Julián Pereda, Bilbao 1965; BALDÓ LAVILLA, Estado de necesidad y legítima defensa, Barcelona 1994; CASTINEIRA PALOU, Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa, ADP 1987; CORCOY BIDASOLO, «Restricciones» jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad, ADP 1991; DÍAZ PALOS, Legítima defensa del honor, RJC. 1959; EL MISMO, Legítima defensa, NEJ XV, 1974; FLETCHER, En defensa propia, Valencia 1992 (traducción de Muñoz Conde y Rodríguez Marín); GRAUL, ¿Legítima defensa o defensa putativa?, RDPC 1999; IGLESIAS RÍO, Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa: (Consideración especial a las restricciones ético-sociales), Granada 1999; EL MISMO, Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa, Burgos 1999; JIMÉNEZ DÍAZ, El exceso intensivo en la legítima defensa, Granada 2008; LARRAURI PIJOÁN, Violencia doméstica y legítima defensa, RDPC 1997; LARRAURI/ VARONA, Violencia doméstica y legítima defensa: una aplica-

ción masculina del derecho penal, JD 1994; EL MISMO, Violencia doméstica y legítima defensa, Barcelona 1995; LÜDERSSEN, Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena en la legítima defensa. ¿Círculo vicioso o fuente de nuevos enfoques en torno a la cuestión del anacronismo de la pena?, en VARIOS, La insostenible situación del Derecho Penal, Granada 2000; LUZÓN PEÑA, El doble fundamento de la legítima defensa, CPC 1977; EL MISMO, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona 1978; EL MISMO, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, Riña y legítima defensa, La Ley 1989 (también en Estudios penales, Barcelona 1991); EL MISMO, «Actio illicita in causa» y provocación en las causas de justificación, ADP 1994; MAGALDI PATERNOSTRO, La legítima defensa en la jurisprudencia española, Barcelona 1976; MUÑOZ CONDE, ¿«Legítima» defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación, PJ 1992; EL MISMO, Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, RP 2009; PALERMO, Legítima defensa: una revisión normativista, Barcelona 2006; PEREDA ORTIZ, Problemas alrededor de la legítima defensa, ADP 1967; EL MISMO, La legítima defensa del honor, en Estudios de Deusto, Bilbao 1968; REQUEJO CONDE, Legítima defensa, Valencia 1998; RIVACOBBA Y RIVACOBBA, El fundamento a la defensa en la legítima defensa, en Estudios penales, Homenaje al P. Julián Pereda, Bilbao 1965; RODRÍGUEZ MOURULLO, La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del TS, Madrid 1976; ROXIN, Las «restricciones ético-sociales» al derecho de legítima defensa, CPC 1982 (traducción de Gómez Benítez); SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Alcance de la legítima defensa en el delito de chantaje (art. 171, 2 y 3 Cp), RDPC 2009; STRUNSEE, Restricciones y límites de la legítima defensa, CPC 2007.

Sobre estado de necesidad: BAJO FERNÁNDEZ, La intervención médica contra la voluntad del paciente, ADP 1979; BALDÓ LAVILLA, Estado de necesidad y legítima defensa, Barcelona 1994; BERNAL DEL CASTILLO, Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; BUSTO LAGO, La indemnización debida por los daños causados en estado de necesidad, Revista de Derecho Privado 1997; CARBONELL MATEU, La justificación penal: fundamento, naturaleza y fuentes, Madrid 1982; CEREZO MIR, La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español, EPC 1985/1986; CÓRDOBA RODA, Las eximentes incompletas en el Código Penal, Oviedo 1966; CUERDA RIEZU, La colisión de deberes en el Derecho Penal, Madrid 1984; DE LA CUESTA AGUADO, Estado de necesidad: estructura normativa y naturaleza jurídica, RDPP 2007; DEL ROSAL BLASCO, Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia, La Ley 1983; DÍAZ PALOS, Estado de necesidad, NEJ VIII, 1956; GIMBERNAT ORDEIG, El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad, en Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., Madrid 1990; HIRSCH, La regulación del estado de necesidad, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992; HORMÁZABAL MALARÉE, Acciones illicitae in causa, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; MAQUEDA ABREU, Exigibilidad y derecho a no declararse culpable, ADP 1991; MARTÍNEZ CANTÓN, La ponderación en el estado de necesidad, León 2006; MARTÍNEZ RUIZ, Dos puntos oscuros en el tratamiento de la drogadicción: el estado de necesidad y la *actio libera in causa*, La Ley 1997; MIR PUIG, Problemas del

estado de necesidad en el art. 8,7º CP, en Homenaje a Pérez-Vitoria, Barcelona 1983; PAREDES CASTAÑÓN, Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: el criterio de la exigibilidad, PJ 1989; RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, Deserción, objeción y estado de necesidad, JD 1990; RODRÍGUEZ DEVESA, Necesidad de un nuevo planteamiento de la problemática del hurto famélico, REP 1963; ROLDÁN BARBERO, La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código penal español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, Madrid 1980; EL MISMO, Estado de necesidad y colisión de intereses, CPC 1983; SAINZ CANTERO, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, 1965; SILVA SÁNCHEZ, Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español, ADP 1982; EL MISMO, Sobre las actuaciones en una «situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, Luzón Peña/ Mir Puig (edits.), Madrid 1999.

Sobre el estado de necesidad en las llamadas «indicaciones» en el aborto (art. 417 bis del anterior Cp y actual LO 2/2010, de 3 de marzo), véanse MIR PUIG, Aborto, estado de necesidad y Constitución, en La despenalización del aborto, Bellaterra 1983; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 18ª ed., capítulo III (con ulterior bibliografía). Sobre el estado de necesidad en casos de alimentación forzosa de presos en huelga de hambre, véanse CERVELLÓ DONDERIS, La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa, EPC 1996; Díez RIPOLLÉS, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC 1986; LUZÓN PEÑA, Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis, La Ley 1988 (también en Estudios penales, Barcelona 1991); un resumen del estado de la cuestión en MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 18ª ed., capítulo II. Sobre el estado de necesidad en los casos de «eutanasia», MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 18ª ed., capítulo II (con ulterior bibliografía). Sobre el estado de necesidad en la esterilización de deficientes psíquicos, MUÑOZ CONDE, La esterilización de deficientes psíquicos, RDGH 1995.



# CAPÍTULO XXI

## Otras causas de justificación

1. El actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Especial consideración de la obediencia debida
2. El consentimiento

En este capítulo nos ocuparemos de aquellas causas de justificación que tienen relación con el ejercicio de la función pública o con el cumplimiento de deberes que implican la realización de actos de coacción o de violencia, o el cumplimiento de órdenes antijurídicas. También nos ocuparemos del consentimiento, que es una causa de exención de pena entre las causas de exclusión de la tipicidad y las causas de justificación.

### **1. EL ACTUAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA OBEDIENCIA DEBIDA**

La eximente del núm. 7º del art. 20 es quizá la que más claramente tiene el carácter de causa de justificación y, hasta cierto punto, es una declaración superflua, pues igualmente tendría valor justificante aunque no se mencionara expresamente en el catálogo de las eximentes. No cabe, desde luego, mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho, oficio o cargo. Lógicamente, el cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a Derecho. Este requisito de la «conformidad a Derecho» del que actúa al amparo de esta eximente, plantea dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del Ordenamiento jurídico. En efecto, para saber cuándo un médico, un funcionario, un policía, etc., actúan dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas, es necesario conocer cuál es el contenido de la regulación jurídica (administrativa, laboral, etc.) que rige dicha actuación. La cuestión tiene trascendencia porque

no siempre esta regulación jurídica extrapenal es suficientemente clara o, incluso, puede ser contraria a los principios informadores de las causas de justificación. Una reglamentación administrativa no puede justificar abusos de poder o arbitrariedades de las autoridades. Sin embargo, sucede esto muchas veces cuando, por medio de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad, se deja al arbitrio de la autoridad la decisión para valorar los presupuestos objetivos o los límites jurídicos de su actuación.

Ante esta situación conviene recordar que, por encima de cualquier regulación concreta, están los principios generales de las causas de justificación que, aunque en la configuración legal de esta eximente no se citan expresamente, siguen teniendo indudable vigencia, como seguidamente veremos con algunos casos concretos:

1) *El uso de la violencia por parte de la autoridad.* Especialmente interesante es el problema del empleo de la violencia por parte de la autoridad o de sus agentes, que puede provocar lesiones e, incluso, la muerte del que la padece. La gravedad de este hecho ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a señalar unos límites con la idea de evitar todo exceso o desviación de poder. Estos límites son, en principio, la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho. Aunque algún sector doctrinal y jurisprudencial entiende que también es necesaria la agresión ilegítima, manteniendo una casi identidad con la legítima defensa, generalmente se considera hoy que no es necesario este requisito para justificar el ejercicio de la violencia por la autoridad, porque hay algunas ocasiones en las que la autoridad puede hacer uso de la violencia sin que haya sido objeto de agresión directa; por ejemplo, para reducir a un peligroso delincuente que pretende huir. Pero si hay una agresión ilegítima es de preferente aplicación la legítima defensa.

En todo caso, se requiere *la necesidad racional de la violencia* para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada, por innecesaria, si, por ejemplo, es suficiente con cualquier otro tipo de medida no violenta. Finalmente, la violencia, además de necesaria, ha de ser proporcionada a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso, por más que aparentemente pueda estar autorizada por cualquier tipo de reglamentación administrativa.

Según el art. 5,2º,d) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, «solamente deberán utilizarse las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios

a que se refiere el párrafo anterior» (es decir, «los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance» art. 5,2º,c).

Aunque, igual que en las demás causas de justificación, la apreciación errónea de los presupuestos del uso de armas dentro de los límites del riesgo permitido y de lo que dadas las circunstancias se pueda entender como razonable, no debería excluir la apreciación de la eximente como causa de justificación, el error que va más allá de esos límites sólo puede tener relevancia exculpatoria o atenuante por la vía del error de prohibición (art. 14,3), y no del error de tipo (art. 14,1 y 2).

Cfr. STS de 16 de diciembre de 1991, apreciando imprudencia temeraria en la conducta del cabo de policía nacional que disparó su subfusil contra el autor de un hurto de uso de vehículo de motor, cuando huía después de abandonar el vehículo. Sin embargo, la STS de 9 de marzo de 1993, apreció en un caso similar la eximente incompleta de legítima defensa, y la STS de 5 de octubre de 1999 condenó por homicidio doloso simple sin circunstancias modificativas (véase el comentario a estas sentencias de BOLEA BARDÓN, 2001).

En los casos en los que no se pone en peligro la vida o la integridad física, sino otros derechos como la libertad, el domicilio, etc., más importantes que los presupuestos fácticos de la actuación policial son los *requisitos formales* de la misma, tales como la autorización por orden judicial, supuestos previstos en el art. 550 LECrim, etc.

El art. 21,2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, en su versión originaria autorizaba la entrada en domicilio a los miembros de las Fuerzas de Orden público en caso de «conocimiento fundado» por parte de éstos de que se estaba cometiendo un delito de tráfico de drogas, sin necesidad de permiso judicial. Dicho precepto fue declarado posteriormente inconstitucional por STC 341/1993, de 18 de noviembre, por infracción de las garantías establecidas en el art. 18,2 CE, ya que en opinión del Tribunal Constitucional al «conocimiento fundado» no equivale el «caso de flagrante delito» a que alude el precepto constitucional. Mayores problemas plantea el control de la intimidad para la averiguación de un delito cometido mediante instalación de medios audiovisuales o intervenciones telefónicas. En general, la jurisprudencia admite tales intromisiones y su correspondiente valoración como prueba en un proceso penal si la grabación se ha llevado a cabo bajo control judicial y para investigar un delito grave (cfr. art. 579 LECrim, Auto TS de 18 de junio, STC 18/2003, de 23 de octubre, y MUÑOZ CONDE, 2004).

En la medida en que se cumplan esos requisitos formales la actuación policial será correcta, aunque el contenido de la misma no lo sea (el que es detenido por la policía en cumplimiento de una orden judicial, tiene derecho a recurrir esa orden, pero no a disparar contra la policía,



por más que la orden sea injusta, cfr. *infra* especial consideración de la obediencia debida).

2) *El derecho de corrección*. Hasta la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, que modificó el Código civil, su art. 154 declaraba el derecho de los padres a corregir «moderadamente» a sus hijos, al que se acudía para justificar actuaciones correctivas moderadas. De todas formas, el derecho de corrección no podía amparar ni justificar la utilización de violencia constitutiva de delito (lesiones, tratos degradantes, etc.), precisamente porque exceden de la moderación hasta entonces admitida por el Código civil. La supresión del derecho de corrección por la citada reforma civil ha coincidido con la ampliación penal del concepto de maltrato doméstico, por el que el maltrato leve sin lesión (empujones, zarrandeos, etc.) pasa a ser constitutivo de delito (art. 153,2 Cp), lo que puede suponer la consideración como delito de, por ejemplo, una bofetada. Es cierto que tales correctivos son rechazables y criticados por la pedagogía moderna, pero ello no significa que deban ser tratados, en todo caso, como delitos. Para evitarlo, cabe acudir a una interpretación restrictiva del concepto material de maltrato, que excluya casos insignificantes o socialmente adecuados, también en otros delitos (por ejemplo, prohibición de salir de casa durante un breve período que, formalmente, podría ser considerada una detención ilegal, pero que no debe acarrear responsabilidad penal).

3) *Las vías de hecho*. Cualquier tipo de realización del propio derecho, ejercitado fuera de los cauces legales, es antijurídico. El propio Código penal castiga en su art. 455 la realización arbitraria del propio derecho con violencia, intimidación o fuerza en las cosas y, en principio, cualquier acto de «tomarse la justicia por su propia mano» es antijurídico y no puede dar lugar a ningún tipo de causa de justificación salvo que, lógicamente, se den los presupuestos de la legítima defensa o del estado de necesidad. Sin embargo, en algunos casos sí se permiten los *actos pro magistratu*, es decir, los actos realizados para ayudar a la Administración de Justicia (deber de denunciar, que imponen los arts. 259 y 264 LECrim; particular que detiene a otro, conforme a los arts. 490 y 491 LECrim, cfr., sin embargo, art. 163,4 Cp), o como realización subsidiaria de la misma (adopción de medidas disciplinarias en el ámbito empresarial o militar, marina mercante, etc.).

4) *El ejercicio profesional*. A veces el ejercicio de determinadas profesiones obliga al cumplimiento de deberes o a la realización de actos que no estarían justificados fuera del ámbito profesional. Así, por ejemplo, el ejercicio de la Abogacía obliga al abogado a guardar los secretos de su cliente (cuya revelación puede estar justificada por el estado de necesidad) y a utilizar en defensa de su cliente determinadas manifestaciones injuriosas sobre la vida de los particulares. Tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen admitir la justificación en estos casos,

siempre que ello sea necesario, en estrictos términos forenses, para la defensa de los intereses del cliente.

Distinta problemática plantea el *tratamiento quirúrgico o médico*. Ciertamente, actúa jurídicamente el médico que trata a un paciente dentro de los límites prescritos por la ciencia médica (*lex artis*), pero dicho ejercicio tiene, además, una serie de presupuestos sin los cuales no puede estar justificado. En primer lugar, el consentimiento del paciente en los casos en que ello sea posible (cfr. *infra*); en segundo lugar, el suministro de la necesaria información sobre la trascendencia del tratamiento al afectado por él (*consentimiento informado*). Si no se dan tales presupuestos, el tratamiento médico-quirúrgico sólo puede quedar justificado en supuestos de estado de necesidad (por ej., cuando el paciente está inconsciente y no puede esperarse a que éste se recupere, ni localizarse a sus familiares) o en los llamados tratamientos coactivos (vacunación obligatoria en tiempos de epidemia, etc.) y siempre que se realice correctamente, es decir, dentro de los límites del riesgo permitido y con la diligencia debida (cfr. *supra*, capítulo XVII).

También el ejercicio y práctica de deportes puede en algunos casos justificar lesiones corporales, siempre que éstas se produzcan con observancia de las reglas que disciplinan el deporte concreto.

5) *La obediencia debida*. El cumplimiento de una orden de contenido lícito no plantea ningún problema. Pero existen supuestos en los que, si se dan determinados requisitos, se deben cumplir ciertas órdenes a pesar de su carácter antijurídico. En estos casos, si se actúa típicamente en cumplimiento del deber de obediencia (es decir, si la obediencia es debida), el hecho estará justificado.

Piénsese en el caso anteriormente señalado de una orden de detención firmada por el juez competente contra un ciudadano, del que el agente de policía que tiene obligación de detenerle sabe que es inocente del delito de que se le acusa y que el juez actúa motivado por cuestiones personales. Lo único que se pide del agente de policía, para que deba cumplir esa orden, es que exija los requisitos formales de la misma (competencia del que la dicta, forma escrita, etc.), pero una vez constatados éstos, debe proceder a cumplir con la orden y el ciudadano a quien se va a detener tendrá que acatarla, sin ofrecer resistencia y sin perjuicio de presentar por las vías legales cuantos recursos quepan contra dicha orden.

Con esta interpretación no se hace más que tener en cuenta *el principio de subordinación y jerarquía* que inspira la actuación administrativa y la realidad de la obligatoriedad del cumplimiento de determinadas órdenes, a pesar de su contenido antijurídico. Ciertamente el deber de obedecer órdenes antijurídicas tiene unos límites, pero el que actúa

dentro de estos límites lo hace justificadamente. Fuera de estos límites no hay justificación alguna y a lo sumo podrá invocarse el estado de necesidad o el miedo insuperable, en base a la idea de la ponderación de bienes o a la de la inexigibilidad de una conducta distinta (cfr. *infra* capítulo XXIV).

Para que una orden sea vinculante y pueda dar lugar al cumplimiento de un deber y, por tanto, la obediencia pueda estar amparada en la causa de justificación del núm. 7º del art. 20, tienen que darse los siguientes *presupuestos*:

1) Relación jerárquica. Esta relación sólo puede darse en el ámbito del Derecho público y del Derecho militar, que se basan precisamente en la idea de subordinación y del sometimiento del inferior al superior. De aquí se deduce que no cabe apreciar esta eximente, aunque sí otras, en los ámbitos familiar y laboral.

2) Competencia abstracta del que da la orden para dictarla dentro de sus facultades. Un notario no puede, por ejemplo, dar una orden de detención.

3) Competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior.

4) Que la orden sea expresa y aparezca revestida de las formalidades legales.

Si se dan estos requisitos, el subordinado debe, en principio, cumplir la orden, aunque sea antijurídica. De hecho, si no se cumplen órdenes de la autoridad superior «dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales» se comete el delito de desobediencia (art. 410,1), salvo que el mandato «constituya una *infracción manifiesta, clara y terminante* de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general» (art. 410,2). De aquí se deduce que si el mandato no infringe clara, manifiesta y terminantemente una ley, debe ser obedecido, «obediencia debida», pues de lo contrario se incurrirá en el delito de desobediencia. Lo importante es, pues, que la orden aparezca dictada dentro de los límites de la respectiva competencia y revestida de las formalidades legales (*teoría de la apariencia*), pero si aún así infringe manifiesta, clara y terminantemente un precepto legal, no habrá ninguna obligación de obedecerla y, por tanto, el que la cumple no podrá alegar el cumplimiento de un deber como causa de justificación.

Sin embargo, la disposición citada no aclara quién debe juzgar si la orden infringe clara y terminantemente la ley. Lógicamente la ley concede al funcionario un cierto margen para la apreciación del carácter vinculante de la orden

que se le imparta; pero este margen no puede llegar hasta el punto de dejar totalmente a su arbitrio la apreciación de tal carácter. Ya hemos visto que la competencia abstracta y las formalidades legales deben ser suficientes para que el subordinado confíe en la legalidad de la orden que se le dé. El carácter manifiesto, claro y terminante de la infracción debe estimarse, pues, de un modo objetivo, es decir, basta con que un funcionario medio, situado en la circunstancia respectiva, hubiera apreciado esa vulneración, con independencia de cuáles pudieran ser las creencias del funcionario individual y concreto. Más allá de este nivel objetivo y objetivable, el error debe estimarse a lo sumo como causa de exculpación. La duda del funcionario sobre la legalidad de la orden, cuando no pueda ser solucionada con consultas, información, etc., debe ser resuelta en favor del carácter vinculante (*in dubio pro legalitate*, cfr. art. 411 Cp).

Lo dicho no excluye que por parte del funcionario subordinado haya un *deber de examinar* la orden recibida. Este deber de examen es tanto más importante, cuando la orden infrinja un precepto constitucional o lesione gravemente la dignidad humana.

Sin embargo, el deber de examen es un deber limitado en la medida en que respecto a la orden de un superior juega la presunción de legalidad. También depende de las circunstancias personales del inferior jerárquico, nivel de formación, contenido del acto que debe ejecutar (no es lo mismo un acto rutinario de escasa gravedad, que el cumplimiento de una orden que implique disparar a matar contra alguien, torturar, etc.). La negligencia en el deber de examen puede fundamentar una atenuación de la culpabilidad, conforme al art. 14.3. El nivel de exigencia del *deber de examen* no es obviamente igual cuando lo que se ordena constituye una infracción administrativa, un delito grave, una violación de derechos fundamentales o la ocupación militar del Congreso de los Diputados para «Salvar a la Patria» (cfr. STS de 22 de abril de 1983).

## 2. EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento es la única causa de justificación no citada expresamente entre las eximentes del art. 20. En realidad, el Código penal sólo lo menciona expresamente en el art. 155 para negarle eficacia eximente en las lesiones y darle, todo lo más, un efecto atenuatorio de la pena. Sin embargo, aparte de este precepto, de dudoso ámbito (cfr. *infra*), existen otros en los que, expresa o tácitamente, se concede eficacia al consentimiento del titular del bien jurídico protegido como elemento del tipo de injusto del delito en cuestión. Se trata de aquellos casos, como la libertad domiciliaria, la propiedad, etc., en los que el Ordenamiento jurídico reconoce al titular una facultad dispositiva sobre el bien jurídico. Así, por ejemplo, el delito de allanamiento de morada se construye sobre la base de la oposición del morador a que alguien entre o se mantenga en la morada (cfr. art. 202) y el delito de hurto, sobre la base de que el dueño de la cosa mueble no consienta en que

otro se apodere de ella (cfr. art. 234), y los delitos de agresión sexual (cfr. arts. 178 ss.) parten de que el sujeto pasivo no consiente el contacto sexual. Esta referencia, expresa o tácita, al consentimiento en algunos tipos penales específicos hace que se le considere más como una *causa de exclusión de la tipicidad*, que como una causa de justificación (así, por ej., LUZÓN PEÑA, Curso I, pp. 560 y 567, quien de todos modos reconoce su carácter polivalente). Sin embargo, sin perjuicio de reconocer que efectivamente el consentimiento pueda tener en estos supuestos el efecto de excluir ya la tipicidad del comportamiento hay casos en los que el consentimiento no excluye directamente la tipicidad ya de un modo general, sino que sólo y en la medida en que se den determinados requisitos todo lo más puede excluir la antijuricidad, es decir, justificar una conducta que sigue siendo típica. La exigencia, por ejemplo, de un *deber de información* al paciente para que el consentimiento de éste a una operación quirúrgica tenga eficacia justificante, o la irrelevancia del consentimiento para determinadas intervenciones sobre el cuerpo humano (venta de órganos, experimentos médicos, etc.), demuestran que, en principio, cualquier intervención sobre la integridad física de una persona requiere de unos requisitos adicionales para que el consentimiento justifique un hecho en sí típico (para más detalles cfr. *infra*). Por todo ello, en estos casos parece más correcto tratarlo como causa de justificación, dándole también el mismo tratamiento en los casos de error sobre sus presupuestos fácticos y sobre sus límites.

En el caso de la *eutanasia*, el art. 143.4 no concede ciertamente eficacia eximente, sino meramente atenuante, al consentimiento del paciente, pero independientemente de ello, para que se pueda aplicar esa atenuación es preciso que, además del consentimiento («petición expresa, seria e inequívoca»), la víctima sufriera «una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar». Se requiere, por tanto, algo más que el consentimiento (cfr. MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 18ª ed., capítulo II; Homenaje a Díaz Pita).

*Requisitos.* Tanto si se trata de una causa de exclusión de la tipicidad, como si es una causa de justificación, el consentimiento del titular del bien jurídico debe quedar claramente manifestado, aunque no siempre ha de ser *expreso*. Cabe también el *consentimiento tácito* en aquellos casos en los que una previa relación de confianza, basada en la gestión de negocios, relación de vecindad, etc., permita pensar que el titular del bien jurídico admite la realización del hecho (la persona que utiliza el automóvil de su socio para realizar una gestión en favor del negocio común; el vecino que entra en la casa de su amigo que se halla

de vacaciones para regar las flores y evitar que se sequen, etc.). Muchos de estos casos pueden solucionarse por la vía del estado de necesidad, con lo cual no hay por qué recurrir al consentimiento para justificar, por ejemplo, la acción del que entra en una morada ajena para apagar un incendio, cortar el agua ante el peligro de inundación, etc.

Para que el consentimiento pueda actuar como causa de justificación es necesario que se den determinados *requisitos*:

1) Facultad reconocida por el Ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios. Esta facultad es cuestionable respecto de determinados bienes jurídicos como la vida o la integridad física (cfr. *infra*).

2) Capacidad para disponer, que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero que, igual que ésta, exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.

3) Ausencia de vicios: cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción, engaño, etc.) invalida el consentimiento.

4) El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo.

*El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física.* Ninguna relevancia justificante tiene el consentimiento cuando la persona no está facultada para disponer de sus bienes jurídicos. Así, por ejemplo, está claro que el Ordenamiento jurídico español no reconoce facultad a la persona para disponer de su vida desde el momento en que, si bien no castiga, por razones político-criminales evidentes, el suicidio, sí castiga determinadas formas de participación en el suicidio ajeno (cfr. art. 143 Cp). No obstante, la misma existencia de este tipo delictivo autónomo respecto al homicidio o asesinato demuestra que no es lo mismo matar a otro en contra de su voluntad que contando con ella, caso este último en el que se puede plantear la posibilidad de causas de justificación (eutanasia) que son inadmisibles en el primero.

Respecto a la salud y a la integridad física la cuestión es ya más controvertida. El Código penal de 1995 ha querido zanjar la polémica con el art. 155, en el sentido de declarar la irrelevancia del consentimiento del ofendido para eximir de pena en el delito de lesiones, aunque obliga a imponer la pena inferior en uno o dos grados. A continuación, sin embargo, el art. 156,1 concede relevancia eximente (justificante) al consentimiento «válida, libre, consciente y expresamente emitido» si bien, únicamente, en los supuestos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, con la salvedad de que el consentimiento se haya obtenido «viciadamente, o mediante precio, recompensa o promesa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz». Pero eso no puede significar que el consentimiento no pueda ser válido también para otro tipo de intervenciones que no tengan un fin exclusivamente terapéutico, como pueden ser las de carácter estético, o que haya que exigir automáticamente responsabilidad cuando se causen unas lesio-

nes en el seno de una práctica deportiva. Por lo que el art. 155, fuente de graves confusiones, exige, para poder ser aplicado coherentemente con los principios inspiradores de nuestro Ordenamiento jurídico (como puede ser el libre desarrollo de la personalidad) ser salvado por vía interpretativa, entendiéndose que, en realidad, el único consentimiento que no puede ser válido es, aparte del prestado por los que no tienen capacidad para consentir, el que está prohibido expresamente por la ley, como, por ejemplo, el del donante de un órgano que lo vende para un trasplante (cfr. art. 8 Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, que prohíbe expresamente la *venta de órganos*, y el nuevo art. 156 bis, introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, que tipifica como delito el tráfico de órganos). Pero en los demás casos en los que el consentimiento sea simplemente la manifestación de la voluntad en el ejercicio legítimo de un derecho: el derecho correspondiente al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10 CE, éste debe eximir de responsabilidad penal (siempre y cuando, obviamente, la actuación se lleve a cabo dentro de los límites de lo consentido).

En todo caso, el art. 155 sólo es aplicable en relación con el consentimiento del lesionado a una lesión dolosa, pero no cuando se trata de una puesta en peligro consentida (copiloto, boxeo, ruleta rusa). Lo que el art. 155 prohíbe es el consentimiento del lesionado a la lesión misma, y no al riesgo de que la lesión se produzca, que es un problema que pertenece al ámbito de la *imputación objetiva* en el delito imprudente (cfr. *supra* capítulo XVII y los trabajos de BONET ESTEVA, CANCIO MELIÁ, GARCÍA ÁLVAREZ y FEJOO SÁNCHEZ. Un sector doctrinal se muestra en todo caso a favor de la aplicación del art. 155 a las lesiones imprudentes, cfr. por ej. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES —dir.—, *Comentarios*, y CEREZO MIR, *Derecho penal*, Parte General II, capítulo IV; GARCÍA ÁLVAREZ, 1999, pp. 474 y ss. En contra, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, capítulo IV, y también en contra de que la autopuesta en peligro o la puesta en peligro consentida para la vida o la integridad física puedan excluir siempre la responsabilidad del tercero. Así, por ejemplo en las huelgas de hambre, el límite al respeto a la voluntad del huelguista está en el peligro inminente de muerte y en que éste haya perdido de forma permanente e irreversible su capacidad para consentir. En los casos de rechazo de transfusión de sangre por razones religiosas, hay que respetar la voluntad del que prefiere salvarse con otro tipo de remedios alternativos —dudoso cuando se trata de menores y la transfusión es objetivamente necesaria para salvar su vida, cfr. STS de 27 de junio de 1997—).

El Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones que la propia contribución imprudente de la víctima a su lesión o muerte reduce la gravedad de la imprudencia del tercero (*compensación de culpas*; cfr. SSTs de 24 de mayo de 1991 y de 24 de julio de 1992; véanse SERRANO MAILLO, 1996, pp. 53 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, 1999, pp. 255 y ss.; y LUZÓN PEÑA, 1990, p. 56); o incluso excluye la imputación objetiva del resultado (cfr. STS de 26 de febrero de 2000, excluyendo la responsabilidad de un sujeto por las lesiones que sufrió un joven, al que había recogido poco antes haciendo auto-stop, al tirarse del coche en marcha para evitar ser atracado por dicho sujeto; y los comentarios a la misma de BONET ESTEVA, CANCIO MELIÁ, GARCÍA ÁLVAREZ y TAMARIT SUMALLA, en VARIOS, 2000).

**Bibliografía:** Sobre la obediencia debida y el ejercicio legítimo del cargo: ÁLVAREZ GARCÍA, Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; BOLEA BARDÓN, El exceso intensivo en la legítima defensa putativa: (A propósito de la STS de 9 de marzo de 1993. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz y de la STS de 5 de octubre de 1999. Ponente: Martín Canivell), RECPC 2001; CEREZO MIR, La eximente de obrar en cumplimiento del deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ADP 1987; EL MISMO, La eximente de obediencia debida en el Código penal español, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; EL MISMO, Cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; CÓRDOBA RODA, Las eximentes incompletas en el CP, 1966; DÍAZ PALOS, En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; GALLARDO RUEDA, La circunstancia de obediencia debida, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; GÓMEZ BENÍTEZ, El ejercicio legítimo del cargo, Madrid 1980; GÓMEZ RIVERO, ¿Aún un espacio de la racionalidad para la obediencia debida?: de su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional, RP 2004; HURTADO YELO, Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia, AJA 2009; MESTRE DELGADO, La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supra-legales de justificación penal, Madrid 2001; MUÑOZ CONDE, Prueba prohibida y valoración de los medios audiovisuales en el proceso penal, RP 2004; PAREDES CASTAÑÓN, Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención por «obediencia debida» en un Derecho penal liberal, AP 1997; PORTILLA CONTRERAS, El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; QUERALT JIMÉNEZ, La obediencia debida, Barcelona 1986; EL MISMO, Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la ingerencia policial), Revista del Centro de Estudios Constitucionales 1990; QUINTERO OLIVARES, El delito de desobediencia y la desobediencia justificada, CPC 1980; RODRÍGUEZ DEVESA, La obediencia debida en el Derecho Penal Militar, REDM 1957; EL MISMO, La subordinación militar en Derecho comparado, REDM 1961; ROXIN, La calificación jurídico-penal de la corrección paterna, RDPC 2005; SÁNCHEZ GARCÍA, Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad, Barcelona 1995; VIEITES PÉREZ, El uso de armas por agentes de la autoridad, La Ley 1996; VIVES ANTÓN, Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida, EPC 1980/1981.

Sobre las lesiones en los deportes: ESER, Deporte y Derecho penal, RP 2000; MIR PUIG, Lesiones deportivas y Derecho penal, Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya 1987; PAREDES CASTAÑÓN, Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales, ADP 1990.

Sobre el consentimiento: ARMAZA GALDÓS, La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico, RDPC 1998; BARREDA GARCÍA, El consentimiento del paciente para ciertos tratamientos o intervenciones (Sentencia Sala 1ª T.S. 12 de julio de 1994), CPC 1997; BONET ESTEVA, La víctima del delito (La auto-



puesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto), Madrid 1999; CANCIO MELIÁ, La exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima («imputación de la víctima»), RDPC 1998; EL MISMO, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Barcelona 1998; CASAS BARQUERO, El consentimiento en Derecho penal, Córdoba 1987; CEREZO MIR, El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, El consentimiento en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces, La Ley 1997; CORCOY BIDASOLO, Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva, ADP 1996; EL MISMO, Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico, en Homenaje a Torío, Granada 1999; DE LA MATA BARRANCO, El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio, en Homenaje a Roxin, Barcelona 1997; FEIJOO SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes, Madrid 1999; EL MISMO, Actuación de la víctima e imputación objetiva. Comentario a la STS de 17 septiembre 1999, RDPC 2000; EL MISMO, Resultado lesivo e imprudencia, Barcelona 2001; EL MISMO, ¿Imputación a la víctima que provoca a su agresor?, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; GARCÍA ÁLVAREZ, La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Valencia 1999; GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, en Homenaje a Ruíz Antón, Valencia 2004; JORGE BARREIRO, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982; LAURENZO COPELLO, Relevancia del consentimiento informado en el ámbito sanitario, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; LUZÓN PENA, Derecho penal de la circulación, 2ª ed., Barcelona 1990; EL MISMO, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o exclusión de la tipicidad penal, RGDP 2008; MIR PUIG, Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1990, ADP 1991; MORILLAS CUEVA, Aspectos penales del consentimiento informado, en Homenaje a Ruíz Antón, Valencia 2004; MUÑOZ CONDE, Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; PÉREZ MARÍN, Sobre el consentimiento del sujeto pasivo en las diligencias de investigación corporal, CPC 2008; SEGURA GARCÍA, El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal: naturaleza y eficacia, Valencia 2000; SERRANO MAÍLLO, La compensación en Derecho penal, Madrid 1996; TAMARIT SUMALLA, Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte, AJA 1998; VARIOS, El consentimiento. El error, CDJ 1993; VARIOS, Comentarios a la STS nº 270/2000, de 26 febrero (RJ 2000, 1149), RDPP 2000.

Sobre el consentimiento en las lesiones: MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 18ª ed., capítulo IV; EL MISMO, Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008.

# CAPÍTULO XXII

## Culpabilidad

1. La culpabilidad
2. Las insuficiencias del concepto tradicional de culpabilidad
3. El concepto dialéctico de culpabilidad: culpabilidad y prevención general
4. Concepto material de culpabilidad: la culpabilidad como teoría del sujeto responsable
5. Elementos de la culpabilidad

### 1. LA CULPABILIDAD

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de algunos preceptos del Derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal. Ello demuestra que, junto a la tipicidad y a la antijuricidad, debe darse una *tercera categoría* en la Teoría General del Delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la *culpabilidad*, una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad, son también necesarios para la imposición de una pena.

También fuera del Derecho penal se emplean expresiones como «tener la culpa», «echar la culpa», «sentirse culpable», etc., que reflejan un sentido parecido, aunque con distinta terminología, al que se da al concepto de «culpabilidad» en Derecho penal. Efectivamente, cuando se dice que «alguien tiene la culpa» o que «es culpable de algo» se está aludiendo a la responsabilidad por la realización de un hecho desaprobado; incluso psicológicamente la «culpa» como sentimiento es siempre muestra de un pesar por el mal cometido. Antes que la culpa, objetiva o subjetiva, hay, pues, una desaprobación previa de algo que se ha realizado y que no se debería haber realizado, o de algo que no se ha realizado, debiendo haberse realizado. En Derecho penal se emplea la expresión «culpabilidad» como el conjunto de condiciones que permite declarar a alguien como culpable o responsable de un delito. El término «culpa» se ha empleado tradicionalmente, conforme a una terminología procedente del Dere-

cho romano, como equivalente a imprudencia o negligencia, y en este sentido era profusamente utilizado en el anterior Código penal, aunque en el Código vigente, para evitar confusiones con el concepto de culpabilidad, se emplea la expresión imprudencia. Sin embargo, se sigue manteniendo el término «dolo», para el que no se encuentra una expresión coloquial equivalente. El llamado «principio de culpabilidad», es decir, que no puede haber pena «sin dolo o imprudencia» (art. 5), no es más que una parte o un presupuesto del concepto de culpabilidad que desarrolla su labor en otras categorías del delito, principalmente en la tipicidad, constituyendo el tipo subjetivo del delito doloso o del delito imprudente (véanse *supra* capítulos IV, XVI y XVII; también *infra* en este mismo capítulo, epígrafe 2 *in fine*).

La distinción entre antijuricidad y culpabilidad y, consiguientemente, entre causa de justificación y causa de exclusión de la culpabilidad, es uno de los hallazgos técnico-jurídicos más importantes de la Ciencia del Derecho penal. Tal hallazgo no es una pura elucubración teórica sino que tiene importantes consecuencias prácticas.

Actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico-penal y ataca con ello un bien jurídico penalmente protegido. Actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a Derecho.

Pero este concepto de culpabilidad, como reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo, coloca al penalista ante la difícil situación de tener que decidirse entre dos extremos igualmente cuestionables: o aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad; o negar esta capacidad, negando con ello, al mismo tiempo, la culpabilidad como elemento o categoría del delito.

Creo, sin embargo, que se puede salir de esta difícil situación sin aceptar plenamente el concepto tradicional de culpabilidad, relativizando el entendimiento de la libertad que le sirve de base y dotando a la culpabilidad de un contenido distinto, capaz de legitimar, explicar y limitar de un modo racional la imposición de una pena.

## **2. LAS INSUFICIENCIAS DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE CULPABILIDAD**

Una vez superada la originaria concepción de la culpabilidad, que veía en esta categoría únicamente la relación psicológica entre el autor y su acto, diferenciando según se tratase de una relación dolosa o im-

prudente (*concepción psicológica de la culpabilidad*) surgió una *concepción normativa* que veía en la culpabilidad un *reproche* que se hacía al autor del delito por haber actuado en la forma en que actuó, pudiendo actuar en forma distinta.

Según la concepción normativa, actúa culpablemente el que pudo proceder de otra manera. Esta definición refleja claramente el concepto tradicional de culpabilidad que se encuentra en cualquier manual o tratado de Derecho penal. Pero esta concepción es científicamente insostenible, ya que se basa en argumentos racionalmente indemostrables: la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo; algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar.

Como decía ENGISCH, aunque el hombre poseyera esta capacidad de actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si usó o no de esta capacidad, porque, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actuó, habría siempre otros datos, nuevas circunstancias, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo diferente a como se actuó es, por consiguiente, indemostrable.

Queda, sin embargo, la posibilidad de entender esa capacidad de un modo puramente vivencial o fenomenológico, como resultado de nuestra propia experiencia y observación. Así, por ejemplo, tenemos la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos «libres» de elegir entre las distintas opciones que se nos ofrecen. De algún modo, la vida de relación social, la exigencia de responsabilidades en la misma, el cumplimiento de las expectativas y estas expectativas sociales mismas se basan en este sentimiento generalizado. Pero ello no es más que un dato fenomenológico, puramente vivencial. Aparentemente existe una *capacidad de elección* entre varias opciones en cualquier persona y esa misma capacidad de elección constituye el presupuesto del actuar humano social y jurídicamente relevante; de ahí que se excluyan del ámbito de la acción jurídicamente relevante las reacciones puramente instintivas, inconscientes o producto de fuerza irresistible. Pero este presupuesto es puramente descriptivo y es insuficiente para fundamentar el concepto de culpabilidad que tiene fines pragmáticos y sirve para justificar y limitar la imposición de una pena al autor de un hecho típico y antijurídico.

Una cosa es segura: entre varias opciones posibles siempre se puede elegir, pero no sabemos cuáles son las razones últimas que impulsan a elegir entre una y otra opción. Por eso no es posible fundamentar la culpabilidad en algo que no conocemos suficientemente.

Pero es que, además, en el Derecho penal, igual que en el resto del Derecho y de la vida social, existen casos en los que una persona, entre varios haceres posibles, elige uno que es perjudicial para otros, sin que ello le proporcione un juicio negativo por su conducta. La culpabilidad supone algo más que la mera posibilidad de poder actuar de un modo distinto a como se actuó. Si la culpabilidad se basara efectivamente en la posibilidad de actuar de un modo distinto no podría explicarse por qué el núm. 5º del art. 20 del Código penal declara exentos de responsabilidad criminal a los que, en estado de necesidad, lesionen un bien de *igual o menor* valor; es evidente que quien actúa en estado de necesidad tiene la capacidad de elegir entre varios haceres posibles: o soportar la lesión de un bien jurídico o evitar esa lesión, lesionando a su vez uno de *igual o menor* valor.

De todo ello se deduce que la posibilidad de actuar de un modo distinto es un presupuesto de la relevancia jurídica del comportamiento humano, incluso del concepto de acción misma, pero no el fundamento material, exclusivo y único, de la culpabilidad. En realidad, esta categoría del delito, como culminación de toda la elaboración conceptual que, salvo algún condicionamiento de la penalidad o de la perseguibilidad que veremos más adelante, permite la aplicación de una pena, asume a su vez otros elementos subjetivos que ya han sido tratados en anteriores categorías. Así, por ej., además de que el acto sea controlado por la voluntad, elemento conceptual de la acción y la omisión (véanse *supra* capítulos XII y XIV), es necesario que el sujeto haya actuado respecto al tipo objetivo del delito por él cometido dolosa o imprudentemente (véanse *supra* capítulos XVI y XVII); todo ello forma también parte de la culpabilidad, de ahí, por ej., que se llame *principio de culpabilidad* a la exigencia de que para imponer una pena sea preciso el dolo o la imprudencia (cfr. art. 5 y *supra* capítulo IV), pero en la medida en que estos requisitos cumplan ya una función en la elaboración de las anteriores categorías se pueden dar por supuestos en la culpabilidad y reservar esta categoría para aquellos elementos específicos que no pueden incluirse en las anteriores.

### **3. EL CONCEPTO DIALÉCTICO DE CULPABILIDAD: CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN GENERAL**

Rechazar el concepto tradicional de culpabilidad no significa necesariamente tener que renunciar al mismo como categoría jurídico-penal, sino la necesidad de buscarle un fundamento distinto. Para ello hay que empezar por abandonar de una vez para siempre la vieja concepción, producto de la ideología individualista dominante en el momento en el que surgió como categoría autónoma dentro del Derecho penal. Esta concepción ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que

sólo afecta al autor de un hecho típico y antijurídico. Pero realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es, pues, la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta o ahistórica al margen o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del Derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio.

Para ROXIN (ver obras citadas en bibliografía y Parte General I, pp. 791 y ss.), las finalidades preventivas no forman parte del concepto de culpabilidad, sino que lo complementan. Según este autor, una vez comprobada la culpabilidad, entendida también por él en el sentido tradicional, procede averiguar si, desde el punto de vista de los fines preventivos del Derecho penal, es o no necesaria una pena, es decir, si se puede y se debe hacer *responsable* al sujeto por lo que ha hecho. De ahí que en lugar de culpabilidad, prefiera el término de *responsabilidad*. Sin embargo, no hay por qué disociar la culpabilidad de los fines de la pena, ni separarla de la responsabilidad que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho (en este sentido también JAKOBS, 1997, pp. 73 y ss., aunque con fundamentación distinta).

Así, por ejemplo, la correlación entre culpabilidad y *prevención general*, es decir, defensa de determinados intereses, legítimos o ilegítimos (que esa es otra historia) por medio de la pena, es evidente. Si en un momento histórico determinado se consideró, por ejemplo, que debían ser declarados exentos de responsabilidad criminal el menor de cierta edad (cfr. art. 19), el que, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica o de un estado de intoxicación plena, no puede comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, o el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tiene alterada la conciencia de la realidad (cfr. núms. 1º, 2º y 3º del art. 20), ello no se hizo para debilitar la prevención general o la defensa de los intereses de la sociedad frente a esas personas, sino precisamente por lo contrario, porque el efecto intimidatorio general y la defensa social se fortalecían al declarar exentos de responsabilidad

criminal (es decir, de culpabilidad) a unas pocas personas de las que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando así la necesidad de su cumplimiento por las demás personas que no se encuentran en esa situación. Estas razones de prevención general están también avaladas por razones de *prevención especial*, ya que tampoco desde el punto de vista individual es necesaria en estos casos una pena, sino una medida de curación o educación del sujeto que se encuentra en estas situaciones.

Evidentemente las razones de prevención general pueden exacerbarse y, mal entendidas, llevar a exigencias punitivas desmesuradas, como el castigo de personas realmente «enfermas mentales», la rebaja de la edad para la exigencia de responsabilidad penal, etc., y es verdad que la Historia enseña que estos casos se han dado y se dan. Pero, entonces, lo que hay que hacer es criticar la teoría y la praxis jurisprudencial y legislativa que permiten esos desbordamientos preventivos generales, sin tener en cuenta los límites que también imponen las finalidades preventivas especiales acogidas en el art. 25 de la Constitución. En un Estado social y democrático de Derecho, el Estado debe estar en condiciones de demostrar por qué hace uso de la pena y a qué personas la aplica, y ello siempre para proteger de modo eficaz y racional a una sociedad que, si no es plenamente justa, tiene en su seno y en su configuración jurídica la posibilidad de llegar a serlo. Si estos presupuestos no se dan, mal se puede hablar de culpabilidad, y exigir el cumplimiento de los mandatos normativos a las personas que por razones de inmadurez personal, de enfermedad mental, etc., no están en condiciones de cumplirlos sería una infracción clara de las bases de la responsabilidad penal en un Estado social y democrático de Derecho. Por eso la culpabilidad tiene también un fundamento material, basado en la propia idea democrática, que estudiaremos en el siguiente epígrafe (para más detalles sobre esta concepción, véase MUÑOZ CONDE, 1975 y 1980).

#### **4. CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD: LA CULPABILIDAD COMO TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE**

Cuestión distinta de las tratadas hasta ahora es la del fundamento material específico que sirve de base a la culpabilidad. Fuera del tipo de injusto, es decir, de la tipicidad y de la antijuricidad, existen una serie de

elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de otra conducta) que forman parte de la Teoría General del Delito y también condicionan la aplicación de una pena (cfr. *infra* elementos de la culpabilidad). Si no se quiere asignar a cada uno de estos elementos un puesto autónomo e independiente, cada uno constitutivo de una nueva categoría del delito, deberá procurarse reconducirlos a una misma categoría, en la medida en que respondan a un denominador común todos ellos, es decir, a un mismo fundamento material.

Como ya se ha dicho antes, este fundamento material no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto. A mi juicio, este fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la *función motivadora de la norma penal*, que como ya hemos visto en la Primera Parte (capítulo III), junto con la función protectora constituye una función específica de la norma penal.

La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos normativos. La evolución cultural y los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos han permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir al individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo. El fundamento común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La «*motivabilidad*», la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante de esa facultad —cualquiera que sea el origen de la misma— deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad. En estos casos, la tarea del Estado social y democrático de Derecho no consiste en castigar a los que no están en condiciones de poder participar en condiciones



de igualdad en la configuración de la vida social, sino en «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9,2 CE). En una democracia que aspira a ser verdadera y real es necesario desarrollar también un concepto de culpabilidad material, y no puramente formal. Igual que no es suficiente el reconocimiento formal de unos derechos fundamentales si éstos carecen de contenido (si la mayoría de la población es analfabeta, ¿de qué le sirve el derecho a la información?), tampoco puede ser suficiente, para constatar la culpabilidad de un individuo por el hecho cometido, que éste haya podido obrar en teoría de una manera distinta a como lo hizo, si no se analizan las razones para entender por qué actuó de una determinada manera y no de otra. De lo contrario se justificarían las irónicas palabras del escritor francés Anatole France cuando afirmaba que «la ley lo mismo prohíbe robar pan y dormir debajo de un puente al pobre mendigo que a un millonario».

Lógicamente, la fijación de este fundamento material no puede realizarse ahistóricamente, al margen de las necesidades preventivas tal como son entendidas por la sociedad en un momento histórico determinado, ni es tampoco tarea del Derecho penal acabar con las desigualdades e injusticias distributivas; pero en la medida en que la culpabilidad sea una categoría basada en el principio constitucional democrático y no sólo en el Derecho penal positivo, no sólo podrá servir para interpretarlo adaptándolo a los principios constitucionales democráticos, sino también para criticarlo cuando se aparta de ellos. Por eso, en la medida en que el Derecho penal positivo respete los principios constitucionales y se sitúe en el contexto de un Estado democrático, se podrán interpretar los preceptos penales legales relacionados con la culpabilidad con la suficiente amplitud como para hacer compatible la mayor y mejor protección posible de los valores fundamentales de la sociedad, con un mínimo costo de represión y sacrificio de la libertad individual. El concepto de culpabilidad es, pues, también un principio organizativo de atribución de la responsabilidad individual característico de las sociedades modernas, en las que, dentro de las distintas esferas de su competencia (política, profesional, ciudadano común, etc.), cada uno es responsable por lo que hace (o no hace). La particularidad que presenta la culpabilidad en Derecho penal es que el legislador describe determinadas situaciones (minoría de edad, enfermedad mental, error

de prohibición, no exigibilidad) en las que renuncia a imponer una pena (aunque no otro tipo de sanciones, como las medidas de seguridad), cuando alguien que se encuentra en una de esas situaciones comete un hecho típico y antijurídico. Naturalmente son imaginables otras formas de atribución de responsabilidad por el hecho cometido, como echar la culpa a los dioses o al destino, exigir sólo una relación causal puramente objetiva entre la acción y el resultado, etc. Pero la exigencia de un determinado grado de participación subjetiva del autor en el hecho, la normalidad psíquica de éste, el conocimiento de la antijuricidad, etc., suponen un avance hacia una concepción democrática del Derecho penal, al limitar el poder punitivo del Estado en base a consideraciones emanadas de la propia dignidad del ser humano como *sujeto responsable*, y constituye un factor característico de la racionalidad de la cultura jurídica de nuestro tiempo.

Aunque con distinta fundamentación material, también un sector de la doctrina española considera que el principio de culpabilidad y el concepto dogmático mismo de culpabilidad que aquí se acoge tiene apoyo constitucional. En general, de un modo u otro, y a veces sin mencionar o utilizar el término de «culpabilidad», existe un acuerdo doctrinal en considerar necesario para la imposición de una pena un cierto grado de *responsabilidad individual subjetiva*, por más que esto a veces no sea más que un *desideratum* no plenamente realizado en la praxis judicial y legislativa.

## 5. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que, en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario, conforme al Derecho penal actualmente vigente, que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido y se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. Si, por el contrario, el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a su autor y, por tanto, éste tampoco podrá ser sancionado con una pena.

De aquí se deduce que la culpabilidad, junto a ese fundamento material antes aludido de participación en los bienes jurídicos protegidos y motivación racional de los mandatos normativos, tiene unos elementos específicos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución que implica. Estos elementos son:

a) *La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.* Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.). Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad (para más detalles, cfr. *infra* capítulo XXIII).

b) *El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido.* La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad (para más detalles, cfr. *infra* capítulo XXIV).

c) *La exigibilidad de un comportamiento distinto.* Normalmente el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo u otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará ese elemento y, con él, la culpabilidad (para más, detalles cfr. *infra* capítulo XXIV).

Estos tres elementos (a cuyo estudio concreto dedicaremos los dos próximos capítulos) son elementos graduables (excepto en el caso de la minoría de edad penal) y, por eso, las causas que los modifican o desdibujan pueden tener un efecto excluyente o sólo un efecto atenuante de la culpabilidad, cuando no tienen la entidad suficiente para excluirla totalmente.

Por tanto, junto con su vertiente positiva estudiaremos también su negación, esto es, las causas que los excluyen o, por lo menos, influyen en su graduación. Las diferencias entre estas *causas de exclusión o anulación de la culpabilidad* y las *causas de justificación*, como ya hemos dicho en el capítulo XIX son evidentes: las primeras dejan intacto el

tipo de injusto, con todo lo que ello comporta en orden a la aplicación de sanciones no penales, medidas de seguridad, admisión de la legítima defensa frente al que actúa, posibilidad de participación de terceras personas, etc.; las segundas convierten el hecho en algo lícito y aprobado por el Ordenamiento jurídico, no cabe legítima defensa frente a ellas, tampoco cabe responsabilidad penal por participación de terceros, etc.

Finalmente, también deben tenerse en cuenta algunos elementos específicos que aparecen en ciertos tipos de delitos: el ensañamiento en el asesinato y las lesiones (arts. 139 y 148), el carácter vejatorio o denigrante de la agresión sexual (art. 180,1,1<sup>a</sup>), etc. Estos elementos no sólo fundamentan o agravan el tipo de injusto de un determinado delito, sino que a veces reflejan también una mayor culpabilidad en el autor del delito. Estos elementos, objetiva y subjetivamente configurados, constituyen el llamado *tipo de culpabilidad*. Sus diferencias con los *elementos subjetivos del tipo de injusto* (cfr. *supra* capítulo XVI) no son todo lo nítidas que sería deseable, aunque se puede afirmar, de un modo general, que los elementos del tipo de culpabilidad sólo inciden en la mayor gravedad del marco penal aplicable a una concreta figura del delito y que su ausencia no excluye la punibilidad del delito en cuestión; a lo sumo, lo convierten en otro delito (por ej., la ausencia de ensañamiento convierte el asesinato en homicidio, pero el hecho sigue constituyendo un tipo de injusto de un delito contra la vida), o en el mismo delito, sólo que sancionado con menor pena (por ej., el carácter no denigrante o vejatorio de la violencia convierte en simple a la agresión sexual). En este sentido, algunas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que operen como agravantes genéricas (art. 22) podrían formar parte del tipo de culpabilidad de un delito concreto. Sin embargo, el carácter predominantemente subjetivo de muchos de estos elementos acrecienta sus dificultades probatorias, y su indeterminación los convierte en grave fuente de arbitrariedad en el momento de la determinación de la pena. Por eso debe rechazarse su admisión genérica o interpretarse muy restrictivamente cuando se den claramente en algún delito concreto. La problemática pertenece más a la Parte Especial y al estudio de la figura delictiva concreta en la que se exijan, o al estudio de las circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad criminal (arts. 21, 22 y 23; cfr. *infra* capítulo XXIX).

También, en cierto modo, pertenecen a la culpabilidad las formas de realización, dolosa o imprudente, del tipo de injusto; pero, como hemos visto anteriormente, tanto el dolo como la imprudencia sirven ya para caracterizar la tipicidad del hecho, por lo que sólo indirectamente pueden a su vez incidir en la determinación de la gravedad de la culpabilidad y ello sólo en la medida en

que la culpabilidad esté ya fundamentada y no existan factores específicos que la excluyan (por ej., la inimputabilidad o el error de prohibición).

**Bibliografía:** CANCIO MELIÁ/ FEIJOO SÁNCHEZ/ JAKOBS, Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, Madrid 2008; CEREZO MIR, Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982; EL MISMO, El delito como acción culpable, ADP 1996; CÓRDOBA RODA, Culpabilidad y pena, Barcelona 1977; COUSO SALAS, Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología, Valencia 2006; DEMETRIO CRESPO, Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, RGDP 2007; DE VICENTE MARTÍNEZ, Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha, PJ 1994; GARCÍA ARÁN, Culpabilidad, legitimación y proceso, ADP 1988; GIMBERNAT ORDEIG, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?, en Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid 1990 (publicado por primera vez en español en 1971); HIRSCH, Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad, ADP 2007; HORMAZABAL MALAREÉ, Culpabilidad y actio libera in causa, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; JAKOBS, Estudios de Derecho penal, Madrid 1997 (traducción de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá); LUZÓN PEÑA, Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995, en Homenaje a Torío, Granada 1999; MARTÍNEZ GARAY, Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana, RDPC 2001; MELENDO PARDOS, Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat, ADP 2007; MOLINA FERNÁNDEZ, La responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 2000; MORALES PRATS, Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora, en Homenaje a Torío, Granada 1999; MUÑOZ CONDE, El principio de culpabilidad, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela 1975; EL MISMO, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, CPC 1980; EL MISMO, Derecho penal y control social, Jerez 1985; PÉREZ MANZANO, Culpabilidad y prevención, Madrid 1986; PRATS CANUT, La culpabilidad: principio y categoría dogmática, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; ROXIN, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, Madrid 1981 (traducción, introducción y notas de Muñoz Conde); EL MISMO, ¿Qué queda en pie de la culpabilidad en Derecho penal?, CPC 1986 (traducción de Silva Sánchez); SANZ MORÁN, Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena, RDPe 2003; TAMARIT SUMALLA, Culpabilidad, maldad e imputabilidad: aportaciones de la Dogmática penal a la cultura jurídica europea, RDPC 2006; TORÍO LÓPEZ, Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad, CPC 1988; ZUGALDÍA ESPINAR, Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982.

Sobre la función motivadora de la norma penal, véase también la bibliografía indicada en el capítulo III.

## CAPÍTULO XXIII

### **Culpabilidad (cont.): imputabilidad o capacidad de culpabilidad**

1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad
2. Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad (causas de inimputabilidad)
3. La minoría de edad: la relativa imputabilidad del menor de dieciocho años y mayor de catorce
4. La alteración en la percepción
5. Las alteraciones psíquicas y los estados de intoxicación
  - A) El efecto psicológico
  - B) Los presupuestos del efecto psicológico. Su relación con la nosología psiquiátrica  
Excurso: La imputabilidad del drogodependiente
  - C) Las consecuencias jurídicas
6. La «actio libera in causa»

#### **1. LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD**

La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir de trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, éste pueda responder de ellos.

Históricamente, la exigencia de la imputabilidad aparece como una limitación de la responsabilidad penal. Pronto se observó que los niños y los enfermos mentales no podían ser tratados como los adultos o los aparentemente sanos mentalmente. La pena para ellos era una institu-

ción inútil y debía ser sustituida por otras medidas (reformatorios, manicomios, etc.) que, en la práctica, tenían el mismo carácter de control social que la pena, pero que teóricamente no tenían el mismo sentido punitivo.

Aunque esto parece hoy evidente no son, sin embargo, tan claros la razón y el fundamento de por qué en estos casos no se podía considerar culpable al autor de un hecho delictivo. La doctrina clásica buscó una base común en la *libertad de voluntad*. Esta libertad se basa en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo; el que carece de esta capacidad no actúa libremente y, por eso, no puede ser considerado culpable de lo que hace.

Como ya se ha dicho, esta tesis es insostenible no sólo porque se basa en algo indemostrable, como es la libertad de voluntad o *libre albedrío*, sino además, y por lo que se refiere al problema que ahora estamos tratando, porque reduce todas las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo, que no son los únicos, ni tan siquiera los más importantes. En todo caso, las facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad (factores psíquicos y socioculturales). Por eso no puede considerarse actualmente que la capacidad de culpabilidad sea únicamente un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo mucho más complejo. En el proceso de interacción social que supone la convivencia, el individuo, obligado por sus propios condicionamientos al intercambio y a la comunicación con los demás, desarrolla una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas. Se establece así un complejo proceso de interacción y comunicación que se corresponde con lo que en la Psicología moderna se llama motivación. Es, pues, la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad. En la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez, por defectos psíquicos de cualquier origen o por trastornos transitorios, no podrá hablarse de culpabilidad.

## **2. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD)**

En el Derecho penal actualmente vigente son tres las causas de exclusión de la responsabilidad penal que pueden reconducirse, sistemáticamente, al ámbito de la inimputabilidad. Estas causas son las tres primeras citadas en el artículo 20 del Código penal: cualquier anomalía o alteración psíquica (art. 20,1º) o un estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos o de síndrome de abstinencia (art. 20,2º), en la medida en que impidan al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión; y la alteración en la percepción que produzca una alteración grave de la conciencia de la realidad (art. 20,3º).

Todas ellas responden a la idea antes expuesta de las bases clásicas de la imputabilidad, si bien no las reflejan con la misma nitidez e, incluso, permiten alguna matización más en consonancia con la concepción que aquí se mantiene (véase *infra*).

La minoría de edad penal (art. 19) es también, en cierto modo y dentro de ciertos límites, una causa de inimputabilidad que se basa en que normalmente el menor de cierta edad, por falta de madurez, carece de la capacidad suficiente para motivarse por las normas, pero, para evitar dudas y vacilaciones en el caso concreto y por razones de seguridad jurídica, se establece un límite fijo cronológico, de modo que sólo a partir de determinada edad se puede responder y no antes, aunque en el caso concreto se pudiera demostrar que el menor de esa edad tiene la capacidad de culpabilidad suficiente. Sin embargo, como seguidamente vamos a ver, nuestro sistema penal y procesal penal establece un sistema específico de responsabilidad penal para los menores de dieciocho y mayores de catorce años que combina razones de carácter psicopedagógico con criterios de imputabilidad y de prevención especial de finalidad predominantemente educativa.

## **3. LA MINORÍA DE EDAD: LA RELATIVA IMPUTABILIDAD DEL MENOR DE DIECIOCHO AÑOS Y MAYOR DE CATORCE**

El art. 19 del Código penal declara exento de responsabilidad criminal con arreglo a dicho Código al menor de dieciocho años. Pero acto



seguido dispone el párrafo segundo del mismo artículo que «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». Es decir, la irresponsabilidad penal declarada en el primer párrafo no es una irresponsabilidad absoluta, por cuanto el menor de dieciocho años puede ser responsable del hecho cometido, si bien esta responsabilidad se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (cfr. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, en adelante LORPM).

Ciertamente, este precepto no declara irresponsable al menor de dieciocho años, pero no cabe duda de que el legislador, al establecer este régimen especial para exigir responsabilidad penal al menor de dieciocho años, está teniendo en cuenta determinadas peculiaridades que se dan en estos casos. Como ya se ha dicho antes, la imputabilidad es el resultado de un proceso de socialización, en el que el individuo va desarrollando una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas, es decir, actuar motivado por las normas jurídicas y por todo el entramado de normas sociales que constituyen los *sistemas de control social*, formal e informal. Evidentemente, ese proceso de socialización no es estático ni termina en un momento determinado, ni se da igual en todas las personas, pero el legislador, de acuerdo con determinados conocimientos empíricos que le brindan la Psicología, la Pedagogía, la Sociología, etc., puede establecer un criterio cronológico, fijar una determinada edad a partir de la cual considere que el sujeto puede ser hecho plenamente responsable penalmente, salvo que tenga algún defecto o alteración psíquica que incida en su imputabilidad (véanse *infra* epígrafes 4 y 5).

Sin embargo, hay una etapa en la evolución cronológica de la madurez del ser humano en la que aún no están plenamente asentados los rasgos psicológicos ni la personalidad. En esta etapa, la imputabilidad es todavía susceptible de modificación, paralelamente al proceso de maduración física y psíquica que el individuo está pasando. Y no ya sólo las facultades psíquicas intelectuales, sino el ambiente familiar, económico o social inciden en ese proceso incluso con más fuerza que las propias facultades individuales. Por eso, en esta etapa es más importante influir en la socialización del menor que ha cometido un delito, y en el respeto a las normas por parte de éste, a través de medidas educativas y correctoras de sus defectos de socialización, que con una pena que, por más que se oriente a la reinserción social del condenado, tiene un compo-

nente afflictivo que puede incidir negativamente en las posibilidades de socialización del menor.

Aún así, todavía hay que establecer un criterio cronológico fijo para excluir, en todo caso, tanto de la responsabilidad penal establecida en el Código penal para los adultos como de la responsabilidad penal establecida en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, a los menores que por su poca edad no se pueden considerar imputables por no haber alcanzado aún la capacidad suficiente para hacerles responsables de sus actos. Por razones de seguridad jurídica, el legislador ha optado por marcar un límite exacto, dejando fuera de cualquier tipo de responsabilidad penal a los *menores de catorce años*, con lo que se puede decir que éste es el límite mínimo de edad a partir del cual se puede comenzar a exigir responsabilidad penal. La *inimputabilidad por minoría de edad* se establece, pues, hasta los catorce años. Hasta esa edad el niño que comete una infracción de la ley penal reputada como delito queda sujeto a lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes (cfr. art. 3 LORPM).

A partir de esa edad y hasta cumplir los dieciocho años el adolescente es imputable, pero su responsabilidad penal se exigirá conforme a la citada Ley. En realidad, por las razones ya dichas se trata de una responsabilidad peculiar, porque, en todo caso, se procura acentuar en la Ley, aunque con algunas excepciones, el carácter primordialmente educativo de las *medidas* que pueden imponerse. Pero incluso, aunque se emplee para esas sanciones el nombre de medidas (cfr. el Título II LORPM), dogmáticamente deben ser consideradas como penas, ya que no se basan en la *peligrosidad del menor*, sino en su culpabilidad, aunque esa culpabilidad presente algunas peculiaridades. A este respecto, dispone el art. 7,3 de la citada Ley que «para la elección de la medida o medidas adecuadas... se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor». Con ello se viene a confirmar, aunque sólo sea en relación con el adolescente, la relevancia que deben tener en la determinación de la imputabilidad y grado de responsabilidad factores exógenos a las facultades puramente intelectivas o volitivas, como son las socioculturales, familiares, etc. Obviamente, la imputabilidad del menor puede ser también excluida por alguna de las circunstancias mencionadas en los tres primeros números del art. 20, en cuyo caso le serán aplicables las

medidas previstas en la LORPM para estos supuestos (cfr. arts. 5,2 y 7,1,d y e LORPM, *infra* en este mismo capítulo y capítulo XXXIV).

Como se ve, aunque no se ignoran las peculiaridades de la imputabilidad de los adolescentes, la finalidad principal de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores es la de ofrecer al Juez de Menores un arsenal de medidas que buscan sobre todo la incidencia educativa en el menor, aunque no quedan, ni mucho menos, completamente excluidas medidas de carácter más aflictivo, como el internamiento en centro cerrado o el establecimiento de la duración máxima de la medida de internamiento en función de la gravedad y naturaleza del hecho cometido (cfr. por ej. art. 9,4<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> LORPM).

Las edades de las que habla el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos delictivos (cfr. art. 5,3 LORPM).

#### 4. LA ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN

Esta causa de inimputabilidad, recogida en el art. 20,3<sup>o</sup> Cp, declara exento de responsabilidad criminal al que, «por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad». El fundamento de esta eximente radica en la existencia de una situación de incomunicación con el entorno social que impide al sujeto conocer la realidad que le rodea y, por tanto, motivarse por la norma.

Esta eximente requiere dos elementos: uno biológico («sufrir alteraciones en la percepción») y otro psicológico (que «tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad»). El presupuesto biológico es cualquier defecto que suponga la disminución de las facultades de captación del mundo exterior. Generalmente se trata de defectos físicos (como la sordomudez o la ceguera), pero podría incluirse también a los llamados «niños-lobo» (en los que la situación de aislamiento no creada voluntariamente puede afectar gravemente al desarrollo) y a los autistas (cuyas anomalías congénitas del carácter producen un cierre a la comunicación). Este defecto debe haber sido sufrido por el sujeto «desde el nacimiento o la infancia», es decir, en los momentos clave del aprendizaje social. Si por el contrario el sujeto ha adquirido conocimientos y experiencia suficiente para saber que sus acciones contradicen o no las normas y después sufre la alteración en la percepción, no será aplicable la eximente, por lo menos en su forma completa (cfr. art. 21,1<sup>a</sup>).

Y ello porque el presupuesto biológico no es por sí solo suficiente para declarar la inimputabilidad: lo que importa es el efecto psicológico que se produce al «alterar gravemente la conciencia de la realidad». Lo que el sujeto debe tener alterada es su capacidad para conocer las pautas de comportamiento y los valores dominantes en su entorno social. Ello permite entender que la inimputabilidad no se reduce en nuestro Código penal sólo a las anomalías que inciden en la comprensión de la ilicitud o en la actuación conforme a dicha comprensión, sino también a otro tipo de anomalías o alteraciones, no necesariamente psíquicas, que tienen otro efecto, como la alteración grave de la «conciencia de la realidad».

## 5. LAS ALTERACIONES PSÍQUICAS Y LOS ESTADOS DE INTOXICACIÓN

La circunstancia 1ª del art. 20 del Código penal declara exento de responsabilidad criminal al que «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Aunque el Código penal utiliza a la hora de regular esta eximente una terminología poco científica, que nada dice sobre qué tipo de «anomalía o alteración psíquica» puede incluirse en ella, tanto en esta eximente, como en la 2ª que se refiere a los estados de intoxicación y síndromes de abstinencia causados por los mismos, se hace recaer el acento en el *efecto psicológico* que deben producir estas alteraciones psíquicas o intoxicaciones: impedir la comprensión de la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión.

### A) EL EFECTO PSICOLÓGICO

El efecto psicológico constituye una perturbación de las facultades intelectuales o volitivas y esta perturbación debe incidir en la comprensión de la ilicitud del hecho o en la capacidad de orientar la conducta conforme a dicha comprensión. Si la perturbación no es plena, sino parcial, la inimputabilidad no quedará completamente anulada, pero sí disminuida, recibiendo el tratamiento de una eximente incompleta, o de una circunstancia atenuante (cfr. art. 21).

Sin embargo, no deja de parecer inmediatamente criticable, a la luz de los actuales conocimientos psicológicos y psiquiátricos, que en la determinación de la inimputabilidad de un sujeto sólo se tengan en cuenta

las *facultades intelectivas y volitivas* y su incidencia en el actuar humano, pues es evidente que no se puede reducir a ellas toda la amplia gama de las demás facultades psíquicas. Nadie puede negar que alteraciones psicopatológicas de otra facultad psicológica, como por ejemplo la percepción, pueden incidir igualmente en el comportamiento humano, sin por ello alterar la inteligencia o la voluntad. Como ya hemos dicho, la eximente 3ª del art. 20 del Código penal, al referirse a la «alteración grave de la conciencia de la realidad», ha ampliado el ámbito de la inimputabilidad a supuestos en los que no tiene por qué darse necesariamente una alteración de la inteligencia o la voluntad; piénsese en la ceguera, la sordomudez, estados crepusculares, etc., que lo que hacen es incidir en la conciencia de la realidad, sin que por ello automáticamente se pueda decir que hay un trastorno intelectual o volitivo.

Pero lo mismo puede suceder con las alteraciones de la memoria, de la afectividad, del pensamiento o de la misma motivación, auténtico motor del ser humano. ¿Hasta qué punto conductas tan elementales como el comer, copular o dormir tienen que ver directamente con la inteligencia y la voluntad?; ¿cuántos de nuestros actos vitales más importantes, nuestras actitudes ante el mundo externo, nuestras reacciones ante los demás, no vienen condicionadas por factores fisiológicos, por un aprendizaje cultural deficiente o por carencias materiales de todo tipo, que nada o muy poco tienen que ver directamente con eso que se llama inteligencia y voluntad? Parece realmente exagerado e inadmisibles que estas alteraciones de otras facultades psíquicas importantes no sean tenidas en cuenta a la hora de determinar la imputabilidad de un sujeto o sólo lo sean en la medida en que inciden también en las facultades intelectuales o volitivas, cuando la Psiquiatría y la moderna Psicología han demostrado claramente que también las alteraciones de otras importantes facultades psíquicas pueden influir en la imputabilidad de un sujeto.

*El problema de las personalidades psicopáticas.* Quizás la única explicación que se puede encontrar a este empecinamiento legal en la periclitada fórmula tradicional se halla en la actitud adoptada frente a las *psicopatías* o *personalidades psicopáticas*. Como es sabido, éstas consisten en anomalías que acompañan al sujeto desde la cuna, influyendo en su carácter, en su temperamento, en su vida vegetativa, en su afectividad y en la parte emocional del sentimiento, pero no generalmente en su inteligencia o voluntad. Muchas veces se manifiestan a través de comportamientos delictivos de gran gravedad. Piénsese en el psicópata sexual, aparentemente honesto padre de familia, ejemplar funcionario o empleado, que por las noches asalta a mujeres, ancianas o niñas, violándolas; o en el atracador que asesina a su víctima como venganza al ver que no lleva dinero encima; o en el asesinato inmotivado, sin ninguna razón

aparente que lo explique. Casi siempre se trata en estos casos de conductas inteligentes y voluntarias, pero con algún tipo de alteración o trastorno mental que no es fácilmente comprensible desde el punto de vista psicológico tradicional.

El Tribunal Supremo, y con él un importante sector doctrinal, rechaza, en general, la aplicación de la eximente completa de alteración psíquica y trastorno mental transitorio a este tipo de personas, fundamentando su decisión en que estos sujetos no tienen alteradas sus facultades intelectivas o volitivas (cfr. SSTS de 25 de marzo de 2004; 7 de febrero de 2006). No obstante en alguna STS (29 de febrero de 1988) se ha admitido la atenuación de la responsabilidad en caso de psicopatía grave.

Tal postura quizás pueda ser defendida en sus resultados, pues el psicópata de todos modos es difícilmente recuperable con tratamiento psiquiátrico y quizás pueda darse un control más eficiente con el sistema penal, pero es absolutamente rechazable en su fundamentación. En realidad, en el concepto de psicopatía los psiquiatras incluyen muchas veces, como en un «cajón de sastre», comportamientos ciertamente violentos y brutales, pero que no tienen nada que ver con la enfermedad mental, ni por tanto repercuten en la imputabilidad del individuo que así se comporta. (Sobre el estado jurisprudencial y doctrinal de este tema, URRUELA MORA, 2004 y MARTÍNEZ GARAY, 2005).

El concepto de imputabilidad no puede ser entendido en sí mismo, sino enmarcado en una historia, en una biografía y referido a una estructura social determinada; como la consecuencia de un largo proceso de socialización que se inicia desde el nacimiento y se continúa durante toda la vida con la internalización de las diversas exigencias normativas sociales y jurídicas. Cualquier alteración de este proceso socializador, afecte o no a las facultades intelectivas o volitivas, debe, pues, ser tenido en cuenta a la hora de formular cualquier juicio de valor sobre el comportamiento de un individuo, tanto más a la hora de afirmar o negar su capacidad para ser declarado culpable y, en consecuencia, castigado por la comisión de un delito.

Un coherente *Derecho penal de culpabilidad* debe, por tanto, dar relevancia eximente o atenuante a cualquier trastorno relevante en la capacidad de motivación del sujeto, si bien procurando al mismo tiempo, por la vía de las *medidas de seguridad*, que dicho trastorno sea controlado o tratado de forma adecuada (cfr. *infra*).

## B) LOS PRESUPUESTOS DEL EFECTO PSICOLÓGICO. SU RELACIÓN CON LA NOSOLOGÍA PSIQUIÁTRICA

Por lo que ya hemos dicho en relación con el problema de las llamadas psicopatías, parece evidente que en ningún momento pueden trasladarse al campo del Derecho penal, a la hora de resolver el complejo

problema de la imputabilidad del autor de un delito, las polémicas y disquisiciones nosológicas que han tenido y tienen lugar en el ámbito psiquiátrico. Ello podría ser contraproducente y perjudicial tanto para la Psiquiatría, como para el Derecho penal.

Para la Psiquiatría, porque ésta, al establecer sus conceptos, tiene prioritariamente en cuenta finalidades que nada tienen que ver con la imputabilidad, sino con el diagnóstico, tratamiento y curación de la enfermedad mental. Esta finalidad puramente médica le aleja, pues, con razón de un ámbito, el jurídico-penal, que, en principio, le es ajeno.

Pero también para el Derecho penal sería contraproducente vincular la regulación de la imputabilidad del enfermo mental a la terminología psiquiátrica. La actual nosología psiquiátrica no es todavía un «corpus» teórico absolutamente consistente y cerrado, en el que cada concepto o entidad nosológica esté perfectamente delimitado y tenga una acepción universalmente válida. Vincular al penalista a los términos psiquiátricos sería tanto como introducirle en un mundo para él confuso y extraño en el que, sin ir más lejos, conceptos básicos como los de «neurosis» y «psicosis» tienen un significado distinto al que se le suele dar en el lenguaje coloquial o, incluso, al que permite su origen etimológico. Por otra parte, la clasificación y denominación de las enfermedades psiquiátricas ha variado tanto desde los tiempos del psiquiatra alemán KRAEPELIN, que ya prácticamente apenas es reconocible la terminología kraepeliniana en las últimas clasificaciones de enfermedades mentales realizadas por la Organización Mundial de la Salud (DSM-III-IV).

Aunque sea a título de mera curiosidad y como muestra de la complejidad de la terminología psiquiátrica para el profano (y no se olvide que la mayoría de los juristas y jueces que intervienen en un proceso penal lo son), véase el siguiente cuadro de *clasificación tradicional psiquiátrica* y compárese luego con las clasificaciones más modernas de la actual Psiquiatría:

I. Psicosis:

- a) exógenas (toxicofrenias, psicosis traumáticas, seniles);
- b) endógenas (esquizofrenias, paranoias, psicosis maniaco-depresivas).

II. Oligofrenias (debilidad mental, imbecilidad, idiocia).

III. Psicopatías (con diversas manifestaciones).

IV. Neurosis (con diversas manifestaciones).

V. Las oligofrenias no se consideran enfermedades mentales, pero pueden tener efecto en la imputabilidad del sujeto, en la medida en que un retraso mental disminuye la capacidad intelectual para comprender la ilicitud del hecho. Las psicosis y neurosis se pueden considerar como enfermedades mentales: las primeras, con una base biológica, postulada o conocida; las segundas, como simples reacciones vivenciales anómalas. El que puedan dar lugar a la exención plena o incompleta de la imputabilidad depende del grado e intensidad de las mismas y de su relación con el hecho concretamente realizado. Las psicopatías,

entendidas como meros trastornos de personalidad, no se consideran verdaderas enfermedades mentales, aunque vinculadas a otro tipo de alteraciones psíquicas pueden tener algún efecto atenuante o, más raramente, eximente (cfr. STS de 29 de febrero de 1988).

Frente a esta clasificación, elaborada principalmente por la Psiquiatría alemana y centroeuropea de mediados del siglo XX, se ha hecho dominante la ofrecida por el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, 4ª ed. (DSM-IV), publicada en 1994 por la *American Psychiatric Association*, mucho más compleja, que con finalidades diagnósticas distingue los trastornos mentales en función de los síntomas y problemas psicopatológicos de facultades como la inteligencia, el aprendizaje, la psicomotricidad, la comunicación, el desarrollo, la atención, y una larga lista de variantes.

Esta misma complejidad explica que muchas veces la pericia psiquiátrica en un proceso penal, cuando intervienen dos o más peritos, sea contradictoria y a veces poco clara para los jueces. En todo caso, hay que insistir en que lo que importa a los efectos de determinar la imputabilidad de un acusado es el efecto psicológico y no el nombre científico de su trastorno mental, que todo lo más puede servir de pista u orientación para el juez, que, por ejemplo, está más dispuesto a aceptar la inimputabilidad de un psicótico que de un psicópata. Pero, en definitiva, de lo que se trata es de elegir, una vez comprobada la alteración psíquica que pueda tener el acusado en el momento de cometer el delito y el efecto psicológico que le pudo producir, la consecuencia jurídica, pena o medida, que mejor pueda corresponder.

Resulta, pues, evidente que ni al legislador, ni al juez les resuelve los problemas una terminología psiquiátrica cambiante y bastante controvertida entre los propios psiquiatras.

Por todo ello parece un acierto que el Código penal utilice conceptos que nada tienen que ver con la nosología psiquiátrica. Los términos de «anomalía o alteración psíquica» o «trastorno mental transitorio» son realmente desde el punto de vista científico poco precisos, pero esa misma vaguedad permite al juez poder incluir en la respectiva eximente a personas que se encuentran en situaciones tan diversas como la del *oligofrénico* o la del *esquizofrénico paranoico*. En conceptos tan amplios como el de *anomalía o alteración psíquica* o el de *trastorno mental* caben, pues, todas las diversas formas de enfermedad mental, tales como psicosis y neurosis, pero también, según ya he explicado, aquellos defectos o alteraciones del proceso de socialización relevantes en la determinación de la imputabilidad de un individuo, aunque no sean estrictamente reconducibles al concepto de enfermedad mental.

Las drogodependencias y el síndrome de abstinencia presentan algunas particularidades de las que seguidamente nos ocupamos.



*Excurso: La imputabilidad del drogodependiente*

Es un hecho incontrovertible que el consumo de drogas o de alcohol incide en las facultades psíquicas que tradicionalmente se consideran como fundamentos de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto autor de un delito. Desde este punto de vista, no hay por qué diferenciar entre sustancias o drogas legales e ilegales, o entre las diversas sustancias que pueden alterar las facultades psíquicas, porque lo que interesa a efectos de establecer la imputabilidad de un sujeto no es el carácter o la naturaleza de la sustancia en cuestión, sino el efecto de la misma en las facultades psíquicas y, por tanto, en la imputabilidad. El Código penal permite valorar estos efectos en tres niveles:

a) El primer nivel es el de la exclusión total de la culpabilidad, que se da cuando se trata de una intoxicación plena o cuando el sujeto se halla bajo la influencia de un *síndrome de abstinencia* a causa de su dependencia de las drogas o de otras sustancias mencionadas en la eximente del art. 20,2º, que le impida comportarse conforme a la norma y a su conocimiento. La eximente 2ª hace referencia expresamente tanto a la *intoxicación plena* como al *síndrome de abstinencia* para evitar algunas dudas planteadas en relación con el anterior Código penal respecto a si este último podía dar lugar también a la exención plena. En realidad la situación no cambiaría mucho aunque no se hubiera recogido expresamente, pues, lógicamente, la exculpación plena se hace depender no sólo de la constatación del presupuesto biológico (intoxicación plena, síndrome de abstinencia), sino del efecto psicológico que produzcan, es decir, «que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», que es el mismo efecto que se exige también en la eximente 1ª del art. 20.

b) Lo mismo puede decirse del segundo nivel en el que las drogodependencias u otras intoxicaciones pueden tener algún efecto en la imputabilidad del sujeto. Nos referimos a la apreciación de la eximente incompleta en virtud de la aplicación del art. 21,1ª, cuando no se den todos los requisitos necesarios para eximir totalmente de responsabilidad. Es ciertamente *un problema de graduación del efecto psicológico* referido que puedan tener las alteraciones mentales, las intoxicaciones y el síndrome de abstinencia a los que alude el art. 20. Si la alteración de *las facultades intelectivas o volitivas* ya mencionadas no es plena, sino parcial, vendrá en aplicación la eximente incompleta. Pero dado el beneficioso régimen de atenuación de la pena que la misma provoca, la

alteración, aunque no plena, debe ser bastante relevante, no bastando con que sea ligera y poco importante.

c) La atenuante 2ª del art. 21 es el tercer nivel en el que cabe dar relevancia específica a las drogodependencias. Pero para ello es necesario que la «adicción» a las sustancias mencionadas allí sea «grave». Obsérvese que aquí no se menciona el efecto psicológico, pero, al tratarse de una atenuación de la imputabilidad, *debe tener también algún efecto en la misma*, aunque de una menor entidad que en la eximente incompleta, pues de lo contrario dejaría a ésta vacía de contenido. No cabe duda de que la drogodependencia, aún sin llegar a producir muchas veces una importante alteración de las facultades psíquicas, tiene una enorme incidencia en la comisión de ciertos delitos, sobre todo cuando éstos están relacionados con la satisfacción de la adicción y ésta es grave. En este sentido, el precepto exige además una relación causal entre la actuación del drogadicto y la grave adicción que padece, que es precisamente lo que permite después aplicar, además de la atenuación genérica del art. 66, la suspensión condicional de la pena prevista en el art. 87, cuando se dan sus presupuestos.

### C) LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Cuando se tienen que resolver cuestiones relacionadas con la imputabilidad de un acusado en un proceso penal, generalmente los jueces y tribunales se plantean preguntas como éstas:

¿Qué hacer con los inimputables autores de graves e importantes delitos?

¿Qué hacer con el paranoico o el psicópata que, creyéndose Rambo, dispara contra todo el mundo, matando a varias personas?

¿Qué hacer con el asesino violador de una niña que actuó en plena psicosis alcohólica?

¿Qué hacer con el cleptómano que, fascinado por una obra de arte, se apodera impulsivamente de ella; o con el marido celoso que apuñala a su esposa al sorprenderla en flagrante adulterio?

¿Supone la posible declaración de inimputabilidad de estos sujetos la indefensión de la sociedad ante ellos y una patente de corso para que puedan seguir actuando impunemente toda su vida?

Naturalmente, cualquiera que sea la respuesta que haya que dar a la cuestión de la imputabilidad en cada uno de estos casos y otros similares que con frecuencia se plantean antes los Tribunales de Justicia, la imposibilidad de aplicar una pena no supone una ausencia de control

social de estos sujetos. El Código penal prevé, en su art. 20 *in fine*, que en los supuestos de los tres primeros números de este artículo se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en el Título IV del Libro I. También a los semiimputables se les pueden aplicar estas medidas (véase art. 21,1ª en relación al art. 20,1º, 2º y 3º).

#### *a) Respecto a los inimputables*

– En primer lugar, la medida de internamiento «no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo» (cfr. arts. 101,1, 102,1 y 103,1).

– En segundo lugar, el Tribunal sentenciador, cuando lo estime procedente a la vista de los informes de los facultativos, puede imponer, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia, otras medidas no privativas de libertad de las señaladas en el art. 96,3 (sometimiento a custodia familiar, privación del derecho a conducir, libertad vigilada; cfr. arts. 96,3, 97 y 105).

A la vista de esta regulación se puede decir que el informe médico psiquiátrico del perito en el proceso penal no puede limitarse ya a la cuestión de la imputabilidad del acusado, sino que ha de extenderse al tratamiento de éste y a la medida más idónea para ello, caso de que llegue a considerársele exento de responsabilidad criminal.

#### *b) Respecto a los semiimputables o con imputabilidad disminuida*

Si se aprecia la eximente incompleta, circunstancia 1ª del artículo 21, en relación con las eximentes 1ª, 2ª ó 3ª del art. 20, hay que tener en cuenta lo que disponen al respecto los arts. 99 y 104, que también prevén para estos casos la aplicación de medidas similares a las previstas para los inimputables.

Con este sistema, la finalidad resocializadora y terapéutica pasa a un primer plano, pero dentro de los límites de duración de la pena prevista para el delito, lo que, en el fondo, supone un *sistema monista* o de única sanción en la fase ejecutiva, aunque se mantenga el *dualismo* de los presupuestos (culpabilidad-pena; peligrosidad-medida) en la fase de imposición, lo que, al mismo tiempo, produce una relativización importante del contraste imputabilidad-inimputabilidad (cfr. *infra* capítulo XXXIV).

## 6. LA «ACTIO LIBERA IN CAUSA»

Todas las categorías de la Teoría del Delito van referidas al momento de la comisión del hecho. La imputabilidad no podía ser una excepción en este sentido. La cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable viene referida al momento de la comisión del hecho, y así expresamente se indica en la redacción de las eximentes 1ª y 2ª del art. 20 («el que al tiempo de cometer la infracción penal»). La *actio libera in causa* constituye, sin embargo, una excepción a este principio. En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer el hecho no lo era, pero sí en el momento en que ideó cometerlo o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.

Los ejemplos que se incluyen en esta figura son: el guardagujas que se duerme y provoca con ello un choque de trenes; el que se embriaga aunque sabe que en este estado se vuelve pendenciero y agresivo, acometiendo a las personas; el que se embriaga para cometer en este estado un delito, o para conducir un automóvil, etc. En estos casos las lesiones, el homicidio, etc., se cometen en un estado de inimputabilidad (a veces puede excluirse ya la acción, véase *supra* capítulo XII.4), pero el autor, antes de realizar la conducta típica, había puesto en marcha el proceso causal cuando todavía era imputable. La imputabilidad aquí va referida a la acción u omisión precedente a la conducta típica, y es esta conducta precedente la que fundamenta la exigencia de responsabilidad.

El Código penal alude expresamente a este problema en la regulación de las eximentes de los números 1º y 2º del art. 20 en relación con el trastorno mental transitorio y con los estados de intoxicación, excluyendo su apreciación cuando dichos estados hubiesen sido provocados por el sujeto «con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión». Es decir, que cuando la situación de inimputabilidad (o de imputabilidad atenuada o disminuida) haya sido buscada de propósito para delinquir, o el sujeto hubiera previsto o debido prever su comisión, no podrá invocarse la respectiva eximente o atenuante. De aquí se deduce que en el caso de que el sujeto se hubiera colocado en estado de trastorno mental transitorio o de intoxicación a propósito, para delinquir, el hecho cometido debe imputarse a título de dolo, ya que el propio sujeto se utiliza como instrumento de comisión del delito en verdadera *autoría mediata de sí mismo* (cfr. *infra* capítulo XXVII); pero en la medida en que el hecho cometido sea distinto o más grave que el que el sujeto quería cometer, éste sólo se podrá imputar a

título de imprudencia. Por otra parte, si la situación de no imputabilidad se ha provocado dolosa o imprudentemente, pero no con el propósito de delinquir, podrá haber una responsabilidad por imprudencia por el hecho cometido en estado de inimputabilidad (frecuente en los delitos de comisión por omisión, por ejemplo, el guardaguasas que se duerme y provoca el accidente de tren). Sobre la compatibilidad de la figura de la *actio libera in causa* con el principio de culpabilidad, véase DÍAZ PITA, 2002.

**Bibliografía:** Sobre la imputabilidad en general: BLANCO LOZANO, El concepto penal de imputabilidad, La Ley 2002; CEREZO MIR, Las eximentes de culpabilidad, en El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, CDJ 1996; DE LA CUESTA AGUADO, Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación, Madrid 2004; DE LA CUESTA ARZAMENDI, Imputabilidad y Nuevo Código Penal, en Homenaje a Torío, Granada 1999; DÍAZ PALOS, Teoría general de la imputabilidad, Barcelona 1961; GARCÍA BLÁZQUEZ, Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995. (Un análisis médico-legal del art. 20,1 y 20,2), Granada 1997; HORMAZÁBAL MALARÉE, Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; LEAL MEDINA, La psicopatía y su incidencia como anomalía psíquica en la doctrina del Tribunal Supremo. La interacción de los factores biológicos, genéticos y ambientales en el juicio de imputabilidad. Un nuevo enfoque hacia la prevención del delito, el derecho a la seguridad y la reeducación del sujeto, RDPP 2003; MARTÍNEZ GARAY, Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana, RDPC 2001; EL MISMO, La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos, Valencia 2005; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, La imputabilidad, La Ley 1996; QUINTERO OLIVARES, Locos y culpables, Pamplona 1999; TAMARIT SUMALLA, Culpabilidad, maldad e imputabilidad, RDCP 2006; URRUELA MORA, Imputabilidad penal, anomalía o alteración psíquica, Granada 2004; VARIOS, La imputabilidad en general en el Derecho penal, CDJ 1992; VARIOS, Actual doctrina de la imputabilidad penal, EDJ 2007.

Sobre la responsabilidad penal del menor véase *infra* bibliografía del capítulo XXXIV.

Sobre alteraciones en la percepción: CARMONA SALGADO, Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, La nueva eximente de la responsabilidad criminal del art. 8,3° CP, La Ley 1987; EL MISMO, La «alteración en la percepción» desde el nacimiento o la infancia, PJ 1987; EL MISMO, De las alteraciones en la percepción al error de prohibición pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas, La Ley Penal 2010; CEREZO MIR, Alteraciones en la percepción, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; CORTÉS BECHIARELLI, Arrebató u obecación, Madrid 1997; MATA LLÍN EVANGELIO, La cir-

cunstantia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, Valencia 1999; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, La eximente de alteración en la percepción, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; MORALES PRATS, La alteración en la percepción: contenido y límites (artículo 8.3 C.P.), CPC 1990; PADILLA ALBA, Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas, Granada 2001; ZARAGOZA AGUADO, La alteración en la percepción como causa excluyente de la imputabilidad: tratamiento jurisprudencial de la cuestión, en La imputabilidad en general en el Derecho penal, CDJ 1992.

Sobre «alteración psíquica», «trastorno mental transitorio» y «drogodependencias» y sus consecuencias: ALBERCA LLORENTE/ VALENCIANO GAYA/ SÁNCHEZ PEDREÑO/ ROS DE OLIVER, Psiquiatría y Derecho Penal, 1966; ALMELA VICH, El tratamiento penal del delincuente toxicómano, La Ley 1997; ALONSO ÁLAMO, Observaciones sobre el tratamiento penal de las psicopatías, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; ANTUÑA BELLERÍN/ RODRÍGUEZ FRANCO, Psicópatas y asesinos en serie, EPC 2007; BAÑÓN/ MARTÍNEZ SÁNCHEZ/ LUNA MALDONADO, Problemas médico-legales en la valoración del síndrome de abstinencia. Estudio de 50 sentencias judiciales, CPC 1987; BORJA JIMÉNEZ, Algunas consideraciones jurídico-penales y criminológicas sobre el juego patológico, AP 1998; BUSTOS RAMÍREZ, Control social y sistema penal, Barcelona 1987; CARBONELL MATEU/ GÓMEZ COLOMER/ MENGUAL LLULL, Enfermedad mental y delito, Madrid 1987; CARMONA SALGADO, De las alteraciones en la percepción al error de prohibición pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas, La Ley Penal 2010; CASTELLÓ NICAS, Estudio crítico de la drogodependencia y del tratamiento del drogodependiente en el Código penal de 1995. Problemas prácticos derivados de la nueva regulación, CPC 1996; EL MISMO, La imputabilidad penal del drogodependiente, Granada 1997; CEREZO MIR, El tratamiento de los semiimputables, ADP 1973; EL MISMO, La eximente de anomalía o alteración psíquica. Ámbito de aplicación, en Homenaje a Torío, Granada 1999; COMPAIRED PLO, Medidas de seguridad a imponer en sentencia al declarado exento de responsabilidad o con responsabilidad disminuida por enfermedad mental o drogadicción: su control judicial, en Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Las circunstancias eximentes 1ª y 3ª del art. 20 del Código penal: la correlativa atenuante de responsabilidad penal, en Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006; DEL ROSAL BLASCO, Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia, La Ley 1983; ESCUDERO MORATALLA/ FRIGOLA VALLINA, Enfoque criminológico de la drogodependencia, CJ 1996; GARCÍA ANDRADE, Psiquiatría forense, Madrid 1993; GIL MERINO, Las circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995, en El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, CDJ 1996; GÓMEZ JARA, Trastornos psiquiátricos y Derecho, Barcelona 2008; GÓMEZ RIVERO, Nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental, en Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Las relaciones entre la psicopatología y el Derecho ante las psicopatías, CPC 1994; GONZÁLEZ RUS, Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de penas y medidas de seguridad, AP 1999; IGLESIAS RÍO, La eximente de «anomalía o alteración psí-

quica» (art. 20,1 Código penal): una problemática abierta hacia el futuro científico» (ADP 2003; JIMÉNEZ DÍAZ, Trastornos de la personalidad (psicopatías): tratamiento científico y jurisprudencial, Madrid 2008; JOSHI JUBERT, Anomalía y alteración psíquica en el Código Penal Español, Madrid 2009; LEAL MEDINA, La doctrina legal del trastorno obsesivo compulsivo en relación con el art. 20,1 del Código Penal. La incidencia biológica y social en el juicio de inimputabilidad y sus efectos, AJA 2004; MARTÍNEZ GALINDO, Disminución de la responsabilidad penal por alteraciones psíquicas y toxicomanías, La Ley Penal 2006; MARTÍNEZ GARAY, La imputabilidad penal, Valencia 2005; MATEO AYALA, La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código penal español, Madrid 2004; EL MISMO, Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica, Madrid 2005; EL MISMO, La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania. Italia. Francia, Madrid 2007; MENA ÁLVAREZ, Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico, en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; MENDOZA CALDERÓN, La circunstancia eximente segunda del art. 20 del Código penal: la correlativa atenuante de responsabilidad penal, en Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006; MUÑOZ CONDE, La imputabilidad del enfermo mental, Psicopatología 1982; EL MISMO, Derecho penal y control social, Jerez 1985; EL MISMO, La enajenación mental desde la perspectiva de la reforma penal, en Salud y Bienestar, Sevilla 1996; PÉREZ VITORIA, El trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad en el CP español, ADP 1952; QUINTERO OLIVARES, Locos y culpables, Pamplona 1999; ROMERO SIRVENT/ GÓMEZ PAVÓN, Enajenación mental y trastorno mental transitorio, La Ley 1985; SANZ DE LA GARZA, Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad, Barcelona 1996; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, La imputabilidad del consumidor de drogas, Valencia 2000; TORÍO LÓPEZ, Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de «enajenación», en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; URRUELA MORA, Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, Bilbao-Granada 2004; VARIOS, Los delincuentes mentalmente anormales, Madrid 1961/1962; VARIOS, Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006.

Sobre *actio libera in causa*: ALCACER GUIRAO, *Actio libera in causa* dolosa e imprudente: estructura temporal de la responsabilidad penal, Madrid 2005; ALONSO ÁLAMO, La acción «libera in causa», ADP 1989; BUSATO, *Actio libera in causa* y acción significativa, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; DEMETRIO CRESPO, La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de culpabilidad por el hecho?, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; EL MISMO, La tentativa en la autoría mediata y en la «actio libera in causa». Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa, Granada 2003; DIAZ PITA, *Actio libera in causa*, culpabilidad y Estado de Derecho, Valencia 2002; FARRÉ TREPAT, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*, EPC 1988/1989; HIRSCH, Acerca de la «actio libera in causa», RP 2001; HORMAZABAL MALARÉE, Culpabilidad y *actio libera in causa*, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; JAKOBS, La denominada *actio libera in causa*, PJ 1998; JOSHI JUBERT, La doctrina

de la «*actio libera in causa*», Barcelona 1992; EL MISMO, *Actio libera in causa* y delitos cometidos bajo la influencia de las drogas: la nueva orientación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *La Ley* 1994; MARTÍNEZ RUIZ, Dos puntos oscuros en el tratamiento de la drogadicción: «el estado de necesidad y la *actio libera in causa*», *La Ley* 1997; MUNAGORRI LAGUÍA, Sobre la presencia de la «*actio libera in causa*», en el art. 8,1 del Código penal, *ADP* 1991; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Síndrome de abstinencia y *actio libera in causa*, *PJ* 1989; ROXIN, Observaciones sobre la *actio libera in causa*, *ADP* 1988 (traducción de Muñoz Conde); SILVA SÁNCHEZ, La estructura de «*actio libera in causa*» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas, *La Ley* 1988; EL MISMO, La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1°. (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la «*actio libera in causa*»), *RDCirc.* 1988.





## CAPÍTULO XXIV

### **Culpabilidad (cont.): conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de otra conducta**

1. El conocimiento de la antijuricidad
2. Error de prohibición
3. La exigibilidad de otra conducta
4. El llamado estado de necesidad disculpante
5. Miedo insuperable
6. El encubrimiento entre parientes
7. Delincuencia por convicción o por conciencia

#### **1. EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD**

Junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, constituye también un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuricidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa, por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. Así como decíamos antes que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, podemos decir ahora que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuando el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión sea uno de los fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el Derecho penal. De ahí que, en la práctica, el conocimiento de la antijuricidad no plantee demasiados problemas y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, cuando dicho sujeto es imputable.

No obstante, el conocimiento de la antijuricidad no es un elemento superfluo de la culpabilidad sino, al contrario, un elemento principal y el que le da su razón de ser. Lógicamente, la atribución que supone la culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su hacer está prohibido. La función motivadora de la norma penal sólo puede ejercer su eficacia a nivel individual si el individuo en cuestión, autor de un hecho prohibido por la ley penal (por tanto, típico y antijurídico), tenía conciencia de la prohibición pues, de lo contrario, éste no tendría motivos para abstenerse de hacer lo que hizo.

Este conocimiento de la antijuricidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o

a la penalidad concreta del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está *jurídicamente prohibido* y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia. Para un sector doctrinal, es suficiente con un *conocimiento potencial* de la antijuricidad, es decir, sería suficiente con que el autor hubiese podido conocer lo ilícito de su hacer para que pudiese reprochársele como culpable. Sin embargo, con esta teoría se amplían desmesuradamente las posibilidades de considerar culpable a todo el que, con capacidad de culpabilidad, comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición.

Una vez más hay que recurrir aquí a la concepción de la función motivadora de la norma penal, como una función de comunicación y participación que culmina el proceso de socialización del individuo. Sólo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (analfabetismo, subcultura, etc.) podrá plantearse el tema del conocimiento de la antijuricidad. En una sociedad en la que coexisten distintos sistemas de valores hay que admitir que haya individuos que, aun pudiendo, teóricamente, conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera este problema cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenecen.

Esto no quiere decir, sin embargo, que el autor deba tener en el momento del hecho una conciencia exacta de que su hacer está prohibido; es suficiente con que, de acuerdo con su formación, nivel cultural, etc., se represente dicha ilicitud como posible y, a pesar de ello, actúe. En definitiva, el conocimiento de la antijuricidad, como los demás elementos subjetivos de la Teoría del Delito, es también un concepto que requiere del juez una valoración de los diversos componentes, psicológicos y sociales, que inciden en el comportamiento del individuo. Si el sujeto desconoce la antijuricidad de su hacer, actúa entonces en *error de prohibición*.

## 2. ERROR DE PROHIBICIÓN

Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (*error de prohibición directo*) o a la existencia,

límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (*error de prohibición indirecto* o error sobre las causas de justificación).

En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta; en el segundo, el autor sabe que su conducta está prohibida en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos. En la práctica es mucho más frecuente la segunda forma de error que la primera.

El *tratamiento del error de prohibición* es doctrinalmente muy discutido. Hasta la reforma operada en el anterior Código penal en 1983 no había ningún precepto que se ocupara expresamente de la cuestión. La vieja teoría, de procedencia romana, de que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» o que «el error de derecho perjudica» («error iuris nocet») fue pronto abandonada en el moderno Derecho penal, por ser incompatible con el principio de culpabilidad. En el art. 14 del actual Código penal se contiene una regulación diferenciada de las distintas clases de error que pueden tener relevancia en la determinación de la responsabilidad del autor de un delito.

Dice así el art. 14: «1. 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.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

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».

El problema interpretativo que hay que resolver es determinar qué grupos de casos hay que tratar conforme al error a que aluden los párrafos 1 y 2 (el llamado error de tipo), y cuáles conforme al párrafo 3 (el llamado error de prohibición). Para ello conviene diferenciar varios supuestos:

– El que en una cacería confunde a otro cazador con un animal de caza actúa claramente en un error sobre un elemento esencial integrante del tipo de homicidio, es decir, del tipo objetivo de ese delito («matarse a *otro*»), quedando excluida la imputación a título de dolo (por faltar el elemento intelectual del mismo) y viniendo todo lo más en consideración, si actuó imprudente o negligentemente, es decir, si ese error era vencible, una responsabilidad por imprudencia (*error de tipo*, cfr. *supra*

capítulo XVI.3). Parece claro, pues, que el error sobre *elementos de carácter descriptivo* utilizados en la tipificación del supuesto de hecho delictivo recibe el tratamiento del error «sobre un elemento constitutivo de la infracción penal» previsto en el apartado 1 del art. 14.

– El mismo tratamiento debe tener también el error sobre los *elementos normativos del tipo* (por ejemplo, «ajenidad») y sobre los *elementos referidos a la antijuricidad* que se contienen en algunos tipos delictivos (la «ilegalidad del matrimonio» en la bigamia; el «disfrute indebido de beneficios fiscales» en el delito fiscal, etc.). Para un amplio sector doctrinal la relación de estos elementos con la antijuricidad es tan evidente que el error sobre los mismos debe ser tratado como un error sobre la antijuricidad misma, es decir, como un error de prohibición a encuadrar, por tanto, en el apartado 3 del art. 14. Sin embargo, en mi opinión también esta clase de error debe ser tratada como error de tipo y, por tanto, conforme al apartado 1 del citado artículo, pues, sin discutir su relación estrecha con la antijuricidad, lo cierto es que estos elementos son utilizados por el legislador ya en la misma descripción típica del hecho, de tal modo que, si faltan, el hecho carece de trascendencia típica. Así, por ejemplo, si el disfrute del beneficio fiscal no es «indebido», faltará ya el tipo del delito fiscal; y, por las mismas razones, si el sujeto cree erróneamente que el beneficio fiscal obtenido es conforme a Derecho, su error incide directamente sobre un «hecho constitutivo de la infracción penal» (art. 14,1). Ciertamente incidiría también sobre la antijuricidad, pero el carácter secuencial de la Teoría del Delito (cfr. *supra* capítulo XI) obliga a resolver ya en la categoría anterior donde se presenta el problema (en este caso, en la tipicidad) lo que a lo mejor también podría resolverse en una categoría posterior.

– Más discutido es el tratamiento que debe darse al *error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación*.

Ciertamente, los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación (la agresión ilegítima en la legítima defensa o la situación de necesidad en el estado de necesidad) son, ante todo, elementos fácticos, para cuya apreciación no hace falta valoración jurídica alguna. Desde este punto de vista, la misma clase de error representa creer erróneamente que se mata a un animal en lugar de alguna persona, que creer, erróneamente también, que esa persona es un agresor. Pero mientras el error en el primer caso afecta a la calificación misma del hecho, el error en el segundo incide en la licitud del hecho ya calificado. En el primer caso el sujeto no sabe que realiza un tipo de homicidio; en el segundo (el sujeto dispara contra el que cree su agresor) sabe lo que

está haciendo (un tipo de homicidio), aunque se cree amparado por una causa de justificación.

No obstante, como ya se ha advertido en el capítulo XIX.4, la percepción errónea del presupuesto fáctico de la respectiva causa de justificación que se mantiene dentro del *riesgo permitido razonable* debe ser tratada igual que los casos de existencia real del mismo, en la medida en que cualquier persona en esa situación hubiera supuesto igualmente que, por ejemplo, iba a ser víctima de una agresión o que se daban los presupuestos del estado de necesidad (la existencia de un peligro). Los problemas que aquí se suscitan son similares a los que se dan cuando el hecho se produce por *caso fortuito*, no existiendo otra salida para el tercero inocente que es víctima del lamentable error que invocar el estado de necesidad. Ahora bien, si el error no cabe dentro del riesgo permitido razonable y se debe a miedo, precipitación, etc., el hecho será antijurídico y habrá que tratarlo por la vía del error de prohibición, probablemente vencible, o la del miedo insuperable (cfr. *infra*. Sobre otras posibilidades de conceptualización del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, cfr. lo dicho *supra* en el capítulo XIX.4 y la bibliografía allí citada).

– Con mucha mayor razón debe aplicarse el párrafo 3 del art. 14 al *error sobre los límites de las causas de justificación* o al *error sobre la existencia de la causa de justificación misma*, pues evidentemente no se trata aquí de calificar el hecho (por tanto, de elementos esenciales integrantes de la infracción penal), sino de la creencia errónea de estar obrando lícitamente, es decir, de un error «sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal».

*La vencibilidad del error.* En todos estos casos los criterios para determinar la vencibilidad o invencibilidad del error son los mismos que los señalados para el error de tipo en el art. 14,1 («las circunstancias del hecho y las personales del autor»), aunque lógicamente adaptadas a la peculiar naturaleza del conocimiento de la antijuricidad, ya que muchas veces éste supone un conocimiento específico que sólo se da en profesionales relacionados con la actividad o, en general, en personas que tienen una obligación especial de informarse sobre la licitud de su hacer. A veces, como señala NIETO MARTÍN (1999), no habrá más remedio que recurrir a criterios basados en la vida anterior del autor, sus conocimientos previos, su nivel y formación cultural, para saber el grado de vencibilidad que pudo tener su error. Ello no implica una *culpabilidad previa* por la forma en que se ha vivido, sino simplemente un indicador de hasta qué punto el sujeto estuvo en condiciones de vencer el error en el que actuó en el caso concreto (cfr. FELIP I SABORIT, 2000, pp. 248 y ss.; críticamente respecto a la culpabilidad previa, MANSO PORTO, 1999, pp. 81 y ss.). En los casos normales bastará con que el sujeto hubiera podido salir de su error con una reflexión y con la información que cualquier persona en sus circunstancias podía haber obtenido. Si el error es

vencible, todo lo más viene en consideración la atenuación de la culpabilidad prevista en el art. 14,3.

En resumen, el error de prohibición, tanto si es directo (sobre la existencia de la norma prohibitiva) como si es indirecto (sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación), no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado.

Al conceder relevancia al error de prohibición, el moderno Estado social y democrático de Derecho, a diferencia del viejo Estado autoritario, se muestra dispuesto a negociar con el ciudadano los ámbitos de relevancia de sus prejuicios y hasta su propia concepción del Derecho, siempre que ello no suponga tener que modificar en nada la vigencia objetiva de las normas jurídicas. La exclusión del reproche y la consecuente exención de pena no implican, sin embargo, la de la *responsabilidad civil* que corresponde a los autores y partícipes del delito (cfr. art. 118).

Más allá de estos límites el Estado no puede conceder relevancia a las creencias y opiniones subjetivas individuales, ya que ello haría depender la vigencia objetiva de las normas jurídicas de su aceptación por el individuo. La responsabilidad (o culpabilidad) penal en el Derecho vigente exige el conocimiento de la antijuricidad o de las normas que la determinan, no el «reconocimiento» de las mismas (véase, sin embargo, *infra* 7).

### 3. LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos. No obstante, los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. En principio, el Ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el Ordenamiento jurídico no puede imponer, salvo en casos determinados, el cumplimiento de sus mandatos. Así, por ejemplo, en el estado de necesidad se exige como requisito que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. También en algunos tipos delictivos concretos se alude a situaciones de no exigibilidad, en las cuales la realización

de la conducta no constituye el tipo de esos delitos (así, por ej., el art. 195,<sup>1</sup> castiga la omisión del deber de socorro siempre que el sujeto pudiese prestar el socorro «sin riesgo propio ni de terceros»). Normalmente, estas situaciones de no exigibilidad general u objetiva excluyen ya el tipo del correspondiente delito en cuya redacción se tenga en cuenta esta situación o, por lo menos, la antijuricidad del mismo a través del estado de necesidad como causa de justificación genérica. Pero junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él.

La teoría de la no exigibilidad surgió en Alemania en la República de Weimar, a principios de los años 20 del siglo XX, en una época de grave crisis económica y social, como una forma de exclusión de la culpabilidad de personas que por miedo a perder su empleo o a consecuencias peores, se veían obligados a cometer un delito. Posteriormente, y en el período nacionalsocialista (1933-45), fue rechazada porque, según algunos penalistas nazis, «quebrantaba los huesos del Derecho penal», y no era más que el reconocimiento de las debilidades y flaquezas del ser humano, incompatibles con el modelo del «superhombre», que «impasible el ademán», tenía que demostrar su fortaleza de carácter y la superioridad de la raza aria precisamente en los momentos más extremos y difíciles de la vida. Paradójicamente, volvió a renacer tras la Segunda Guerra Mundial utilizándose por algunos penalistas como argumento para exculpar a médicos y altos mandos nazis que durante el nacionalsocialismo habían ejecutado o participado en medidas exterminadoras de asociales o de enfermos mentales en campos de concentración o en centros psiquiátricos, alegando que lo habían hecho por obediencia debida, o por miedo a perder sus puestos de trabajo. Algunos de los acusados por estos hechos llegaron a decir en su defensa que, al interpretar restrictivamente las órdenes e instrucciones recibidas, salvaron la vida a muchas personas, invocando incluso el estado de necesidad disculpante: por ejemplo, que en lugar de matar a 10.000 personas, conforme a las instrucciones recibidas, mataron sólo a 8.000 (cfr. *infra*). Algunas veces es bueno conocer los orígenes y avatares de los conceptos jurídicos, para comprenderlos mejor en sus respectivos contextos (sobre las «perversiones» que éste y otros conceptos elaborados por la Dogmática jurídicopenal alemana sufrieron en el nacionalsocialismo, véase MUÑOZ CONDE, 1994 y 2003).

El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere, por ejemplo, realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuricidad (el hecho no es justificado por el Ordenamien-



to), sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable). La idea de la no exigibilidad de otra conducta no es, sin embargo, privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador e informador de todo el Ordenamiento jurídico. En la culpabilidad, dicha idea obliga a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor, que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuricidad de su hacer realizó un hecho típico y antijurídico, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción penal.

A esta idea responden dos exenciones de pena contenidas en el Código penal: el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes. El estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes de igual valor presenta una problemática específica, de la que nos vamos a ocupar seguidamente.

#### **4. EL LLAMADO ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE**

El estado de necesidad es, ante todo, una causa de justificación que se encuentra informada primariamente por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio de que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor (allanamiento de morada para salvar la vida, aborto terapéutico, etc.; cfr. *supra*, capítulo XX).

Existe, sin embargo, un supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en colisión son de igual valor: el naufrago que mata a otro naufrago para comer su carne y poder sobrevivir (naufragio de la Medusa); el naufrago que impide que otro naufrago se agarre al madero que se hundiría con el peso de los dos (tabla de Carneades). En estos casos, la acción realizada para salvar la vida no puede estar justificada por el principio de ponderación de bienes, porque el Derecho protege por igual la vida de todas las personas. La doctrina dominante considera que este supuesto debe ser tratado como estado de necesidad disculpante, dejando el estado de necesidad como causa de justificación sólo para el caso de *conflicto de bienes de desigual valor*. Sin embargo, como ya hemos dicho al hablar del estado de necesidad como causa de justificación (cfr. *supra* capítulo XX), nada impide que también aquí opere como causa de justificación, pues no se trata sólo de comparar el valor

de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria. Quien en el incendio procura alcanzar antes la salida del edificio o en el naufragio coge el único salvavidas que queda, actúa justificadamente, por más que la vida de los demás en peligro sea, desde el punto de vista jurídico, igualmente valiosa. Parece excesivo imponer una pena al que, en estas circunstancias, actúa para salvar su vida, aunque sea a costa de la vida ajena. La idea de la no exigibilidad de otra conducta aconseja dejar sin sanción a quien actúa en estas circunstancias, no ya sólo porque el autor no sea culpable, sino porque tampoco el acto realizado es desaprobado por el Ordenamiento jurídico.

El Código penal acoge esta idea al extender la eximente de estado de necesidad a los supuestos en los que el mal causado sea *igual* al que se trata de evitar (art. 20,5°).

Por lo demás, son aplicables a este supuesto los demás requisitos del estado de necesidad entre bienes de desigual valor: es decir, ha de darse una situación de necesidad (peligro real e inminente, no evitable de otro modo, para un bien jurídico), que no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que éste no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

La redacción del núm. 5° del art. 20 autoriza, también en este supuesto, el *auxilio necesario*, es decir, deja exento de pena a quien, no hallándose en situación de necesidad acude, en auxilio del que sí se encuentra en dicha situación. En buena técnica, el estado de necesidad considerado en este caso como simple causa de exculpación, al dejar subsistente la antijuricidad, no debería afectar al extraño, pero el legislador ha extendido también a éste la exención de responsabilidad criminal, lo que demuestra su naturaleza de causa de justificación. Igualmente, algún sector doctrinal y jurisprudencial aplica al error sobre los presupuestos de la existencia de un estado de necesidad (disculpante) las mismas reglas que al *error sobre los presupuestos de las causas de justificación*, lo que para la concepción aquí defendida (cfr. *supra* capítulo XIX.4) significa que si el error es razonable (el socorrista cree razonablemente que el naufrago a quien decide salvar no sabe nadar, siendo así que objetivamente podía haberse salvado, mientras que el otro naufrago no podía valerse por sí mismo), el estado de necesidad es justificante, mientras que si no lo es, el problema se traslada al ámbito de la culpabilidad bien como error de prohibición, bien como miedo insuperable.

Todo ello puede ser una prueba de que el estado de necesidad en todos los casos que sean subsumibles en el art. 20,5º constituye una causa de justificación. Pero como ya se indicó en su momento (capítulo XX.2), hay situaciones extremas en las que el Derecho, más que aprobar el hecho, se limita a prescindir de la sanción penal en la medida en que ésta no sea necesaria desde el punto de vista preventivo, general y especial. Pero el apoyo dogmático a esta idea debe buscarse más en el concepto mismo de culpabilidad y no en la desnaturalización del estado de necesidad, convirtiéndolo en una causa de exclusión de la culpabilidad.

Desde este punto de vista, el alumno puede reflexionar e incluso discutir con sus compañeros la solución que debe darse al siguiente supuesto:

*Un grupo de cuatro naufragos recala en una isla desierta, en la que salvo un poco de agua en un arroyo casi seco, no hay nada que comer. Tras varios días sin llevarse nada a la boca y ya casi al borde de la muerte por inanición, entre los restos del naufragio aparece un paquete con cuatro latas de atún en conserva que apenas contienen alimento para todos ese día.*

*Para poder sobrevivir unos días más, esperando que algún barco los aviste y venga a rescatarlos, uno de los naufragos propone comerse ese día sólo dos latas, dividiéndolas en cuatro raciones exactamente iguales, y hacer lo mismo con las dos latas restantes los dos días siguientes. Otro naufrago quiere que le den su lata para consumir su contenido cómo y cuándo mejor le parezca. Un tercero dice que él es el único que tiene un abrelatas y que los demás tienen que darle, si quieren que se lo preste, una parte de la ración que les corresponda. El cuarto naufrago alega que es el oficial más antiguo y de más alta graduación y que, por tanto, le corresponde la mitad de las latas, dejando las otras dos para que los demás se las repartan como quieran. Surge una discusión entre ellos y en el transcurso de la misma el primer naufrago saca una pistola y amenaza a sus otros tres compañeros con matarlos y quedarse él con todas las latas, si no aceptan su propuesta. A la vista de lo cual los compañeros, de mala gana, se pliegan a sus exigencias, quedando el de la pistola encargado de guardar las latas y de hacer el reparto por él propuesto. Así consiguen sobrevivir todos un día más. Pero al segundo día del acuerdo muere el naufrago que era el oficial más antiguo y también el de más edad y débil constitución. El tercer día muere de un disparo el naufrago que tenía el abrelatas, al ser sorprendido por su compañero intentando apoderarse de la última lata que quedaba. El cuarto día muere el naufrago que tenía la pistola. Y el quinto día aparece un barco, rescatando al único naufrago que queda con vida, que había conseguido esconder entre sus ropas, sin que los compañeros se dieran cuenta, una quinta lata, que le permitió sobrevivir hasta la llegada del barco.*

## 5. MIEDO INSUPERABLE

Claramente responde a la idea de no exigibilidad la eximente del número 6º del art. 20 del Código penal según el cual está exento de responsabilidad: «el que obre impulsado por miedo insuperable». En principio, esta eximente recuerda a una causa de inimputabilidad o incluso

de ausencia de acción, por cuanto el miedo es un estado psíquico que puede llevar, incluso, a la paralización total del que lo sufre. Sin embargo, el miedo al que aquí se alude es aquél que, aun afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación (amenaza, situación de peligro para la vida, etc.); «insuperable» quiere decir aquí superior a la exigencia media de soportar males y peligros. La insuperabilidad del miedo es un requisito objetivo y, por lo tanto, en la medida en que el sujeto sea un timorato o muestre una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente (sobre el error, véase lo dicho anteriormente respecto al estado de necesidad). Por lo demás, igual que en el estado de necesidad, el mal que produce el miedo ha de ser serio, real e inminente. De ahí que el miedo insuperable haya sido considerado por algún autor también como una causa de justificación, lo que no deja de tener su fundamento, pero el componente subjetivo (miedo) de esta eximente hace preferible tratarla en el ámbito de la culpabilidad. A diferencia de lo que sucede con el estado de necesidad, la razón de la exención es el componente subjetivo (el miedo), no la situación objetiva que lo provoca. Por eso cabe apreciar esta eximente y no la de estado de necesidad cuando el sujeto, en una situación de pánico, lesiona un bien jurídico sin darse cuenta de que había otras formas de solución del conflicto, o que éste no existía realmente. Con razón considera VARONA GÓMEZ (2000, pp. 197 y ss.) que basta «la razonabilidad de la creencia de la persona en la presencia de un mal amenazante», y que cuando hay un error vencible habrá de apreciarse la eximente incompleta; lo mismo que cuando el mal amenazante no es de suficiente entidad o la acción de salvamento realizada no es necesaria. Más discutible es, en cambio, la tesis que mantiene el citado autor (p. 263) de apreciar esta eximente, completa o incompleta, en los casos en que se actúe para cortar un mal que amenaza a uno mismo o a persona vinculada afectivamente, pues el tenor literal no exige esta restricción, si bien en la mayoría de los casos ésta será la motivación principal del miedo. No hay que olvidar que en esta eximente lo importante es la intensidad con la que se siente el miedo, y no, como en el estado de necesidad, un juicio valorativo objetivo sobre los motivos del conflicto (cfr. SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 177; STS de 17 de junio de 2004: drogadicta que transporta droga porque le amenazaban con matar a sus hijas, se le aplica la eximente incompleta).

En esta eximente pueden incluirse también algunos supuestos de exceso en la legítima defensa, cuando el que se defiende traspasa los límites de la legítima defensa por una situación de miedo (*exceso intensivo*), pero no cuando no existe agresión ilegítima o ésta ya ha cesado (*exceso extensivo*), por ej., dispara por la espalda al agresor que huye. Diferente es el caso, cuando objetivamente la

agresión no existe, pero el sujeto, entre otras razones, debido a un miedo insuperable, cree que está en inminente trance de ser víctima de una agresión ilegítima. En este caso, cuando dicha creencia errónea no es razonable, ya no podrá apreciarse la legítima defensa como eximente incompleta, pudiendo acudir, en la medida en que se dé, a la completa o incompleta de miedo insuperable (*defensa putativa*; cfr. lo dicho *supra* capítulos XIX.4 y XX.1; y desde el punto de vista del miedo, VARONA GÓMEZ, 2000, pp. 300 y ss.).

## 6. EL ENCUBRIMIENTO ENTRE PARIENTES

El art. 454 del Código penal dice: «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...».

Pese a tratarse de una disposición de la Parte Especial del Código penal, aplicable al delito de encubrimiento, su interés para el estudio de la Parte General radica en que, tradicionalmente, ha sido interpretado como expresión de la idea de no exigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad. Desde este punto de vista, las personas citadas en el art. 454 Cp no son consideradas responsables de encubrimiento porque, debido a su parentesco con el autor del delito, no deben estar obligadas a delatarlo o impedidas de ayudarlo cuando aquél se encuentre perseguido o en situación de adversidad; en otras palabras, no se les puede exigir la delación o la denegación de ayuda. Sin embargo, esta disposición también puede interpretarse como una simple causa personal de exclusión de la pena, porque es aplicable de manera objetiva a todos los que se encuentren en las relaciones de parentesco citadas, aunque no mantengan vínculos de afectividad (que son los que explican la no exigibilidad) con el sujeto encubierto.

En realidad, ambas perspectivas son posibles: aunque el art. 454 Cp está inspirado en la idea de no exigibilidad, su regulación concreta la extiende a todas las personas que tienen las cualidades parentales citadas, tengan o no vínculo afectivo. Por ello representa más una causa de exclusión de pena, constituyendo, de esta forma, un puente entre las causas de exculpación y las *excusas absolutorias* (cfr. *infra* capítulo XXV).

## 7. DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN O POR CONCIENCIA

Con los ejemplos anteriores parecen agotadas las posibilidades en las que el Derecho penal vigente concede relevancia eximente o atenuante de la culpabilidad a los prejuicios y creencias jurídicas incorrectas del autor del delito, o a situaciones extremas en las que no parece necesario,

desde el punto de vista preventivo general y especial, imponer una pena al que, encontrándose en ellas, comete un hecho típico y antijurídico. La relevancia del error de prohibición y de la no exigibilidad de una conducta distinta responde a esta idea y ha encontrado acogida en preceptos concretos del Código penal.

Fuera de estos casos parece que el Estado no puede conceder más relevancia eximente o atenuante a las creencias y opiniones subjetivas individuales, ya que ello haría depender la vigencia objetiva de las normas jurídicas de su aceptación por el individuo. Sin embargo, en una sociedad democrática y, por tanto, pluralista, es inevitable un cierto grado de discrepancia y aun de rebeldía del individuo frente a una norma o disposición concreta o un sector completo del Ordenamiento jurídico. Esta discrepancia se debe a veces a conflictos de conciencia: el sujeto tiene una actitud valorativa diferente a la de la norma que infringe y, aunque conoce el ámbito prohibitivo de la misma, no le reconoce eficacia motivadora de sus actos, salvo el de la simple conminación penal. Desde un punto de vista moral, el delincuente por convicción o por razones de conciencia no debe considerarse culpable de los actos que realiza conforme a la misma. Otra cosa sucede desde el punto de vista jurídico. En la eterna pugna entre culpabilidad y prevención, aquélla casi siempre se sacrifica a ésta, sobre todo cuando se teme que la discrepancia individual debilite la vigencia objetiva de las normas jurídicas y cunda el mal ejemplo en la comunidad.

Pero muchas veces la existencia del conflicto mismo evidencia una falta de legitimación de la propia norma infringida. La comisión de un delito no siempre es un conflicto entre individuo y sociedad, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida. Y precisamente lo que caracteriza a una sociedad democrática y pluralista es la posibilidad de coexistencia pacífica de distintos sistemas de valores, a veces contradictorios.

En algunos casos el Estado ha resuelto el conflicto dando una salida alternativa que respeta la conciencia individual, siempre naturalmente que ello no ponga en peligro bienes jurídicos fundamentales. Así, por ejemplo, se reconoce la objeción de conciencia del médico a intervenir en un aborto terapéutico, siempre que, naturalmente, la mujer pueda ser asistida por otro médico. O la del Testigo de Jehová, que rechaza, por motivos religiosos la transfusión de sangre para su hijo menor, siempre que ésta objetivamente pueda ser sustituida por otros medios.

Cuando las leyes no prevén alternativas que respeten la libertad de conciencia, hay que plantearse la naturaleza del bien jurídico concul-

cado. Cuando éste es uno de los bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, no se puede dar ninguna relevancia a la decisión de conciencia que los ataque, ya que dichos bienes jurídicos son más importantes que la libertad de conciencia y son indispensables para el desarrollo de los demás ciudadanos que obviamente también tienen derecho a su protección jurídica. Precisamente por eso se castiga el ataque por conciencia a bienes jurídicos de carácter político perfectamente discutibles (independencia de una parte del Estado, forma de Estado, República o Monarquía, etc.), cuando se realiza de forma violenta conculcando, además, bienes jurídicos individuales, como la vida. Pero no sólo casos de terrorismo político, sino también los asesinatos rituales cometidos en una secta, o la objeción de conciencia fanática llevada hasta el punto de dejar morir, sin asistencia, a una mujer que se desangra tras un aborto ilegal, deben quedar fuera de toda consideración exculpatoria o mínimamente atenuante. Sin embargo, incluso respecto a la vida la solución puede variar si, por ejemplo, la muerte se produce para evitar graves dolores a un moribundo aquejado de una enfermedad irreversible en fase terminal y el paciente está de acuerdo en ello. La demanda de una regulación legal de la llamada *eutanasia* tiene su origen en la insuficiencia de los preceptos vigentes para solucionar adecuadamente un problema que muchos creen que debe ser regulado de forma distinta a la tradicional punitiva (cfr. art. 143,4).

Los casos en los que el conflicto de conciencia no lleva a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos fundamentales deben solucionarse, en la medida de lo posible, por otras vías distintas a la penal. La solución que ha tenido el tratamiento de la *insumisión total* al servicio militar y al servicio social sustitutorio en los últimos años, pasando desde su castigo a su absoluta irrelevancia penal, demuestra hasta qué punto un cambio de orientación política en la concepción del servicio militar (instaurar un servicio militar profesional en lugar de uno obligatorio) puede dejar de hecho fuera del Código penal conductas que originariamente se castigaron con penas de prisión y luego con penas de inhabilitación de hasta ocho años y que, una vez implantado el servicio militar profesional, son penalmente irrelevantes (cfr. lo dicho en la 3ª ed. de esta obra, p. 444. Estos delitos fueron derogados por LO 3/2002, de 23 de mayo). Pero en la propia dinámica de la evolución social y estando abocados cada vez más a sociedades pluralistas y multiculturales seguirán siendo inevitables conflictos con normas jurídicas basadas en razones de conciencia (religiosas, morales, políticas), que pueden implicar la realización de algún tipo delictivo (manifestaciones ilegales,

quemada de banderas, negativa a participar en mesas electorales, etc.). Por las razones ya dichas, y en la medida en que muchos de estos actos constituyen el ejercicio de la libertad de expresión y de ideas y una expresión de *lealtad* a creencias, habrá que procurar que la respuesta a esas infracciones no sea siempre y en todo caso una respuesta penal indiscriminada.

Véanse, por ej., los casos de «lealtad» a convicciones religiosas e ideológicas profundas, citados por FLETCHER, 2000, extraídos de la realidad norteamericana y de otros países, que cada vez tienen mayor actualidad en nuestra sociedad, como el uso del velo en las escuelas por las jóvenes musulmanas, o la quemada de la enseña nacional como protesta contra determinadas políticas gubernamentales, etc.

La fundamentación legal que a la exención o, por lo menos, atenuación de la pena se puede dar, aparte de invocar directamente el art. 16 de la Constitución, puede ser el estado de necesidad (conflicto entre la *libertad de conciencia* y el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria), o incluso el art. 14,3 del Código penal, entendiendo que la «creencia jurídica diferente» tiene cabida también en el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Sólo así podrá evitarse que la solución jurídica a determinados conflictos sociales sea siempre una solución punitiva o, lo que es peor, que el Derecho penal sea un instrumento para imponer por la fuerza sistemas de valores o intereses más que cuestionables.

Para más detalles sobre esta posición véase MUÑOZ CONDE, 1975, 1989 y 1997. A favor de este planteamiento, BAUCCELLS (2000), quien, en las pp. 357 y ss. de su obra, desarrolla las posibilidades de solventar este problema a través del error de prohibición; en contra, CORCOY BIDASOLO, 2000, TAMARIT SUMALLA, 1989, PÉREZ DEL VALLE, 2000, y FLORES MENDOZA, 2001, que propugna resolver el problema basándose en la inexigibilidad de obediencia al Derecho. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, cuando el sujeto no tiene obligación de actuar, por ejemplo carece de posición de garante, su actuación no llega ni siquiera al ámbito de la tipicidad. Cfr. STC 154/2002, de 18 de julio, anulando en base a ello la STS de 27 de junio de 1997 que había condenado por homicidio a los padres que apoyaron la decisión de su hijo de trece años de no recibir una transfusión de sangre, aunque tampoco se lo impidieron y nunca trataron de convencerlo por lo que la decisión fue tomada por el menor en ejercicio de su libertad; al respecto, véase *supra* capítulo XIV.

**Bibliografía:** Sobre conocimiento de la antijuricidad y error de prohibición: ARIAS EIBE, *El error en Derecho Penal en el Código de 1995*, Madrid 2007; BACIGALUPO ZAPATER, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de CP de 1980, La Ley 1981*; EL MISMO, *El error sobre los elementos del tipo y*



el error sobre la antijuricidad o la prohibición, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, Problemas de error, La Ley 1996; CARMONA SALGADO, De las alteraciones en la percepción al error de prohibición pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas, La Ley Penal 2010; CERREZO MIR, Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982; EL MISMO, La regulación del error de prohibición en el CP español y su trascendencia en los delitos monetarios, ADP 1985; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Presupuestos del error sobre la prohibición, Madrid 1988; CÓRDOBA RODA, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, Barcelona 1962; CUELLO CONTRERAS, La teoría de la culpabilidad y el error de prohibición. La reforma del C.P., de 25 de junio de 1983, algunos años después, CPC 1987; DE LA CUESTA AGUADO, Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuricidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo, Madrid 2007; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; EL MISMO, El error de prohibición: pasado, presente y futuro, en Homenaje a Torío, Granada 1999; EL MISMO, El error sobre elementos normativos del tipo penal, Madrid 2008; FAKHOURI GÓMEZ, Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: Un caso problemático, Madrid 2009; FELIP I SABORIT, Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código penal, Barcelona 2000; GARCÍA VITORIA, Tratamiento del error en el Código penal español: Algunas observaciones al respecto, EPC 1987/1988; HUERTA TOCILDO, El error invencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, CPC 1980; EL MISMO, El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, RFDUC monográfico 3, 1980; LESCH, Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición, PJ 1997; LUZÓN PEÑA, Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación, PJ 1990; MAGRO SERVET, La existencia del error de prohibición: Requisitos para su aplicación. Análisis de la STS de 14-12-07 y 8-4-2008, La Ley Penal 2008; MANSO PORTO, Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal, Madrid 1999; EL MISMO, El error de prohibición en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la perspectiva de la actual discusión doctrinal, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; MUÑOZ CONDE, El error en Derecho penal, Valencia 1989; NIETO MARTÍN, El conocimiento del Derecho: un estudio sobre vencibilidad del error de prohibición, Barcelona 1999; OLAIZOLA NOGALES, El error de prohibición. Especial atención a los criterios para apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad, Madrid 2007; QUINTANAR, Vencibilidad e invencibilidad del error sobre la prohibición (comentario a la sentencia núm. 860/1993, de 15 de abril de 1993 del Tribunal Supremo), CPC 1994; RODRÍGUEZ MOURULLO, Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del TS, Madrid 1976; RODRÍGUEZ RAMOS, Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto del CP, La Ley 1980; ROMEO CASABONA, El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980, ADP 1981; SILVA SÁNCHEZ, Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad, ADP 1987; SUAY HERNÁNDEZ, Los elementos normativos y el error, ADP 1991; TORÍO LÓPEZ, El «error iuris», perspectivas materiales y sistemáticas, ADP 1975; EL MISMO, El error evitable de prohibición en el Proyecto de CP, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela

1980; VARIOS, El consentimiento. El error, CDJ 1993; TRAPERO BARREALES, El error en las causas de justificación, Valencia 2004; ZUGALDÍA ESPINAR, El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica de CP español de 1980, CPC 1981.

Sobre no exigibilidad de otra conducta: AGUADO CORREA, Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal, Granada 2004; ALONSO ÁLAMO, El miedo. Su incidencia en los diferentes elementos del delito, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; BAJO FERNÁNDEZ, El parentesco en Derecho penal, Barcelona 1972; CUERDA ARNAU, El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, Valencia 1997; DE LA CUESTA AGUADO, Culpabilidad, exigibilidad y razones de para la exculpación, Madrid 2004; DÍAZ PALOS, Miedo insuperable, RGLJ 1963; HIGUERA GUIMERÁ, El miedo insuperable en el Derecho penal, Barcelona 1991; MAQUEDA ABREU, Exigibilidad y derecho a no declararse culpable, ADP 1991; MARTÍN LORENZO, El inextricable efecto eximente del miedo insuperable: Problemas legales de una fundamentación convincente de la exención de la pena, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; EL MISMO, Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo superable. Análisis de su aplicación por la Audiencia Provincial de Madrid en delitos de tráfico de drogas, RDPC 2005; EL MISMO, La exculpación penal, Valencia 2009; MELENDO PARDOS, El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas, Granada 2002; MUÑOZ CONDE, Política criminal y Dogmática jurídico-penal en la República de Weimar, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho 1994; EL MISMO, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 4ª ed., Valencia 2003; ONECHA SANTAMARÍA, El miedo insuperable, RGLJ 1981; PIGA, Algunos datos para el estudio psicológico de la circunstancia de miedo insuperable, ADP 1950; RAGUÉS I VALLÉS, ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, RDPC 2001; SAINZ CANTERO, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Granada 1965; SILVA SÁNCHEZ, Sobre las actuaciones en «estado de necesidad» que no implican deberes de tolerancia, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, Luzón Peña/ Mir Puig (edits.), Madrid 1999; VARONA GÓMEZ, El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento, AP 1996; EL MISMO, El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Granada 2000; EL MISMO, El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria?, reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, RDPC 2001. Véase, además, bibliografía sobre estado de necesidad, *supra* capítulo XX.

Sobre delincuencia por convicción o conciencia: BAUCCELLS I LLADÓS, La delincuencia por convicción, Valencia 2000; BORJA JIMÉNEZ, Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; CEREZO MIR, La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código Penal peruano, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; CORCOY BIDASOLO, Problemas jurídicopenales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias, en VARIOS,

Estudios de bioética y Derecho, María Casado (comp.), Valencia 2000; FERRÉ OLIVÉ, Diversidad cultural y sistema penal, RP 2008; FLETCHER, La lealtad. Ensayo sobre la moralidad de las relaciones, Valencia 2000; FLORES MENDOZA, La objeción de conciencia en el Derecho penal, Granada 2001; GÓMEZ BENÍTEZ, Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia, en Ley y conciencia, Madrid 1993; JERICÓ OJER, El conflicto de conciencia ante el Derecho penal, Madrid 2007; LANDROVE DÍAZ, Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal, Valencia 1992; MONGE FERNÁNDEZ, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad, Barcelona 2008; MUÑOZ CONDE, El principio de culpabilidad, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela 1975; EL MISMO, El error en Derecho penal, Valencia 1989; EL MISMO, La objeción de conciencia en Derecho penal, en Homenaje a Roxin, Barcelona 1997; PÉREZ DEL VALLE, La discusión actual sobre la delincuencia por convicción, CPC 2000; SERRANO PIEDECASAS/ DEMETRIO CRESPO, Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el Derecho penal, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; TAMARIT SUMALLA, La libertad ideológica en el Derecho penal, Barcelona 1989.

# CAPÍTULO XXV

## Penalidad

1. Otros presupuestos de la pena: la penalidad
2. Condiciones objetivas de penalidad
3. Excusas absolutorias
4. Causas de extinción de la responsabilidad criminal
  - A) El indulto
  - B) La prescripción
  - C) El perdón del ofendido

### **1. OTROS PRESUPUESTOS DE LA PENA: LA PENALIDAD**

Como ya se dijo en el capítulo XI, con la constatación de la tipicidad, de la antijuricidad y de la culpabilidad se puede decir que existe un delito con todos sus elementos. En algunos casos se exige, sin embargo, para poder castigar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad, ni en la antijuricidad, ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político-criminal que tienen asignadas estas categorías.

Difícil es, sin embargo, reconducir estos elementos adicionales y excepcionales a una categoría común, dada su diferente función y significado político-criminal. Así, por ejemplo, entre el previo requerimiento o sanción administrativa en el delito de discriminación laboral y la previa querrela del ofendido en la injuria, sólo hay en común que ambos presupuestos condicionan la imposición de la pena sin que sean, sin embargo, elementos del tipo, de la antijuricidad o de la culpabilidad. Igualmente tampoco hay nada en común entre la impunidad, prevista en el art. 480,1 del Código penal, para el implicado en un delito de rebelión que lo revela a tiempo de poder evitar sus consecuencias, y la impunidad, prevista en el art. 268,1, para determinados parientes respecto de algunos delitos contra el patrimonio, salvo que, desde luego, tales causas de impunidad no excluyen la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad.

Se impone, pues, la elaboración de una sede sistemática en la que se incluyan estos elementos, que también condicionan la imposición de la

pena en algunos delitos, pero que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad.

Si se busca un nombre para denominar esta sede sistemática en la que puedan incluirse tales elementos, preferiría utilizar el más neutral de «penalidad», que otros llaman «*punibilidad*», «merecimiento» o «necesidad de pena». La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos. En la penalidad existen causas que la fundamentan (las llamadas *condiciones objetivas de penalidad*) y causas que la excluyen (las llamadas causas de exclusión o anulación de la penalidad o *excusas absolutorias*). Aunque respecto a algunas de ellas se discute si no pueden integrarse en otras categorías, lo más importante es que, al no ser elementos de la tipicidad, no tienen que ser abarcadas por el dolo, siendo, por tanto, irrelevante el error del sujeto sobre su existencia. Finalmente, trataremos de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, de difícil encuadre sistemático en la Teoría General del Delito, pero que por su carácter excluyente de la imposición o ejecución de la pena, pueden estudiarse también aquí.

La doctrina española ha destacado la importancia de la penalidad como categoría autónoma dentro de la Teoría General del Delito (véanse por ej., las obras de BACIGALUPO ZAPATER, 1983, MAPELLI CAFFARENA, 1990 y MARTÍNEZ PÉREZ, 1989). GARCÍA PÉREZ (1997, pp. 103 y ss., y 336 y ss.) le da a la «penalidad» un contenido similar al que aquí se mantiene, considerando que la autonomía de esta categoría, que él denomina «punibilidad», se deriva del *principio de subsidiariedad* del Derecho penal. FARALDO CABANA, 2000, pp. 177 s., considera que algunos de estos condicionamientos y exenciones de pena, como también algunas atenuaciones que se encuentran en la Parte Especial, no son subsumibles en la punibilidad como categoría autónoma del delito, por darse después de realizado el hecho y ser diferentes al mismo; pero no ofrece un nombre o categoría distinta para incluirlos sistemáticamente, por lo que creo que deben incluirse en este apartado. Me parece, en cambio, excesivo el contenido que le da a esta categoría ASÚA BATARRITA, 1999, pp. 221 y ss., al considerar también como relevantes para la punibilidad problemas de carácter procesal y de anómalo funcionamiento de la Administración de Justicia, como son la prisión preventiva de excesiva duración, la nulidad de las pruebas obtenidas mediante «agente provocador» o torturas que determinan la imposibilidad de una condena en base a ellas, y las dilaciones indebidas, pues, sin negar el fundamento constitucional que tienen dichos óbices para una condena penal, su incidencia es puramente

procesal, sin relación alguna, ni posibilidad de ubicación sistemática en la Teoría del Delito. Como tampoco la tiene el que el autor del delito sea detenido o que comparezca el día del juicio y no pueda ser condenado en rebeldía. Evidentemente, los presupuestos procesales de la actividad probatoria y la posibilidad de la ejecución de las consecuencias jurídicas son también determinantes de la efectividad material de la aplicación del Derecho penal como un todo, pero pertenecen a otras partes distintas de la Teoría del Delito, al Derecho procesal penal y al Derecho de ejecución de las penas principalmente (cfr. también en HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, 1989, pp. 80 y ss.).

## 2. CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD

Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refiera a ellas el dolo del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él. Entre ellas se encuentra por ejemplo, en nuestro Código penal, el previo requerimiento o sanción administrativa en el delito de discriminación laboral (art. 314).

De ellas se distinguen las *condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad* que condicionan, no la existencia del delito, sino su persecución procesal, es decir, la apertura de un procedimiento penal. Se trata de *obstáculos procesales* que, en el fondo, tienen la misma función que las condiciones objetivas de penalidad. En nuestro Código penal pueden calificarse como condiciones objetivas de perseguibilidad: la *previa denuncia* de las personas legitimadas para ello en algunos delitos contra el orden socioeconómico, como los relativos al mercado y a los consumidores (art. 287,1), en los delitos societarios (art. 296,1), o en los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales (art. 191,1) y la *querrela* del ofendido o de su representante legal en la calumnia e injuria (art. 215,1; cfr. *infra* el perdón del ofendido).

## 3. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata, normalmente, de causas vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, sólo le afectan a él y no a los demás participantes en el delito. En nuestro Código penal se consideran tales: el art. 480,1, por el que que-

da exento de pena el implicado en la rebelión que la revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias; los arts. 305,4, 307,3 y 308,4, que declaran exento de responsabilidad penal al que regularice su situación tributaria o ante la Seguridad Social, o reintegre las cantidades recibidas en concepto de subvención pública, siempre que ello se haga antes de que se le notifique la iniciación de una inspección o de que se haya interpuesto denuncia o querrela; y el art. 268,1, que declara exentas de responsabilidad a determinadas personas, por razón de su parentesco con el sujeto pasivo, en determinados delitos contra el patrimonio por ellas cometidos.

También debe considerarse en este grupo el desistimiento voluntario en la tentativa (art. 16,2) que, cuando evita la consumación del delito, excluye la pena ya fundada en la tentativa misma (cfr. *infra* capítulo XXVI). Y, finalmente, la inviolabilidad del Jefe del Estado y de los parlamentarios (arts. 56,3 y 71,1 CE; cfr. capítulo IX).

#### **4. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL**

El art. 130,1 Cp contiene una serie de causas (la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena, el indulto, el perdón del ofendido, la prescripción del delito y la pena), que extinguen la responsabilidad criminal del autor de un delito ya cometido, aunque se den todos los elementos o categorías que normalmente fundamentan la exigencia de una responsabilidad criminal. Estas *causas de extinción de la responsabilidad criminal*, que se regulan en el Capítulo I del Título VII, se diferencian de las causas de justificación y de exculpación en que no afectan para nada a la existencia del delito, sino a su perseguibilidad en el proceso penal. Por eso, algunas de ellas son tratadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como *artículos de previo pronunciamiento* (arts. 666 y ss. LECrim), de forma que su apreciación impide la continuidad del proceso o la condena del acusado, si se llegan a apreciar en la sentencia.

De las causas de extinción de la responsabilidad criminal citadas en el art. 130,1 del Código penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 666 sólo cita el cumplimiento de la condena (*excepción de cosa juzgada*), la prescripción del delito y el indulto. Pero también las otras tienen, de hecho, la misma función práctica de impedir la condena del

autor o interviniente en la comisión de un delito completo en todos sus elementos.

Difícil es, sin embargo, reconducir las distintas causas citadas en el art. 130,1 a un denominador común. Las tres primeras (la muerte del reo, el cumplimiento de la condena y la remisión definitiva de la pena) son tan evidentes que no necesitan mayor explicación, ni hacía falta que la ley las mencionara. Las otras causas recogidas en el art. 130,1 son, en cambio, menos evidentes y merecen una mayor explicación.

### A) *EL INDULTO*

Históricamente, el indulto aparece junto con la amnistía como manifestación del *derecho de gracia* que, como una reminiscencia de los tiempos de la Monarquía absoluta, aún pervive en los actuales Estados de Derecho. Desde el punto de vista político-criminal, el derecho de gracia puede ser utilizado como medio para conseguir la rehabilitación del condenado, corregir errores judiciales o templar el excesivo rigor de penas legalmente impuestas (cfr. art. 4,3). Sin embargo, en la práctica se ha utilizado muchas veces por simples razones coyunturales de política general e incluso como un arma política para evitar condenas a los amigos o cuando políticamente se consideraba conveniente. Sucedió esto sobre todo con la amnistía, la cual, según el art. 112,3 del anterior Código penal, extinguía por completo la pena y todos sus efectos.

La amnistía constituía, pues, casi siempre una ruptura o un cambio profundo de orientación del régimen político y jurídico bajo cuyo mandato se dieron las condenas después amnistiadas (cfr., por ej., la Ley de 23 de diciembre de 1939, considerando no delictivos determinados hechos de actuación político-social cometidos desde el 14 de abril de 1931 al 18 de julio de 1936, y la mucho menos amplia Ley de 18 de octubre de 1977, sobre amnistía, y sitúense en sus respectivos contextos históricos).

También el indulto, sobre todo el «indulto general», reconocido en la Ley de 18 de junio de 1870, podía ser utilizado con la misma finalidad y de hecho tener la misma amplitud que la amnistía (cfr. Real Decreto de 14 de marzo de 1977). Por eso, era difícil definir *a priori* el ámbito que podían tener estas medidas. A la vista de la manipulación política a la que se prestaban estas instituciones, la Constitución de 1978 prohíbe los indultos generales y, por tanto, también la amnistía (art. 62,i), quedando como única institución del antiguo derecho de gracia el indulto particular, regulado por Ley de 18 junio de 1870, modificada



por Ley 1/1988, de 14 de enero. Éste puede ser solicitado por cualquier persona, pero también por el propio tribunal sentenciador, «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» (art. 4,3 Cp). La tramitación de un indulto, total o parcial, de la pena impuesta puede ser bastante larga, de ahí que el apartado 4 del art. 4 Cp permita la suspensión de la ejecución de la pena, por ejemplo, si el proceso ha durado excesivo tiempo o la finalidad del indulto (la reinserción social) pudiera resultar ilusoria.

## B) LA PRESCRIPCIÓN

Es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos. Su fundamentación radica, pues, más en razones de seguridad jurídica, que en consideraciones de estricta Justicia material. Se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción.

El Código penal regula tanto la prescripción del delito (arts. 131 y 132), como la de la pena (arts. 133 y 134) y las medidas de seguridad (art. 135). Los delitos prescriben por el transcurso del tiempo sin ser juzgados, mientras que las penas y las medidas de seguridad prescriben porque, una vez impuestas en la condena, transcurren los plazos de prescripción sin ser ejecutadas. Los plazos de prescripción dependen de la gravedad del delito, la pena o la medida de seguridad.

-La *prescripción del delito* se produce cuando transcurren los plazos indicados en el art. 131 Cp, en función de la pena que el delito tenga asignada en abstracto (no según la que correspondería aplicar en el caso concreto). Desde la LO 5/2010, de 22 de junio, el plazo mínimo de prescripción es de cinco años, excepto en las injurias y calumnias, que prescriben al año, y en las faltas, que prescriben a los seis meses. Los delitos de lesa humanidad, genocidio y contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (excepto los del art. 614 Cp) no prescriben.

La misma reforma añadió que tampoco prescriben los delitos de terrorismo que hayan causado la muerte de una persona (art. 131,4 Cp). Esta norma, indudablemente inducida por la alarma que genera el terrorismo, pretende lanzar el mensaje de que, por mucho tiempo que pase,

el terrorista siempre podrá ser castigado por lo que hizo, aunque no haya cometido ningún otro delito ni haya sido perseguido penalmente. Ello no sólo revela escepticismo respecto a que el terrorismo pueda desaparecer en nuestro país, a medio o largo plazo, sino que se compe- dece mal con una política de reinserción que, a veces con éxito, se lleva a cabo con los que renuncian a la lucha armada. Por otra parte, como veremos más adelante, esta nueva regulación no es retroactiva y sólo podrá aplicarse a delitos cometidos después de la reforma; de no haberse reformado esta cuestión y dada la gravedad de estos delitos, hubieran prescrito después de veinte años, por lo que sólo después de tan largo plazo tendrá relevancia esta declaración de que son imprescriptibles.

Los plazos empiezan a correr el día en que se haya cometido la infracción, pero el art. 132,1 Cp establece precisiones para casos especiales de consumación: el delito continuado (*infra*, capítulo XXVIII. Vid. STS 29 de julio de 2002: «caso Banesto») empieza a prescribir cuando se comete la última infracción; el delito permanente (por ejemplo, el secuestro), desde que cesa la situación ilícita y las infracciones que requieren habitualidad, desde que cesa la conducta. El mismo artículo establece que en determinados delitos contra menores de edad, el plazo de prescripción se computa desde el día en que la víctima alcanza la mayoría de edad o, si fallece antes de alcanzarla, desde el día de su fallecimiento.

El número 2 del art. 132 regula la interrupción y la suspensión del plazo de prescripción. Cuando el plazo se *interrumpe*, se anula el tiempo ya transcurrido hasta que se produjo la interrupción, aunque puede volver a correr desde el principio si se paraliza el procedimiento o termina sin condena. En cambio, cuando el plazo se *suspende* durante un tiempo, vuelve a correr computándose el tiempo transcurrido antes de la suspensión. El plazo sólo se interrumpe cuando una resolución judicial dirige el procedimiento contra una persona determinada, considerándola indiciariamente responsable del delito o falta. La mera presentación de una denuncia o una querrela ante un órgano judicial sólo suspende el plazo (durante un máximo de seis meses para los delitos y de dos meses para las faltas), pero si durante la suspensión recae una resolución judicial que interrumpa el plazo, éste se considera interrumpido desde el momento en que se presentó la denuncia o querrela.

La vigente redacción del art. 132,2 Cp fue introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, después de alguna controversia sobre el momento en que podía considerarse que el procedimiento se dirige contra el culpable (anterior redacción del art. 132,2 Cp), a los efectos de considerar interrumpido el plazo de prescripción. El Tribunal Supremo (vid. Acuerdo Sala Penal de 25 de abril de 2005, Acuerdos, p. 405) admitía la presentación de denuncia o querrela contra persona identificada como motivo de interrupción, mientras la STC 63/2005, de

14 de marzo, era de otra opinión. Finalmente, la STC 29/2008, de 20 de febrero («caso Los Albertos»), precisó que el procedimiento no podía entenderse dirigido contra el culpable —ni, por tanto, interrumpido el plazo de prescripción— por la mera presentación de una denuncia o querrela, lo que ha sido trasladado al Código penal. Además, el art. 132,2 Cp regula la reanudación del plazo suspendido y la forma en que debe considerarse suficientemente determinada la persona contra la que se dirige el procedimiento, a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción.

Si el procedimiento se dirige contra una persona pero no contra otras, éstas pueden alegar la prescripción si, cuando la acción se dirige contra ellos, el plazo de prescripción ya se ha cumplido (en este sentido REY GONZÁLEZ, 1999, p. 165; en contra, STS de 29 de julio de 1998, «caso Marey»).

– El art. 133 regula la *prescripción de las penas* impuestas por sentencia firme. Según este precepto las penas prescriben: a los treinta años, las de prisión por más de veinte años; a los veinticinco años, las de prisión de quince o más años, sin que excedan de veinte; a los veinte, las de inhabilitación por más de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince; a los quince, las de inhabilitación por más de seis y que no excedan de diez años y las de prisión por más de cinco y que no excedan de diez años; a los diez, las restantes penas graves; a los cinco, las penas menos graves; y las penas leves, al año. No prescriben las penas impuestas a los delitos que el art. 131,4 Cp declara imprescriptibles (lesa humanidad, genocidio, etc.; art. 133,2 Cp).

El art. 134 determina que el tiempo de prescripción de la pena comenzará a correr desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.

La prescripción es una norma favorable al reo porque limita el poder punitivo del Estado, por lo que, en general, se considera de naturaleza jurídico-material y no meramente procesal (STS 22 de noviembre de 2006). Por ello, las normas que regulan los plazos de prescripción no pueden ser aplicadas retroactivamente si con ello se perjudica al reo (STS 24 de abril de 2008). Aquí se incluyen las normas que declaran la imprescriptibilidad de algún delito porque tal declaración afecta al plazo de prescripción en el sentido de que lo elimina, lo que, indudablemente, perjudica al reo.

En cambio, las disposiciones que regulan la interrupción y la suspensión del plazo se refieren a la repercusión de determinados actos procesales (resolución judicial inculpatória, denuncia, querrela) en el desarrollo del procedimiento, por lo que — pese a incluirse en el Código penal —, poseen naturaleza procesal (como se indica en la Exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, que las introdujo). Como

normas procesales, deben aplicarse a los actos que tienen lugar en cada momento (*tempus regit actum*), por lo que no cabe plantear su retroactividad (vid. *supra*, capítulo VII.3).

En otro orden de cosas, las penas *accesorias* (arts. 54 y ss. Cp) siguen el régimen de las penas principales.

– El art. 135 regula la *prescripción de las medidas de seguridad*: a los diez años, las privativas de libertad superiores a tres años; y a los cinco, las privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o las que no fueran privativas de libertad. El tiempo de prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió comenzar a cumplirse. Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta.

### C) EL PERDÓN DEL OFENDIDO

Tradicionalmente, en algunos delitos llamados *privados*, la persecución penal quedaba supeditada a que el ofendido o sus representantes se querellasen o denunciassen el hecho. Sucedió esto en aquéllos que más afectaban a la intimidad personal y familiar (injurias, calumnia, abandono de familia, etc.). Fuera de estos casos, la acción penal era pública y podía ser ejercitada al margen de la voluntad del ofendido, salvo que éste, con su consentimiento anterior al hecho, pudiera justificarlo (cfr. *supra* capítulo XXI).

Frente a la regulación anterior, en la que el perdón del ofendido extinguía la responsabilidad penal en todos los delitos perseguibles a instancia de parte, el apartado 5º del art. 130,1 del Código penal de 1995 limita su alcance a los casos en que así lo prevea expresamente la ley (cfr., por ej., el art. 201,3 en relación con el descubrimiento y revelación de secretos; art. 215,3 en relación con la calumnia y la injuria).

Aunque de forma indirecta, instituciones como la *conciliación o el simple acuerdo entre autor y víctima*, han ampliado de hecho la eficacia del perdón, en la medida en que la satisfacción de los intereses de la víctima permite, de hecho, enervar la acción penal también en la persecución de delitos públicos, de escasa o mediana gravedad. Esta tendencia hacia una «privatización del Derecho penal» contradice en cierto modo el carácter público del mismo y desconoce el principio de «neutralización de la víctima» que inspira el Derecho penal del Estado de Derecho, aunque ha sido valorada positivamente en la medida en que favorezca los intereses de la víctima (sobre ello, ALONSO RIMO, 2002, pp. 473 ss.).

El perdón ha de ser expreso e incondicionado y debe darse antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto, el juez o tribunal senten-

ciador oirá al ofendido por el delito antes de dictarla. Según el párrafo segundo del núm. 5º del art. 130,1: «En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio fiscal, o el cumplimiento de la condena».

**Bibliografía:** En general sobre la penalidad como elemento del delito y en particular sobre las condiciones objetivas de penalidad y excusas absolutorias: ALONSO RIMO, Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio, Valencia 2002; ASÚA BATARRITA, Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional, en Homenaje a Torío, Granada 1999; BACIGALUPO ZAPATER, El error sobre las excusas absolutorias, CPC 1978; EL MISMO, Delito y punibilidad, Madrid 1983; BAJO FERNÁNDEZ, El parentesco en Derecho Penal, Madrid 1973; COBO DEL ROSAL, Función y naturaleza del artículo 226 del Código Penal, ADC 1968; EL MISMO, La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español, EPC 1981/1982; DEL ROSAL, De la excusa absoluta del artículo 226 del Código penal, ADP 1965; FARALDO CABANA, Las causas de levantamiento de la pena, Valencia 2000; FERRÉ OLIVÉ, Punibilidad y proceso penal, RGDP 2008; GARCÍA PÉREZ, La punibilidad en el Derecho penal, Pamplona 1997; GARCÍA-PUENTE LLAMAS, Nuestra concepción de las excusas absolutorias, ADP 1981; HIGUERA GUIMERÁ, Las excusas absolutorias, Madrid 1993; EL MISMO, Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, en Homenaje a Torío, Granada 1999; LOZANO MIRALLES, Análisis de la atenuante analógica por dilaciones indebidas (art. 21.6 CP), en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; LUZÓN PEÑA, La punibilidad, en Homenaje a Cerezo, Madrid 2002; MAPELLI CAFFARENA, Estudio dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, Madrid 1990; MARTÍNEZ PÉREZ, Las condiciones objetivas de punibilidad, Madrid 1989; MENDES DE CARVALHO, Las «condiciones objetivas de punibilidad impropias»: vestigios de responsabilidad objetiva en el Código penal español, RDPC 2006; MORENO-TORRES HERRERA, El error sobre la punibilidad, Valencia 2004; MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumar el delito, Barcelona 1972.

Sobre las causas de extinción de la responsabilidad criminal: DE URBANO CASTRILLO, Diligencias inocuas y prescripción penal, La Ley 1997; ECHANO, en VARIOS, El perdón en la vida pública, Bilbao 1999; GARCÍA DEL BLANCO, La prescripción del delito, comentario a la STC 63/2005, de 14 de marzo, en Revista Europea de Derechos Fundamentales 2005; GÓMEZ DE LA ESCALERA, Novedades en la prescripción de las infracciones penales y de sus penas, La Ley 1996; GÓMEZ PAVÓN, La prescripción del delito en el Código penal, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; GONZÁLEZ GARCÍA, La prescripción penal, cuestión abierta, La Ley Penal 2008; GONZÁLEZ RUS, El perdón en los delitos sexuales: Una institución carente de fundamento, RFDUG 1984; HUERTA TOCILDO, A vueltas con la prescripción penal, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; IZQUIERDO ESCUDERO, La prescripción de las faltas: dos

interpretaciones encontradas, La Ley 1997; JAÉN VALLEJO, Prescripción de la acción penal: interrupción del plazo, AJA 2005; LIDÓN CORBI, El perdón del ofendido, en Estudios Deusto, Bilbao 1985; LLORCA ORTEGA, La ley del indulto. (Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma), 2ª ed., Valencia 1997; MORILLAS CUEVA, Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, Granada 1980; MUÑOZ CLARES, Comentario de la STC 29/2008, de 20 de febrero, llamada «de los Albertos»: de nuevo la prescripción, RGDP 2008; NIETO GARCÍA, Algunas reflexiones sobre la prescripción de la pena privativa de libertad: fundamentación y consecuencias, La Ley 2006; OLAIZOLA NOGALES, La prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos, AP 1998; PEDREIRA GONZÁLEZ, La prescripción de los delitos y de las faltas, Madrid 2004; PRIETO RODRÍGUEZ, Hacia una reinterpretación de la prescripción penal, AP 1998; QUINTANAR DÍEZ, Sobre el cómputo del plazo prescriptivo en los delitos imprudentes (comentario a la Sentencia de 21 de abril de 1989 de la Sala II del Tribunal Supremo), CPC 1996; EL MISMO, Prescripción, homogeneidad de bienes jurídicos penalmente protegidos y principio acusatorio, CPC 1997; RAGUES I VALLÈS, La prescripción penal: fundamento y aplicación, Barcelona 2004; RECIO JUÁREZ, La interrupción de la prescripción extintiva, La Ley 1998; REY GONZÁLEZ, La prescripción de la infracción penal en el Código penal de 1995, 2ª ed., Madrid 1999; RODRÍGUEZ MOURULLO, Prescripción del delito, una reforma necesaria, en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; RODRÍGUEZ RAMOS, Prescripción del delito y derechos fundamentales, La Ley 1988; ROLDÁN BARBERO, Indulto e individualización de las penas, en Estudios Jurídicos, Córdoba 1991; SERRANO GÓMEZ, La prescripción del delito (tres cuestiones), Madrid 2004; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, El comienzo del cómputo de la prescripción en los casos de resultados muy posteriores a la conducta típica, CPC 2007; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, Indulto y amnistía, Valencia 1980; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, El indulto: aspectos penales y procesales, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; TAMARIT SUMALLA, Amnistía y transición, en Homenaje a Vives, Valencia 2009.



# CAPÍTULO XXVI

## Consumación y tentativa

1. Consumación formal y material
2. Tentativa
3. Fundamento del castigo de la tentativa
4. El dolo en la tentativa
5. La delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos
6. La distinción tentativa acabada e inacabada
7. La llamada tentativa inidónea
8. El desistimiento voluntario de consumir el delito
9. Casos especiales de tentativa

Normalmente, cuando los preceptos penales describen y tipifican un delito, lo hacen refiriéndose al mismo en su forma consumada. Y así dice, por ejemplo, el art. 61 del Código penal: «Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada». El delito consumado constituye, pues, el punto de referencia o la imagen conceptual que tiene presente el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos en la Parte Especial. Así, por ejemplo, en el delito doloso de homicidio previsto en el art. 138 el legislador describe un supuesto de *congruencia plena* entre el tipo objetivo (matar a una persona) y el tipo subjetivo (querer esa muerte, sabiendo que la acción que se realiza puede producirla).

Pero hasta llegar ese momento, el hecho punible *doloso*, pues es en éste donde se plantea el problema, recorre un camino más o menos largo (el llamado *iter criminis*), que va desde que surge la decisión de cometerlo hasta la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión, pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico. No todas estas fases son relevantes o igualmente relevantes desde el punto de vista jurídico-penal. La simple decisión de delinquir no manifestada al exterior es irrelevante para el Derecho penal. La consumación del delito, por el contrario, acarrea la imposición de la pena prevista en el tipo delictivo. Entre uno y otro momento se sitúan los actos preparatorios y los ejecutivos del delito, cuya problemática será objeto de especial estudio en este capítulo.



En el art. 15,1 del Código penal se declaran punibles el delito consumado y la tentativa de delito. Según el art. 15,2 las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio. En el Código penal los grados punibles de realización del delito son, pues, la consumación y la tentativa.

## 1. CONSUMACIÓN FORMAL Y MATERIAL

Como dice el art. 61 del Código penal, siempre que la ley señale la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada. Se parte aquí de un *concepto formal de consumación* o consumación típica. En este sentido, consumación es la plena realización del tipo en todos sus elementos.

Generalmente, en los tipos delictivos de los delitos de resultado, la consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo (por ej., en los delitos contra la vida: con la muerte del sujeto pasivo). Sin embargo, el legislador puede adelantar la consumación a un momento anterior. Así, en los *delitos de consumación anticipada* (delitos de intención, delitos de peligro), el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo que con la prohibición penal se trata de evitar, sino que declara ya consumado el hecho en un momento anterior. Así, por ejemplo, en el art. 472, el delito de rebelión se consuma desde el momento en que se produce un alzamiento público y violento para alcanzar determinados fines (derogar o suspender la Constitución, destituir al Rey, impedir la libre celebración de elecciones, disolver las Cortes, etc.); no es, por tanto, necesario que se consigan dichos fines, pues, como la Historia demuestra, cuando los rebeldes consiguen sus fines, la rebelión ha triunfado y se han convertido en los nuevos dueños del poder político (un claro ejemplo de ello fue la rebelión militar española del 18 de julio de 1936; un caso de signo contrario, el intento de Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981).

Distinta de la consumación formal es la *consumación material, agotamiento o terminación* del delito, en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía: heredar al pariente que mató, lucrarse con el delito patrimonial cometido, etc. En la medida en que esta consumación material está más allá de las previsiones típicas carece de relevancia jurídico-penal. Sin embargo, algunas veces el legislador hace coincidir consumación formal y material (así, por ej., en las amenazas la pena va-

ría según que el autor haya conseguido o no sus propósitos, art. 169,1º) o tiene en cuenta el propósito ulterior a la consumación formal como elemento subjetivo del injusto (cfr. art. 234, en el que el ánimo de lucro se convierte en el elemento definidor del tipo, sin que para la consumación formal del hurto sea necesario que el autor llegue efectivamente a lucrarse).

Algunos tipos delictivos plantean específicos problemas en orden a la determinación del momento consumativo. Así, algunos autores consideran, por ej., que en los delitos con *condiciones objetivas de penalidad*, la consumación no se produce hasta que no se cumple la condición. Sin embargo, si se considera que la consumación es un problema que afecta a la tipicidad, la no verificación de un elemento extratípico no debe afectar a la consumación. Respecto al *delito continuado* (cfr. *infra* capítulo XXVIII), la verificación parcial del resultado global, que ya corresponde a la consumación de un tipo delictivo, es ya suficiente para consumir el delito. En los *delitos permanentes* no se da ninguna particularidad en orden a la consumación típica, pero ésta se puede prolongar durante cierto tiempo y ese tiempo puede tener relevancia en orden a otros problemas: formación de tipos privilegiados o cualificados (cfr. art. 163,2 y 3), posibilidad de participación tras la consumación, etc.

## 2. TENTATIVA

El art. 16,1 define la tentativa del siguiente modo:

«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 distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito. Esta diferenciación repercute después en la determinación de la pena aplicable (cfr. arts. 61 y 62), y tiene su razón de ser en que la consumación es más grave que la tentativa porque en ella el desvalor del resultado no sólo es mayor, sino que, a veces implica la lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa. Piénsese en un delito contra la vida, en el que la consumación supone la muerte y la tentativa todo lo más una lesión o, a veces, ni siquiera eso (la bala pasa rozando el cuerpo del agredido). Pero ello no quiere decir que ambas instituciones sean diferentes o que el fundamento de su punibilidad responda a principios distintos, sino sólo que tanto en su percepción social como jurídica, la consumación supone siempre un plus de mayor gravedad que la tentativa, porque el *desvalor del resultado* de aquélla

es siempre mayor que el de ésta, por más que el *desvalor de la acción* sea el mismo. Si el concepto de injusto sólo se basara en el desvalor de la acción, no sería necesario diferenciar entre tentativa y consumación. Pero, como ya hemos visto anteriormente (cfr. *supra* capítulo XVIII.4), el desvalor del resultado es también una parte integrante del concepto de antijuricidad, que obviamente al ser mayor en la consumación, determina una mayor antijuricidad de ésta. Sin embargo, el desvalor de la acción es el mismo en una y otra, de ahí que el elemento subjetivo, la intención o dolo de consumir el delito, sea el mismo en ambas.

Seguidamente veremos cuáles son los elementos característicos del concepto de tentativa, a partir de la definición que de la misma se da en el art. 16.

### 3. FUNDAMENTO DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA

La atenuación obligatoria de la pena en caso de ejecución imperfecta de delito (cfr. art. 62) y la distinta gravedad de la tentativa y la consumación del delito han llevado a un sector de la doctrina española a ver el fundamento del castigo de la tentativa en un criterio fundamentalmente objetivo, es decir, en su proximidad a la lesión del bien jurídico protegido, ya que, desde el punto de vista subjetivo, tanto en la consumación como en la tentativa, la voluntad del sujeto no sufre modificaciones.

Por el contrario, hay quien considera que el fundamento del castigo de la tentativa, al ser ésta sólo punible en los delitos dolosos y ser, según algunos, fundamento del concepto de antijuricidad el desvalor de acción, es de carácter puramente subjetivo: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante actos de ejecución del delito.

A pesar de que dogmáticamente hay base para sustentar estas diversas opiniones, creo que el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución (idóneos o no) del delito tiene que ser, necesariamente, unitario y responder a la misma finalidad político-criminal y preventiva que preside todo el Derecho penal. La tentativa no es más que una *causa de extensión de la pena*, que responde a la necesidad político-criminal de extender la amenaza o conminación penal prevista para los tipos delictivos para el caso de consumación de los mismos, a conductas que ciertamente no consuman el delito, pero que están muy próximas a la consumación y se realizan con voluntad de conseguirla. El *delito primario* y punto de referencia de la intervención del Derecho penal es, pues, el delito en su forma consumada. No existe una tentativa

en sí misma, sino la tentativa de consumir algo. En este sentido el art. 16,1 no es más que una *norma penal incompleta* (cfr. capítulo I) que sólo adquiere sentido si se pone en conexión con la correspondiente norma penal completa en la que se describe el supuesto de hecho de un delito consumado. El fundamento de esta extensión de la pena, si bien atenuada, a la tentativa del supuesto de hecho tiene, pues, el mismo fundamento que el castigo del supuesto de hecho consumado doloso del que la tentativa no es más que su complemento: la conculcación objetiva del bien jurídico, que en la tentativa sólo pueden ser la *puesta en peligro (criterio objetivo)* y la *voluntad de conseguir su lesión típica (voluntad criminal manifestada, criterio subjetivo)*. Si alguno de ellos falta, no podrá apreciarse la tentativa. Precisamente, si hay algún límite entre esta última y las formas impunes de tentativa irreal, absolutamente inidónea, etc. (cfr. *infra* 7), es el que en ellas no se da la mínima puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos que justificaría la intervención del Derecho penal. Y si falta la voluntad de lesionarlos tampoco cabe hablar de forma imperfecta de ejecución punible, ya que ésta sólo es posible en los delitos dolosos.

La diferente gravedad de pena atiende, desde luego, a la distinta entidad objetiva de los diversos grados de realización del hecho punible (cfr. *infra* capítulo XXXI y art. 62); pero en muchos Códigos se deja al arbitrio de los tribunales la atenuación de pena en el caso de no consumación o se permite, incluso, que se castigue la tentativa con la misma pena que la consumación (cfr. *infra* casos especiales de tentativa). De todas formas, en la medida en que el desvalor del resultado consumativo añade un componente adicional a la gravedad del injusto cometido, es evidente que la pena del delito consumado, sobre todo en los delitos de resultado (homicidio, daños, incendios, etc.), debe ser más grave que la del delito intentado (cfr. *supra* capítulo XVIII: desvalor de acción/desvalor de resultado).

También en la vida cotidiana se considera más grave matar que disparar con ánimo de matar, pero errando el tiro; destruir un objeto o incendiar un edificio, que intentar hacerlo sin conseguirlo; consumir una relación sexual completa que no consumarla por eyaculación prematura, etc. El Derecho penal no debe apartarse, por consideraciones estrictamente teóricas, de estas valoraciones dominantes en la sociedad.

En la doctrina española es dominante una teoría objetiva-subjetiva, similar a la aquí expuesta, sobre todo a partir de la definición que da el art. 16,1. En el fondo, tanto la *teoría subjetiva* como la llamada *teoría de la impresión* buscan fundamentar la punibilidad de la tentativa en la simple voluntad mala o en la conmoción que produce la exteriorización de ésta en la comunidad, pero con ello se produce una subjetivización o una funcionalización del concepto de ten-

tativa incompatible con el *principio de intervención mínima* y con el concepto material de antijuricidad, que, al mismo tiempo, conduce a una ampliación del ámbito de la punibilidad. No es sorprendente que la jurisprudencia más conservadora y los sistemas políticos más autoritarios hayan sido siempre proclives a las teorías subjetivas y de la conmoción social (véase FLETCHER, Conceptos básicos, p. 261). Como veremos más adelante, la única forma de reducir la punibilidad de la tentativa irreal, supersticiosa o putativa es la exigencia de una base objetiva que impide que la mala voluntad por sí sola pueda servir de fundamento a la aplicación de una sanción penal (en este sentido también SERRANO PIEDECASAS, 1999, p. 547).

#### 4. EL DOLO EN LA TENTATIVA

La tentativa es un *tipo dependiente*, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado. No hay una tentativa en sí, sino tentativas de delitos consumados de homicidio, hurto, estafa, etc. De ahí que el *dolo* sea el mismo que en el delito consumado (una buena prueba de que el resultado consumativo también debe ser abarcado por el dolo, cfr. *supra* capítulo XVI.2.A).

Del fundamento de la punición de la tentativa y de la redacción del art. 16 se deriva que no cabe la *tentativa por imprudencia*, ya que en estos casos no se manifiesta la voluntad de cometer un delito. Y si el tipo de delito consumado exige otros elementos subjetivos del injusto, además del dolo, también éstos deben darse en la tentativa (por ej., el ánimo de lucro en el hurto).

Más discutible es si cabe también la *tentativa con dolo eventual* respecto al resultado. En la medida en que el tipo del respectivo delito admita la comisión dolosa eventual (cfr. *supra* capítulo XVI.2.B), cabrá también la tentativa con esta forma de imputación subjetiva, aunque lo normal en la tentativa es el dolo directo, por lo menos de segundo grado. El terrorista que pone una bomba, admitiendo la posibilidad de alcanzar mortalmente a alguien, comete un homicidio o asesinato en grado de tentativa si después la bomba no explosiona o, explosionando, no alcanza a nadie o hiere levemente a alguien que paseaba por allí. En los supuestos en los que la conexión causal no sea controlable o no se den respecto al resultado todos los elementos característicos del dolo, habrá que rechazar la calificación de tentativa, debiéndose castigar todo lo más la acción peligrosa si, a su vez, constituye un delito autónomo de lesiones o de peligro (por esta razón no podría castigarse por tentativa de homicidio a quien, sabiéndose portador del SIDA, tiene relaciones sexuales sin adoptar precauciones para evitar el contagio del compañero/a). No existe ni una *tentativa imprudente*, ni una *tentativa de un delito imprudente* (véanse FARRÉ TREPAT, ADP 1986, y TAMARIT SUMALLA, 1992). A veces el legislador ha tipificado expresamente una forma de dolo eventual, cfr. art. 381 y lo dicho *supra* capítulo XVI.2.B.b.

Si el sujeto aún no está decidido a cometer el delito, no existe dolo. Pero si está decidido y sólo espera a que se produzca una condición favorable para llevarlo a cabo, sí existe dolo, aunque, como veremos seguidamente, el ámbito de lo típico comienza en el momento de la ejecución.

## 5. LA DELIMITACIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS

Tal como se deduce de la definición que de la tentativa da el art. 16,1, el ámbito de lo punible comienza cuando el sujeto «da principio a la *ejecución del delito* directamente por hechos exteriores». Todo lo que no llegue a la categoría de ejecución del tipo delictivo en cuestión no podrá ser considerado como tentativa y deberá, por tanto, ser excluido del ámbito de lo punible.

El concepto de ejecución, como el de consumación, es de naturaleza formal y va referido al tipo delictivo concreto de cuya ejecución se trata. De ahí se desprende que para la distinción entre acto ejecutivo (punible) y acto preparatorio (en principio, impune, salvo que se le haya elevado a la categoría de delito autónomo, cfr. art. 400: tenencia de útiles para la falsificación de moneda o de documentos; art. 371: tenencia de precursores para la elaboración de drogas), haya que recurrir, en principio, a una *teoría formal*. Es decir, por imperativo del principio de legalidad, sólo lo que, conforme a los criterios de interpretación normalmente aplicables a la ley penal (gramatical, histórico, sistemático y teleológico), pueda considerarse como «ejecución del delito» y, por lo tanto, del tipo, debe entrar a formar parte del concepto de tentativa.

Sin embargo, la indeterminación de muchos de los términos empleados en la descripción de la acción típica, de cuya ejecución se trata («matar», «apoderarse de una cosa», «acceso carnal»), dificulta enormemente la delimitación entre acto ejecutivo y acto preparatorio del delito. ¿Es acto de ejecución de un asesinato comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro para disparar? ¿Es acto de ejecución del robo con fuerza en las cosas apoyar la escalera en el muro de la casa donde se piensa robar? ¿Es acto ejecutivo de aborto explorar a la embarazada antes de comenzar la operación abortiva? Con casos como éstos, o similares a éstos, se enfrenta la praxis jurídico-penal diariamente y la verdad es que resulta difícil, con ayuda de una teoría puramente formal,

precisar con seguridad dónde termina la fase simplemente preparatoria (impune) y comienza la ejecutiva del delito (punible).

Ante las insuficiencias de una teoría puramente formal han surgido variantes de la misma u otras de naturaleza objetiva (que atienden a la *puesta en peligro*) o subjetivas (que atienden al plan del autor). Actualmente es dominante una *teoría intermedia o mixta* que, partiendo de la descripción legal de la acción típica, atiende, en primer lugar, a la imagen que tiene el autor del curso de los acontecimientos (*plan del autor*) y luego a si, de acuerdo con esta imagen, el comportamiento realizado está tan estrechamente ligado a la acción típica que prácticamente no hay eslabones intermedios esenciales para poner en actividad inmediata su *realización (teoría objetiva-individual)*. El problema de esta teoría sigue siendo el de que subjetiviza un criterio que en la ley es objetivo, ya que, en definitiva, para esta teoría es el propio delincuente quien, conociendo todas las circunstancias del hecho, decide si hay o no ejecución del delito (para una exposición específica de las diferentes teorías, véase FARRÉ TREPAT, Barcelona 1986).

La utilización en el art. 16,1 de la expresión «directamente por hechos exteriores» evidencia que el plan del autor es decisivo en la medida en que se manifieste al exterior y sus actos estén en conexión *directa* con la ejecución del delito. Es decir, una vez más se acepta como punto de referencia y partida el plan del autor, pero en la medida en que se manifiesta en hechos exteriores que directamente se puedan calificar como actos ejecutivos del correspondiente tipo delictivo. Por eso es difícil resolver *a priori* un problema que depende de la configuración de cada tipo delictivo y de las circunstancias que acompañan a su realización. Esta indeterminación de la fase ejecutiva del delito permite una cierta arbitrariedad en la praxis jurisprudencial que, en los delitos graves (asesinato, homicidio, etc.), tiende a ampliar los actos ejecutivos a costa de los actos preparatorios, para evitar la impunidad de hechos merecedores de pena (como acechar a la víctima, esperar a que aparezca para disparar contra ella, etc.). Esa misma indeterminación es también peligrosa fuente de inseguridad jurídica. Por eso, sólo una teoría que respete el sentido literal de la acción típica respeta el *principio de legalidad*. Y así, por ejemplo, aunque, desde el punto de vista del plan del autor decidido a matar, sea ya acto ejecutivo buscar a la víctima para matarla, acecharla, comprar el arma o el veneno, desde el punto de vista del principio de legalidad tales acciones no pueden considerarse por un observador imparcial como «principio a la ejecución» de la acción «matar», que es la acción típica del homicidio o del asesinato, y, por lo tanto, no

constituyen tentativa (punible) de estos delitos, sino actos preparatorios (en principio, impunes) de los mismos. Algunas de las lagunas de punibilidad que surjan podrán colmarse con los preceptos que regulan las formas de participación intentada (cfr. *infra* capítulo siguiente y arts. 17 y 18) o, en la medida en que las acciones en sí mismas constituyan ya un tipo delictivo autónomo (tenencia ilícita de armas, amenazas, allanamiento de morada, etc.), por el correspondiente delito ya realizado.

Así, por ej., si alguien profiere amenazas de muerte contra una persona esgrimiendo una pistola, el hecho ya de por sí es constitutivo de unas amenazas (condicionales o no) y además, probablemente, de un delito de tenencia ilícita de armas; si con la amenaza se pide la entrega de una cosa (el clásico: ¡la bolsa o la vida!), el hecho ya es constitutivo de robo con intimidación más la agravante específica de uso de armas (art. 242,1 y 3) en posible concurso con un delito de tenencia ilícita de armas de fuego (cfr. art. 563), por lo que puede ser castigado con mayor pena que por la tentativa de homicidio o incluso de asesinato. También si alguien es sorprendido en el interior de una casa cabe entender que iba a cometer un delito de robo con fuerza en las cosas, en la medida en que el escalamiento (la entrada indebida en la morada ajena) es un elemento de ese delito (cfr. art. 238,1º), pero igualmente queda el hecho suficientemente castigado como allanamiento de morada consumado (art. 202), que puede incluso tener mayor pena que la tentativa de robo y que además no requiere de la prueba del elemento adicional de la intención de robar. Del mismo modo, un acoso sexual (art. 184) puede servir para castigar una tentativa de agresión sexual intimidatoria (art. 178), cuando no se llega siquiera al contacto sexual. Los ejemplos pueden multiplicarse, pero los ya señalados pueden ser una buena muestra de hasta qué punto la distinción acto preparatorio/ acto ejecutivo no se puede resolver sin referencia al tipo delictivo concreto en el que se plantee el problema y siempre atendiendo a que el hecho, de todas formas, pueda ser castigado sobre la base de otros preceptos que lo tipifiquen expresamente.

## **6. LA DISTINCIÓN TENTATIVA ACABADA E INACABADA**

En el Derecho penal español era tradicional una distinción, que se reflejaba también en la determinación de la pena, entre tentativa y frustración. Esta distinción, que se basaba en una diferencia valorativa objetiva entre una y otra figura, según su proximidad a la consumación del delito, fue relativizada en la reforma de 1944, que permitió que la atenuación de la pena de la tentativa sólo lo fuera, igual que en la frustración, también en un grado y que añadió la figura del delito imposible, que podía objetivamente constituir tanto una tentativa, como una frustración del delito. Por todo ello, y por las dificultades prácticas que encierra la distinción, el actual Código penal la ha suprimido, incluyén-



dose ahora en la definición de tentativa que da el art. 16,1 tanto el caso de que se practiquen *todos*, como sólo *parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*. Sin embargo, la distinción que se propone para sustituirla (tentativa acabada, tentativa inacabada) y las consecuencias prácticas que puede tener el que se considere que la fase ejecutiva del delito ha terminado, tanto en orden a la determinación de la pena (cfr. art. 62), como al desistimiento de alcanzar la consumación (cfr. art. 16,2), obligan a plantearse el problema de la distinción entre ejecución completa e incompleta, tentativa acabada e inacabada.

El problema principal que se plantea en estos casos es si la terminación de la fase ejecutiva se debe precisar conforme a un criterio objetivo o subjetivo. Según lo expuesto anteriormente, el art. 16,1 atiende a un criterio objetivo-formal, tanto para delimitar la diferencia entre acto preparatorio y acto ejecutivo, como para diferenciar la tentativa acabada de la inacabada. Común a ambas modalidades de la tentativa es que el resultado consumativo no se produce. Toda esta fase ejecutiva se determina por la percepción que, de los actos externos realizados, haga un observador imparcial. Si, por ejemplo, el autor cree que ha realizado todos los actos de ejecución (ha colocado la bomba de relojería), pero objetivamente no es así (se le olvida conectar el mecanismo), habrá tentativa inacabada. Por las mismas razones que si el autor cree que ha consumado el delito, pero objetivamente éste queda imperfecto, la consumación objetivamente no se produce.

Ahora bien, en la determinación objetiva hay que tener en cuenta también el *plan del autor* para saber si la fase ejecutiva ha terminado o no; así, por ejemplo, si la explosión de la bomba depende de que un tercero, que incluso nada sabe, encienda el interruptor de la luz al que está conectada, habrá tentativa inacabada en la medida en que la actividad del tercero no se produzca. En cambio, si la producción del resultado ya sólo depende del azar, una vez terminada la actividad ejecutiva, habrá tentativa acabada: el autor dispara, pero no alcanza a la víctima. La conciencia del autor de si puede o no seguir actuando tras el fracaso de su acción inicial puede tener, sin embargo, relevancia a efectos de admitir el desistimiento (cfr. *infra*).

La propia configuración objetiva de la distinción entre tentativa acabada e inacabada impide apreciar la tentativa acabada en algunos delitos, ya que es difícil en ellos admitir que se realicen todos los actos ejecutivos sin que el resultado se produzca. Así sucede, por ejemplo, en las agresiones sexuales y en los delitos de simple actividad.

Fuera del ámbito objetivo, no hay ninguna diferencia entre tentativa acabada e inacabada. El dolo y los demás elementos subjetivos, así como la no consumación, son, pues, iguales en una y otra institución. La relación entre una y otra es de *concurso de leyes*, no cabiendo, pues, apreciar conjuntamente ambas, ya que las fases de ejecución del delito suponen un avance progresivo hacia la consumación en el que la fase anterior queda absorbida en la posterior, salvo que se den interrupciones esenciales en la ejecución (cfr. *infra* capítulo XXVIII.6). Las dificultades de distinción teórica se solucionan en la práctica con las reglas de determinación de la pena, ya que, según el art. 62, «a los autores de tentativa de delito se les impondrá 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».

## 7. LA LLAMADA TENTATIVA INIDÓNEA

Son varias las razones por las que la tentativa no llega a la consumación del delito. Unas son de tipo jurídico, otras, de tipo fáctico. En todos estos casos, la tentativa, objetivamente considerada «*ex post*», siempre es *inidónea* para consumir el delito y, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia dominantes aceptan, en general, que es merecedora de pena, aunque con ciertas limitaciones. Pero cuando el grado de inidoneidad es absoluto y el bien jurídico ni siquiera de lejos puede ser objetivamente afectado por la conducta realizada, parece también lógico que se prescinda de la intervención del Derecho penal.

En primer lugar, por razones político-criminales evidentes se rechaza la punibilidad de la *tentativa irreal* (por ej., intentar matar a alguien con conjuros, atravesando con alfileres un muñeco, etc.).

En segundo lugar, se excluyen también aquellos supuestos en los que no existe un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico protegido (el autor quiere envenenar a la víctima con azúcar, o derribar un avión a pedradas). En ambos casos, aunque con una fundamentación puramente subjetiva no hay diferencias entre estas «tentativas» y las otras, el fundamento objetivo impide una extensión de la punibilidad a casos que más que un peligro para el bien jurídico o un mal ejemplo para la comunidad, mueven a risa o compasión por el sujeto.

De estas limitaciones, que todo el mundo admite, se deduce que también la llamada tentativa inidónea, para ser punible, debe tener las

mismas cualidades que la tentativa idónea: debe darse el dolo, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer ésta objetivamente una puesta en peligro para el bien jurídico protegido. Lógicamente, este último requisito (la peligrosidad de la acción) debe medirse, como dice el art. 16,1, «objetivamente», es decir, con criterios objetivos que valoren el propósito del autor situándose en sus circunstancias y en el contexto en que actuó. Como ya hemos dicho antes, el dolo de consumir el delito sin comenzar la ejecución del delito y sin peligrosidad objetiva para el bien jurídico, no es suficiente base para fundamentar la imposición de una pena. Sin embargo, la verificación de la peligrosidad objetiva no puede prescindir de la representación de las circunstancias que tenga el autor. Disparar contra un cadáver, creyéndolo una persona viva, o con una pistola descargada, creyéndola cargada, no son conductas objetivamente peligrosas para el observador imparcial que conozca la realidad; pero pueden ser consideradas como peligrosas e idóneas para matar para ese mismo observador imparcial que crea, como el autor, que el cadáver es una persona viva o que la pistola está cargada. En cambio, en los casos de la tentativa irreal o absolutamente inidónea, el mismo observador imparcial, es decir, un hombre medio, en ningún caso podría admitir la peligrosidad de la acción. Es aquí, por lo tanto, donde debe buscarse el límite de la punibilidad de la tentativa. Igual que hemos visto en relación con otros problemas de la Teoría del Delito (relación de causalidad, imputación objetiva, margen de error en la apreciación del presupuesto objetivo de las causas de justificación, etc.), la conducta del sujeto, tanto en su vertiente objetiva, como subjetiva, siempre debe ser valorada objetivamente, *ex ante*, con ayuda de criterios como la adecuación social, el riesgo permitido, etc. Si con esta *consideración objetiva ex ante* se admite que el sujeto podía *razonablemente* pretender la consumación del delito, su tentativa será punible, por más que *ex post* (sabiendo ya, por ej., que la pistola estaba descargada), dicha consumación hubiera sido imposible. Una vez admitido esto, es irrelevante, por ejemplo, que la inidoneidad se deba a los medios (pistola descargada) o al objeto (cadáver) (cfr. DE SOLA RECHE, 1996, p. 249, y 2001, pp. 773 ss.).

Algunas veces es ya el propio legislador quien señala cómo deben constatare «objetivamente» los «actos que deberían producir el resultado», a los que de forma genérica se alude en el art. 16. Así, por ejemplo, en la definición de la estafa en el art. 248,1, se exige que el engaño sea «bastante»; o en el art. 282 que la publicidad engañosa se haga «de modo que pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores»; o en el art. 290 que el falseamiento de cuentas sociales se haga «de forma idónea para causar un perjuicio econó-

mico». Todo ello indica que el injusto de la tentativa requiere para su punición un potencial de lesividad, o si se quiere de desvalor de resultado, que impide la punición de los actos que, objetivamente considerados, carecen de ese potencial. Pero de ello se deduce también que al ser ese desvalor de resultado menor que el del delito consumado, también sea menos grave la *pena con la que se castiga la tentativa*, y la reglas que para ello establece el art. 62 (en este sentido ALCÁCER GUIRAO, 2000, pp. 380 ss.; DOVAL PAÍS, 2001. De otra opinión, aunque llegando a los mismo resultados, MIR PUIG, 2001. Cfr. también *infra* capítulo XXXI.2. A).

En todo caso, en la tentativa el equilibrio ideal entre desvalor de acción y desvalor de resultado que representa el contenido del injusto en el delito doloso consumado, se desequilibra a favor del desvalor de acción, del mismo modo que en el delito imprudente sucede lo contrario, es decir, hay más desvalor de resultado que desvalor de acción (sobre la diversa relación entre uno y otro modelo, véase HASSEMER, Fundamentos, pp. 230 ss.).

En realidad, desde el punto de vista aquí mantenido, no hay diferencia entre tentativa idónea e inidónea, pues sólo será punible la que objetivamente, con una consideración *ex ante*, puede llegar a materializarse en un resultado consumativo (en este sentido también MORENO-TORRES HERRERA, 1999, pp. 335 y ss., si bien acepta una identidad entre tentativa acabada y el delito consumado, haciendo de aquélla el delito primario y considerando que la atenuación de pena para la tentativa no debe ser obligatoria, lo que introduce un criterio primordialmente subjetivo, a mi juicio, rechazable). En los casos en los que ciertamente la tentativa acabada puede equivaler a la consumación (agresión sexual, delitos de mera actividad) es que ya hay consumación; pero en los delitos de resultado (homicidio, incendio, daños) la consumación en sí es tan relevante que no se puede entender cómo no castigarla más gravemente, concediendo, al mismo tiempo, al sujeto que pueda evitar su producción la impunidad si lo hace voluntariamente (cfr. *infra*).

Distinta problemática plantea el *delito putativo*, en el que el autor cree estar cometiendo un delito, cuando, realmente, su comportamiento es irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal (cree, por ej., que el adulterio es delito). En estos casos, el principio de legalidad impide cualquier exigencia de responsabilidad penal.

## 8. EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO DE CONSUMAR EL DELITO

El art. 16,2 dice:

«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 o falta».

Es un principio generalmente admitido que en la tentativa, tanto si se han realizado ya todos los actos de ejecución del delito, como si sólo se ha realizado una parte de ellos, el desistir voluntariamente de la consumación del delito produzca, por razones político-criminales y preventivas evidentes («a enemigo que huye, puente de plata»), la impunidad del que desiste. Esta impunidad se configura como una *causa personal de exclusión de la pena* o excusa absolutoria (cfr. *supra* capítulo anterior), siempre que se den los requisitos que expresamente exige el art. 16,2: *voluntariedad* del desistimiento y *evitación de la consumación*.

a) La «voluntariedad» es una determinada actitud psíquica del que desiste, que, desde el punto de vista preventivo, se considera merecedora de impunidad. Para ello es necesario que se den algunos requisitos. En primer lugar, el desistimiento podrá conducir a la impunidad si el intento aún no ha fracasado y depende de la voluntad del que desiste conseguir la consumación; por el contrario, si en un determinado momento el autor ha errado su meta y no puede conseguirla aunque siga actuando, su intento habrá fracasado y no habrá lugar para el desistimiento (*tentativa fracasada propia*). Así, por ejemplo, si el agresor sexual eyacula prematuramente antes de la penetración, o la pistola se encasquilla, o la ganzúa se rompe, las tentativas de violación, homicidio o robo siguen siendo punibles, ya que el resultado consumativo no se produce por causas independientes de la voluntad del agente y no por su propio y voluntario desistimiento.

Pero si el sujeto, tras este primer intento fracasado, puede conseguir todavía su meta, si sigue actuando o se sirve de otro medio, se da la llamada *tentativa fracasada impropia*, y entonces sí se puede plantear el problema del desistimiento. Para ello es necesario que dicho desistimiento sea, además de posible, *definitivo*. La definitividad del *desistimiento* se mide con una consideración concreta, es decir, basta con que el sujeto abandone su propósito originario de cometer la acción típica concreta, independientemente de que en el futuro vuelva a intentarla de nuevo y de que incluso se reserve esta intención para más adelante. Por eso debe considerarse definitivo, por ejemplo, el desistimiento del que renuncia a consumir la agresión sexual porque la mujer promete entregarse voluntariamente en otro lugar, más tarde.

Sin embargo, la definitividad no equivale todavía a la voluntariedad. Ésta depende de la valoración de los motivos que hayan inducido al sujeto a desistir, pues no es lo mismo que se desista por motivos éticos (arrepentimiento, sentimiento de culpa, etc.), que por motivos interesados (miedo a la pena, miedo a la realización del delito o a sus conse-

cuencias, posibilidad de obtener alguna ventaja patrimonial, etc.). Los motivos éticos son, desde el punto de vista preventivo, valiosos y deben conducir siempre a admitir la voluntariedad. Los motivos interesados, en cambio, se deben valorar diferenciadamente, teniendo presente siempre la finalidad preventiva, general y especial, y no una consideración moral o política extraña al Derecho penal. Así, por ejemplo, el miedo abstracto a la pena (el sujeto desiste porque teme la pena que puede imponérsele), debe considerarse, desde el punto de vista preventivo, como un motivo que merece la impunidad y, por lo tanto, el desistimiento como voluntario. El miedo concreto a la pena (el sujeto desiste porque ha sido descubierto, porque va a ser detenido a la salida del lugar del robo, etc.) debe, por el contrario, ser valorado, desde el punto de vista preventivo, negativamente. El desistimiento por esta causa debe considerarse, por lo tanto, involuntario y no excluyente de la pena. El miedo ante los peligros que encierra la realización del delito (saltar un despeñadero para llegar al lugar del delito, vencer la resistencia de la víctima) y el miedo a causar un mal de más gravedad que el deseado merecen, generalmente, la impunidad, ya que reflejan una actitud poco decidida a cometer el delito. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1969 apreció la voluntariedad en el desistimiento de realizar el aborto por el temor de que, por estar avanzado el embarazo, pudiera producirse la muerte o graves problemas a la salud de la mujer (para más detalles, MUÑOZ CONDE, 1972).

b) El segundo presupuesto de la impunidad por desistimiento voluntario es la *evitación de la consumación del delito*. Para ello, la conducta del sujeto puede manifestarse de un doble modo: bien desistiendo de la ejecución ya iniciada cuando eso es suficiente para evitar la consumación (supuestos de tentativa inacabada); bien impidiendo la producción del resultado consumativo, cuando el grado de ejecución alcanzado requiera un desistimiento activo y no un mero dejar de actuar (supuestos de tentativa acabada). Si el delito, a pesar del desistimiento, se consuma (la bomba explota, el herido fallece, etc.), en principio no hay lugar para la impunidad. Lo cual no quiere decir que haya que castigar necesariamente por delito consumado doloso. Los casos de *desistimiento voluntario malogrado*, porque el azar hizo que, a pesar de los esfuerzos del que desistió para evitarlo, el resultado consumativo se produjera, deben ser tratados como supuestos de concurso real entre la tentativa del delito doloso con la atenuante de arrepentimiento u otra análoga y el resultado consumado por imprudencia, si se dan los requisitos de esta forma de imputación. Si el resultado, a pesar del desistimiento volunta-

rio, se produce de un modo *fortuito*, es decir, sin dolo ni imprudencia, será aplicable el art. 5 y el sujeto no responderá de él ni tampoco de la tentativa de la que ha desistido voluntariamente (cfr. MUÑOZ CONDE, 1972, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1994 y ÁLVAREZ VIZCAYA, 1996, que propugnan otras soluciones, aunque aceptan el planteamiento básico aquí defendido).

c) La eficacia excluyente de pena del desistimiento voluntario de consumir el delito alcanza sólo al que desiste, por ser una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria. En los casos de intervención de varias personas en el hecho, la impunidad sólo alcanza a los que efectiva y voluntariamente desisten, es decir, a los que impidan o intenten impedir «seria, firme y decididamente la consumación», aunque ésta se produzca. Lo que es una confirmación de lo que antes decíamos respecto al desistimiento malogrado, en la medida en que en estas condiciones, si el resultado consumativo, a pesar de todo, se produce, el partícipe que desistió queda impune, tanto por el resultado consumativo, como por la tentativa. Así lo dice expresamente el art. 16,3:

«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, 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 o falta».

d) Tanto en este caso del apartado 3 del art. 16, como en el caso del desistimiento de la consumación del delito intentado de forma individual, si la tentativa constituye ya un delito consumado (*tentativa cualificada*), la impunidad por desistimiento no alcanza a éste. Así, por ejemplo, el desistimiento de un homicidio o asesinato intentado no exime de pena por las lesiones consumadas, ni el de la agresión sexual cualificada por el acceso carnal (art. 179) del atentado contra la libertad sexual que ya se haya realizado (art. 178).

## 9. CASOS ESPECIALES DE TENTATIVA

Como ya se ha dicho, la especial estructura de algunos delitos excluye la posibilidad de apreciar la tentativa acabada, ya que la realización de todos los actos ejecutivos necesariamente lleva aparejada la consumación (así, por ej., la asociación ilícita, art. 515). Sin embargo, la tentativa inacabada cabe en todos los delitos dolosos, salvo que de la propia finalidad político-criminal del delito en cuestión se deduzca lo

contrario. Normalmente en los delitos de consumación anticipada (en cierto modo, ya tentativas desde el punto de vista de la consumación material), en los delitos de mera actividad o simple omisión, en los que teóricamente no hay inconveniente en admitir la tentativa inacabada, en la práctica no se castiga. En los delitos de comisión por omisión la tentativa comenzará cuando el sujeto omita las obligaciones inherentes a su posición de garante con el fin de producir el resultado (por ej., desde el momento en que se deja de alimentar al recién nacido). En los supuestos de *actio libera in causa* (cfr. capítulo XXIII.6), cuando el sujeto, que se ha puesto en situación de inimputabilidad, comienza a ejecutar el delito (no cuando se embriaga, sino cuando ya embriagado dispara contra alguien; véase FARRÉ TREPAT, 1988/1989).

Un ejemplo anómalo de la equiparación en el tipo delictivo de conductas de tentativa y consumación e incluso de consumación y acto preparatorio se contiene en el art. 368 en relación con el delito de tráfico de drogas, en el que todo acto que facilite o favorezca el consumo ilegal de drogas es constitutivo del delito consumado previsto en dicho artículo, independientemente de que se trate de un acto de cultivo, de transporte, de posesión o de compraventa. También en algún delito, como en el previsto en el art. 445, se equiparan tentativa y consumación: «Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper...». El procedimiento en sí es anómalo y tiene más que ver con problemas político-criminales que con razones estrictamente dogmáticas.

**Bibliografía:** ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea, Fundamento de punición y configuración del injusto, Granada 2000; EL MISMO, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, RDPC 2001; ÁLVAREZ VIZCAYA, El desistimiento idóneo fracasado, ADP 1996; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios del delito, Granada 2004; BASTERO ARCHANCO, Tentativa de delito y delito frustrado: su unificación, Zaragoza 1952; BELESTA SEGURA, La tentativa inidónea en el Código penal de 1995, RDPP 2004; BLECUA FRAGA, El retroceso del sujeto en la conducta criminal emprendida, CPC 1983; BLOY, Contenido de ilícito y la punibilidad de la tentativa burdamente insensata, ADP 2005; BORJA JIMÉNEZ, La terminación del delito, ADP 1995; BUSTOS RAMÍREZ, Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983 (también en Control social y sistema penal, Barcelona 1987); CABALLERO BRUN, Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español, RP 2009; CANCIO MELIÁ, Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa, Revista Canaria de Ciencias Jurídicas 2000; CEREZO MIR, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, Valladolid 1964; EL MISMO, La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español, RDPC 1998; CUELLO CONTRERAS, El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa, en Homenaje a Torío, Granada 1999; EL MISMO, Sobre el tipo de tentativa, en Homenaje a Rodríguez Mourullo,



Madrid 2005; EL MISMO, Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa, ADP 2007; DE SOLA RECHE, La llamada «tentativa inidónea» de delito, Granada 1996; EL MISMO, Sobre el concepto de tentativa inidónea, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; DEL ROSAL, La tentativa, Defensas penales, 1954; DEL ROSAL BLASCO, La regulación de los actos preparatorios en el Código penal de 1995, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; DOVAL PAIS, La penalidad de las tentativas de delito, Valencia 2001; FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito, Barcelona 1986; EL MISMO, Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución, ADP 1986; EL MISMO, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la activo libera in causa, EPC 1988/1989; EL MISMO, Consideraciones dogmáticas y *de lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; FERRER SAMA, La tentativa como especial tipo penal, Estudios jurídicos III, 1941; FRISCH, La atenuación del marco penal en la tentativa, ADP 1994; GARCÍA PÉREZ, La punibilidad en Derecho penal, Pamplona 1997; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita, RFDUC 1974; GILI PASCUAL, Desistimiento y concurso de personas en el delito, Valencia 2009; EL MISMO, La eficacia en el desistimiento del partícipe, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; GÓMEZ MARTÍN, Delito especial con autor inidóneo: ¿tentativa punible o delito putativo?, Madrid 2006; GÓMEZ RIVERO, La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación. (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1991), AP 1995; GONZÁLEZ MATEOS, La penalidad de la tentativa, PJ 2001; EL MISMO, Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa, AP 2001; GRACIA MARTÍN, El «iter criminis» en el Código penal español de 1995, en El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, CDJ 1996; EL MISMO, Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996), RDPC 1999; JÄGER, El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa, ADP 2003; LÓPEZ BARRA DE QUIROGA, La tentativa inidónea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, PJ 2000; MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento en Derecho penal, Madrid 1994; MIR PUIG, C., Sobre la naturaleza jurídica de la tentativa y del delito frustrado. Concepto objetivo del delito frustrado, PJ 1993; EL MISMO, Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal, RJCat. 2001; MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito y delito irreal, Valencia 1999; MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumir el delito, Barcelona 1972; NÚÑEZ BARBERO, El delito imposible, Salamanca 1963; NÚÑEZ PAZ, El delito intentado, Madrid 2003; EL MISMO, En torno a la impunidad, la naturaleza y los elementos del desistimiento, RGDP 2009; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal, RP 2009; EL MISMO, Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; ORTS BERENGUER, Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito, CPC 1982; PEREDA, Un caso de punición del delito imposible y de la tentativa inidónea, RGLJ 1942; PÉREZ FERRER, Desistimiento voluntario de la tentativa en el código penal español, Madrid 2008; POZUELO PÉREZ, El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, Valencia 2003; PUIG PEÑA, Frustración, NEJ X, 1960; QUINTANO RIPOLLÉS, Delito imposible, NEJ VI, 1954; REQUEJO CONDE, El intento serio de impedir la

consumación del delito (análisis del art. 16,3 del Código penal), CPC 2004; REY SANFIZ, La tentativa jurídico-penal: acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo, Madrid 2001; RODRÍGUEZ MOURULLO, La punición de los actos preparatorios, ADP 1968; EL MISMO, Delito imposible y tentativa del delito en el CP español, ADP 1971; EL MISMO, Las fases de ejecución del delito, RJCat. 1980; ROXIN, El comienzo de la tentativa en la intervención de un intermediario lesivo contra sí mismo. (Comentario a la Sentencia del BGH de 12 de agosto de 1997), AP 1999; RUIZ ANTÓN, El fundamento de la pena en la tentativa inidónea, RFDUM 1979; SAINZ DE ROBLES, Sobre la tentativa del sujeto inidóneo, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; SÁNCHEZ DOMINGO/ PÉREZ PARENTE, Acerca de la punición de la tentativa inidónea, La Ley 1998; SÁNCHEZ LÁZARO, Breves notas sobre autoría, tentativa e imprudencia, EPC 2006; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, El desistimiento fallido en el delito comisivo (alcance del requisito de evitar la consumación), CPC 2005; EL MISMO, ¿Tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo?, RDPC 2005; EL MISMO, Error sobre el objeto, tentativa y desistimiento, CPC 2006; SERRANO PIEDECASAS, Fundamento de la punición en la tentativa, en Homenaje a Torío, Granada 1999; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona 1997; SUÁREZ MONTES, El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del TS, ADP 1966; TAMARIT SUMALLA, La tentativa con dolo eventual, ADP 1992.



# CAPÍTULO XXVII

## Autoría y participación

1. Autoría
  - A) Diferencias entre autoría y participación
  - B) Clases de autoría
2. Participación
  - A) Formas de participación
  - B) Problemas especiales de participación: la participación en los delitos especiales
  - C) Formas de participación intentada
3. Problemas de determinación de la autoría en el ámbito de la delincuencia organizada y económica empresarial
  - A) La imputación de la autoría en el marco de la criminalidad organizada de carácter estatal o paraestatal
  - B) La imputación de la autoría en el marco de las organizaciones criminales de carácter no estatal: el terrorismo contra el Estado, mafias y otras formas de criminalidad organizada
  - C) La imputación de la autoría en el marco de organizaciones de carácter empresarial
4. La autoría en los casos de actuación en nombre de otro
5. La autoría en los delitos cometidos por procedimientos que faciliten la publicidad

De entre todas las personas que pueden intervenir en la realización de un delito, el art. 27 del Código penal declara responsables de los delitos y faltas a:

- 1º) Los autores.
- 2º) Los cómplices.

Los demás artículos del Título II del Libro I se dedican a explicitar quiénes constituyen las distintas categorías de responsables de los delitos y, dentro de cada una de estas categorías, sus diversas peculiaridades. Luego, entre las reglas para la aplicación de las penas (arts. 61 y ss.), se determina la pena que corresponde a cada una de estas categorías: la pena establecida en los distintos tipos de la Parte Especial es la que corresponde a los autores de la infracción consumada. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado. 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.

Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables y las importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena, el Código penal considera autores y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tal. No toda conducta de participación en el delito puede considerarse como autoría del mismo, aunque sí pueda castigarse con la misma pena en los casos en que la participación tenga la misma gravedad, aunque distinta entidad conceptual que la autoría. La complicidad no sólo es una forma de intervención en el delito menos grave que la autoría, sino también conceptualmente distinta. La inducción y la cooperación necesaria también son conceptualmente distintas de la autoría aunque puedan tener la misma gravedad. Todas ellas son formas de participación que deben diferenciarse de la verdadera y auténtica autoría. Veamos cómo.

## 1. AUTORÍA

El Código penal ofrece en su art. 28 un concepto de autor en los siguientes términos:

«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».

Dentro del *concepto amplio de autor* que ofrece este precepto es importante distinguir las verdaderas formas de autoría de las que sólo son conductas de participación asimiladas a ella. En otras palabras, a pesar de que el art. 28 parece dar un concepto unitario de autor, que abarca todas las formas de intervención en el delito que en él se citan, desde el punto de vista dogmático, para comprender incluso las propias relaciones entre las diversas formas de intervención personal en un delito, debe distinguirse entre los que *son* autores propiamente dichos (los que se mencionan en el párrafo primero) y los que también se *consideran* autores en el párrafo segundo, pero en realidad no lo son propiamente.

Entre las auténticas formas de autoría, además de la más simple, la del autor ejecutivo individual (quien obra por sí mismo), el art. 28 menciona la coautoría (realizar el hecho conjuntamente con otros) y la autoría mediata (realizar el hecho por medio de otro, del que se sirve como instrumento; cfr. *infra* B).

Junto a estas formas de auténtica autoría, el párrafo segundo de este artículo recoge otras formas de intervención en el delito conceptualmente distintas de la autoría y que sólo en virtud de tal previsión se asimilan en penalidad a aquélla: la inducción y, como veremos más adelante, determinadas formas de cooperación necesaria.

En cualquier caso, más allá de la enunciación legal de cuáles sean las genuinas formas de autoría y las que sólo a efectos de pena se equiparan a éstas, lo importante es determinar las características que definen su concepto y por qué hay que diferenciarlo de otras formas de intervención punible en la realización de un delito.

### A) DIFERENCIAS ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Desde el punto de vista dogmático, la distinción entre autoría y participación es fundamental y necesaria. La participación en sí misma no es nada, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido. Es decir, aunque, por ejemplo, el inductor y el inducido puedan merecer la misma pena, es evidente que la responsabilidad de aquél viene condicionada por los actos realizados por éste y que no hay inducción en sí, sino la inducción al delito realizado por otro, que es el que sirve de base para determinar la responsabilidad del inductor. En una palabra, la participación es *acesoria*; la autoría, *principal*. Y ello independientemente de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto.

La diferenciación entre la autoría y las formas de *participación acesoria* responde a los llamados *sistemas diferenciadores*, frente a los *sistemas unitarios* que, renunciando al principio de acesoriedad, afirman la responsabilidad autónoma, como autores, de todos los intervinientes en el hecho punible. Aunque los sistemas unitarios podrían simplificar el tratamiento de la codelincuencia, es preferible, sin embargo, acoger un sistema diferenciador porque se adapta mejor a la regulación vigente y a los principios de legalidad e intervención mínima y porque conduce a consecuencias más justas (para más detalles, véanse las obras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1986, 1991, 1996 y LÓPEZ PEREGRÍN, 1997).

La distinción entre una y otra forma de intervención en el delito tiene que buscarse con un *criterio objetivo-material*. Este criterio obje-

tivo-material es el del *dominio del hecho*. Según este criterio, es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización. Este concepto, con ser ambiguo, es el más apto para delimitar quién es autor y quién es partícipe, porque, por más que sea a veces difícil precisar en cada caso quién domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor. Con ayuda de este criterio podemos comprender mejor dos formas específicas de autoría: la autoría mediata y la coautoría (cfr. *infra*).

En algunas formas de delito (imprudentes, comisión por omisión, especiales) el dominio del hecho tiene, sin embargo, que ser completado por otros criterios específicos, como la infracción del deber extrapenal, la posición de garante, etc. En estos supuestos, autor (en sentido estricto) es quien, además de dominar el hecho materialmente, tiene un deber específico de impedir el resultado típico. Por tanto, la infracción del deber (de diligencia, de la posición de garante) no es por sí suficiente para fundamentar la autoría: así, en los delitos imprudentes se requiere el dominio del hecho como dominio objetivo de la acción imprudente que, de acuerdo con los criterios de la causalidad y la imputación objetiva ya vistos, determina la producción del resultado; no basta, pues, el simple favorecimiento o inducción a esa acción imprudente para fundamentar la autoría por el resultado (servir, por ejemplo, unas copas o animar al conductor a que corra más, salvo que se trate de participación dolosa en un delito de peligro, cfr. art. 379.2, es impune, ya que en el delito imprudente sólo cabe la autoría; para más detalles sobre esta posición, véanse los trabajos de LUZÓN PEÑA, 1978, 1984, 1986, 1989).

En definitiva, salvo en los casos en que tiene que ser completado con otros criterios, el dominio del hecho viene a precisar con mayor nitidez el concepto de autoría, llevándola más allá de la simple ejecución del hecho a otras formas de realización del mismo, bien juntamente con otros, bien por medio de otro sirviéndose de él como instrumento.

## B) CLASES DE AUTORÍA

### a) Autoría directa individual

Autor directo es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho típico. Esta forma de autoría, también llamada inmediata y expresamente enunciada en el inciso primero del párrafo primero («quienes realizan el hecho por sí solos»), es la que sirve como punto de referencia a la descripción que

del sujeto activo se hace en cada tipo delictivo de la Parte Especial («El que matare a otro», «El que tomare las cosas muebles ajenas»).

### *b) Autoría mediata*

A la autoría inmediata o directa se equipara la mediata, es decir, aquélla en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza. Es evidente que cuando alguien se sirve, como instrumento de realización del delito, de otra persona que, generalmente sin saberlo, lo ejecuta, hay que buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su instrumento. Este criterio no puede ser otro que el del dominio del hecho antes aludido, pues está claro que el autor mediato es quien domina la realización del delito.

Ejemplo: el hipnotizador que obliga al hipnotizado a cometer un delito, o el que fuerza a otro con violencia o con engaño a suscribir un documento falso, realizan directamente el delito y dominan su acción.

En la autoría mediata, el dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato, lo que supone normalmente la ausencia de acción en el *instrumento humano* del que se sirve. En estos casos no se puede hablar de participación, porque la persona, instrumento de la que se sirve el autor mediato, ni siquiera actúa típicamente.

Ello ocurre, por ejemplo, en el caso en que un sujeto (autor mediato) empuja a otro (instrumento) para que caiga sobre un tercero y lo lesione.

Pero no sólo en el caso de ausencia de acción relevante en el instrumento puede hablarse de autoría mediata. También cabe autoría mediata en los casos en los que el instrumento no actúa típicamente porque falta en él una especial cualificación o un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo.

Así, por ejemplo, es autor mediato de hurto el granjero que ordena a su empleado que meta en la partida de ganado algunas cabezas del ganado del vecino, sin saber el empleado que es ganado ajeno.

También cuando el instrumento actúa justificadamente puede darse autoría mediata.

Así, por ejemplo, quien azuza a un perro o induce a un enfermo mental a atacar a otra persona, responde de daños o de homicidio en autoría mediata si la persona atacada mata al perro o al enfermo mental (obsérvese que el instrumento es quien se defiende, no el perro o el enfermo mental).



Del mismo modo hay autoría mediata cuando alguien aprovecha o provoca el error de tipo o de prohibición del instrumento.

Así, por ejemplo, el cazador que grita a otro que dispare a la pieza, sabiendo que es una persona; o quien provoca en un timorato un estado de legítima defensa putativa, que le hace disparar contra una persona.

A todos estos supuestos se refiere el inciso tercero del párrafo primero del art. 28 cuando incluye entre los auténticos autores a quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento. En cualquier caso, los límites de dicha instrumentalización, y, por tanto, de la autoría mediata, habrá que marcarlos allí donde no pueda afirmarse que el autor material haya perdido el dominio del hecho.

Por eso no siempre habrá autoría mediata cuando un sujeto se vale de un inimputable para cometer un delito, pues en algunos casos el que hace esto no tiene el dominio del hecho.

Así, por ejemplo, quien induce a un depresivo a suicidarse deja, en última instancia, a la decisión de éste que se consume o no el suicidio.

Generalmente en estos casos hay inducción, que es una forma de participación, pero no de autoría, lo que tiene importantes consecuencias prácticas (cfr. *infra* y art. 143,1, que castiga la inducción al suicidio, siempre que efectivamente se trate del suicidio de alguien que libre y autónomamente decide suicidarse, pero que no abarca los casos en los que el inductor es realmente autor mediato de un asesinato porque domine la voluntad del que aparentemente se suicida; sobre casos límites véanse MUÑOZ CONDE, 1987, pp. 331 y ss., HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, p. 255; BOLEA BARDÓN, 2000, pp. 311 ss.).

### c) *Coautoría*

Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene de algún modo en la realización del delito, lo que, por definición, no sucede con la conspiración (cfr. art. 17 e *infra*: formas de participación intentada).

Dentro de la coautoría puede diferenciarse entre coautoría ejecutiva y coautoría no ejecutiva. En la coautoría ejecutiva cabe distinguir, a su vez, la coautoría ejecutiva directa, en la que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos, y la coautoría ejecutiva parcial, en la que se produce un reparto de las tareas ejecutivas.

Así, por ejemplo, en la violación tan autor es el que realiza directamente el acceso carnal, como el que encañona o inmoviliza al sujeto pasivo durante el acceso. Igual que en el robo con intimidación tan autor es el que toma el dinero, como el que mientras tanto está apuntando con su arma a la víctima. Porque en ambos casos, al tipo del delito en cuestión (violación, robo) pertenece no sólo la realización de la acción principal (acceso carnal, tomar el dinero), sino también el empleo de violencia o intimidación (cfr. arts. 178, 179, 237 y 242,1).

Además de las formas de coautoría ejecutiva es posible apreciar también la coautoría en los casos en que se produce *un reparto de papales* entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución. Por eso se hace necesario recurrir a un criterio material que supere una visión estrictamente formal de la coautoría. Y este criterio material es también aquí el del *dominio (funcional) del hecho*.

Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. Esto no debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que basta un *acuerdo previo* en la realización del delito para que todos los que contraigan ese acuerdo sean ya por eso coautores del delito. El simple acuerdo de voluntades no basta. Es necesario, además, que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente con actos ejecutivos), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón importante de todo el acontecer delictivo. La necesidad debe medirse con una consideración concreta atendiendo a las circunstancias del caso.

Así, por ejemplo, una misma contribución, la del vigilante o la del que espera en el coche al autor directo de un atentado terrorista, sólo puede considerarse coautoría si, aparte del acuerdo, constituye una ayuda esencial en la concreta realización del delito y, conforme al dominio funcional del hecho, cada uno cumple con el papel previamente acordado.

Con ayuda de este criterio también pueden considerarse coautores al jefe y a los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas o que son parte integrante fundamental en la realización del delito, aunque no estén presentes en su ejecución.

En contra de esta opinión GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, pp. 372 ss., quien, como la mayoría de la doctrina española, siguiendo el criterio de ROXIN, Madrid 1998, p. 328, exige que el coautor intervenga en la fase de ejecución del delito. De acuerdo con esta solución individual, que también defiende ALCÁCER GUIRAO, Madrid 2001, pp. 250 ss., «sólo podrán ser considerados coautores de una tentativa aquéllos que hayan dado inicio inmediato de su ejecución en fase ejecutiva». Sobre la necesidad de superar esta concepción objetivo-formal en el ámbito de la criminalidad organizada, cfr. *infra*.

A esta forma de coautoría se estaría refiriendo ya el art. 28 en su inciso 2º al tomar como punto de referencia de la actuación conjunta no ya la acción de ejecutar, sino la de «realizar» el hecho. La ubicación de los casos de dominio funcional entre los genuinos supuestos de autoría resultaría así plenamente justificada en cuanto que, según venimos diciendo, también el coautor no ejecutivo ostenta un dominio del hecho.

Ello plantea dificultades de distinción con la figura de la *cooperación necesaria* que, como un supuesto distinto al de la coautoría, se menciona expresamente en el apartado b) del art. 28. Desde luego, desde un punto de vista estricto del concepto de dominio del hecho, el que coopera a la ejecución de un acto «sin el cual no se habría efectuado», se podría considerar también autor en sentido objetivo material. Pero, como hemos visto, el concepto de dominio funcional del hecho exige algo más. Por lo pronto, un *acuerdo común* sobre la realización delictiva que, desde luego, no se da cuando alguien participa coyuntural o accidentalmente con un acto necesario (vender, por ej., una pistola a alguien que solo o con otros la va a utilizar en la realización de un delito; entregar, a cambio de dinero, planos de un edificio donde los que pagan quieren cometer un atraco). Luego, un efectivo control o dominio funcional que relaciona entre sí a los distintos coautores y no a otros cooperadores (necesarios o no) que no pertenecen al grupo ni tienen relación directa con los coautores. En todo caso, para la distinción es irrelevante en qué fase intervenga el cooperador necesario. Una persona que en un momento determinado alcanza una pistola a un atracador puede ser cooperador necesario, pero no necesariamente coautor, mientras que el jefe de la banda o el miembro de la misma que espera con el motor en marcha para, conforme al plan previsto, asegurar la huida, pueden ser coautores. En realidad, la figura del cooperador necesario, como una forma de intervención en el delito distinta a la coautoría, ha sido mantenida por el legislador de 1995, aparte de por razones históricas propias de nuestra codificación, como un «tipo de recogida», que permita castigar con la pena del (co)autor lo que no siempre se puede considerar dogmáticamente como tal. Sería un escándalo que las dudas y vacilaciones que surgen a la hora de diferenciar autor y cómplice, obligaran a castigar sólo con la pena atenuada de éste lo que, a todas luces, como en el caso del inductor, merece ser castigado con la pena del autor, aunque no sea autor (cfr. MUÑOZ CONDE, 1998, pp. 158 y ss.).

Cada coautor responde del hecho, siempre que éste permanezca en el ámbito de la decisión común acordada previamente. Cualquier tipo

de exceso de uno de los coautores repercutirá en la forma de imputación subjetiva del resultado que se haya cometido por exceso; así, unos pueden responder a título de dolo y otros a título de imprudencia o no responder en absoluto del exceso. Puesto que en la coautoría todos son autores del hecho, puede suceder que cada uno responda de un título delictivo diferente. Así ocurre también, por ejemplo, en los delitos *especiales impropios*, en los que el coautor cualificado (funcionario público) responde por el delito especial (malversación) y el coautor no cualificado (particular), por el delito común (hurto). Otra cosa sucede cuando no hay coautores sino que sólo hay un autor y los demás intervinientes son sólo partícipes (cfr. *infra* participación en los delitos especiales).

Distinta de la coautoría es la *autoría accesoria*, en la que varias personas, independientemente unas de otras, producen el resultado típico, generalmente de un delito imprudente. Un parentesco más estrecho con la coautoría tiene la llamada *participación necesaria impropia*, que se da en aquellos delitos que sólo pueden cometerse con la participación de varias personas. Así, por ejemplo, sucede con los delitos de convergencia o encuentro, como la rebelión (art. 472) y la sedición (art. 544). Sin embargo, el nombre de participación necesaria se utiliza más propiamente para aquellos casos en los que uno de los involucrados en la realización del delito no es sancionado porque precisamente el delito está creado para protegerlo. Así sucede con el sujeto pasivo (la víctima) en los abusos sexuales con menores o en la estafa (cfr. CARRASCO ANDRINO, 2002). Los casos de *autoría alternativa* (A se aposta al otro lado de la calle para disparar contra C, en caso de que B falle) pueden considerarse como coautoría si se dan los presupuestos de la misma.

## 2. PARTICIPACIÓN

Es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. De esta definición se desprende que la participación es un concepto de referencia, ya que supone la existencia de un hecho ajeno (el del autor o coautores), a cuya realización el partícipe contribuye. De aquí se deduce también que la participación no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor, y que sólo en base a éste puede enjuiciarse la conducta del partícipe. Es decir, el delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos (*unidad del título de imputación*), pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (*accesoriedad de la participación*). Si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por alguien como autor, no puede hablarse de participación

(*accesoriedad limitada*), ya que no hay por qué castigar a alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor.

Algún sector doctrinal considera, sin embargo, que la accesoriedad de la participación no requiere necesariamente la unidad del título de imputación también para el partícipe (así, por ej., PEÑARANDA RAMOS, 1991). La cuestión tiene trascendencia para resolver el problema de la participación en los delitos especiales impropios (cfr. *infra*).

También cuando un sujeto se sirva del comportamiento atípico o lícito de alguien para cometer un delito se le podrá castigar, pero no como partícipe, sino como *autor mediato*, ya que en estos casos es él quien domina la realización del hecho y el que actúa atípica o lícitamente es un mero instrumento en sus manos (así, por ejemplo, es autor mediato el que denuncia falsamente a alguien como autor de un homicidio, lo que hace que éste sea detenido por la policía, que cree en la veracidad de la denuncia; cfr. *supra* autoría mediata).

No es preciso, sin embargo, que el autor sea culpable, ya que la culpabilidad es una cuestión personal que puede ser distinta para cada interviniente en el delito, e incluso faltar en alguno de ellos (así, el autor puede ser menor de catorce años o una persona con trastorno mental sin que ello afecte para nada a la responsabilidad del partícipe, que, por ejemplo, le ha inducido a cometer el delito).

*La participación por imprudencia.* La participación sólo es punible en su forma dolosa, es decir, el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor. Esto no quiere decir que una participación imprudente en un hecho delictivo, doloso o imprudente, ajeno no pueda ser a su vez constitutiva de autoría de un delito imprudente. Como decíamos antes, en los delitos imprudentes la autoría se fundamenta tanto por la infracción del deber de cuidado, como por el dominio objetivo de la acción imprudente que se realiza. Si se dan ambos requisitos habrá autoría, pero no si falta uno de ellos. El simple favorecimiento o inducción para que otro realice la acción imprudente (animar a conducir a velocidad excesiva) no fundamenta la autoría del resultado que se produzca. No hay, pues, un *concepto unitario de autor en los delitos imprudentes*, pues en ellos la mera participación, salvo que se eleve a la categoría de delito autónomo, no es punible. Sin embargo, si hay más que simple favorecimiento y el sujeto asume deberes de diligencia y la dirección de la acción (por ejemplo, el guardacoches da instrucciones al conductor para aparcar), responderá del resultado que se produzca *por su propia imprudencia* como autor del mismo, independientemente de la responsabilidad que incumbe a la otra persona. Así ocurre, por ejemplo, en las intervenciones quirúrgicas en equipo o en las actividades peligrosas en cuya realización intervienen varias personas de común acuerdo, en las que cada una debe cumplir un determinado rol o función y, dentro de ellas, actuar con la debida diligencia (en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, 1990; LÓPEZ PEREGRÍN, 1997,

pp. 405 y ss. En contra, aparentemente, FEIJOO SÁNCHEZ, 2000, que califica de participación imprudente conductas que, a mi juicio, serían de autoría en un delito imprudente o de participación con dolo eventual). A favor de la participación imprudente ROSO CAÑADILLAS, 2002; SÁNCHEZ LÁZARO, 2004, 2006.

*La cooperación en el delito con acciones neutrales.* Una problemática singular plantean los casos en los que se coopera en la realización de un delito con acciones neutrales, corrientes en la vida cotidiana o con intervenciones en un intercambio de bienes o servicios, que simultáneamente pueden incrementar las posibilidades de comisión de un delito. Vender una navaja al maltratador que apuñala con ella a su mujer o un producto tóxico a quien luego lo emplea para envenenar a otro, transportar al lugar del robo a quien ya allí lo comete, arrendar un piso a un grupo terrorista que planea un atentado, etc., son conductas que objetivamente favorecen la realización de un hecho delictivo. Por tanto, si se realizan de forma dolosa, es decir, sabiendo el uso delictivo que va a hacer de esa ayuda la persona favorecida y, al menos, asumiendo dicho uso, pueden constituir complicidad o cooperación necesaria, punibles, por tanto, como formas de participación en el delito. Algunas de ellas constituyen ya un delito en sí mismas tipificado autónomamente, como la tenencia de productos que van a utilizarse en el cultivo o producción de drogas (art. 371); fabricación de instrumentos para falsificar moneda o documentos (art. 400); o simplemente como omisión del deber de impedir un delito (art. 450) o encubrimiento (art. 451). Otras veces la propia configuración del tipo legal permite incluir en él ya como formas de autoría directa, lo cual ciertamente puede ser excesivo, acciones en sí inocuas, como la del empleado de un Banco que transfiera dinero procedente de un delito grave a un paraíso fiscal (art. 301) o indicar una dirección (donde se vende la droga) o vender un barco para transportar droga (art. 368). Pero en todos estos casos la punibilidad de estas conductas requiere demostrar el dolo del cooperador, es decir, el conocimiento de que se presta ayuda al autor principal de un hecho delictivo. De acuerdo, pues, con la tesis aquí mantenida de la no punibilidad de la participación por imprudencia, estas conductas realizadas de forma imprudente, salvo que en sí mismas constituyan autoría en un delito imprudente (cfr. art. 301,3), no son punibles. Sin embargo, un sector de la doctrina, aceptando esta conclusión principal, intenta fundamentar esta impunidad ya en el ámbito objetivo con criterios como el de la prohibición de regreso (cfr. *supra* capítulo XIII.3), la adecuación social (cfr. *supra* capítulo XV.3), o el principio de confianza (cfr. *supra* capítulo XVII.2.a). (Sobre estas opiniones, véase BLANCO CORDERO, Granada 2001, pp. 151 ss., quien se inclina por negar la relevancia de estas acciones siempre que se realicen dentro del ámbito del riesgo permitido. En la misma línea, LANDA GOROSTIZA, 2002, p. 217, aunque combinando los criterios objetivos con uno subjetivo). Ciertamente, hay casos difíciles de resolver, porque se encuentran en los límites entre el dolo (eventual) y la imprudencia; pero ello no excluye, sino que confirma que la ausencia de dolo en el partícipe determina su exclusión del ámbito de la responsabilidad penal (cfr. también los trabajos de RUEDA MARTÍN, 2002 y AMBOS, 2001, que llegan a conclusiones parecidas a las que aquí se mantienen).

*El error del partícipe.* Si existe un error del partícipe, éste debe ser tratado conforme a las reglas generales; pero, como no cabe la partici-

pación imprudente, cualquier tipo de error (vencible o invencible) sobre un elemento esencial del tipo delictivo cometido por el autor excluirá la responsabilidad del partícipe por su participación en el delito, aunque puede quedar subsistente su responsabilidad por autoría en un delito imprudente o como partícipe en otro delito distinto. Así, quien entrega un arma de fuego a un menor de catorce años para que juegue o asuste a otras personas no responderá como partícipe de homicidio si el niño mata a alguien, pero sí puede hacérsele responder como autor de un homicidio por imprudencia, en la medida en que su actuación supone una infracción del deber de cuidado y puede ser conectada causalmente con el resultado que domina objetivamente.

El error del partícipe sobre *elementos accidentales* del delito cometido por el autor sólo tiene, en cambio, relevancia en el ámbito de la determinación de la pena, según lo dispuesto en el art. 65: es decir, las circunstancias agravantes o atenuantes de índole personal sólo se apreciarán en aquéllos en quienes concurran; las de índole objetiva, en aquéllos que las conozcan.

En algunos casos, la naturaleza del elemento sobre el cual el partícipe se equivoca puede ser esencial y, al mismo tiempo, accidental, dependiendo el régimen a seguir en relación con su comunicación a los partícipes de la función que se le otorga en el caso concreto; así sucede, por ejemplo, con los elementos del asesinato que, al mismo tiempo, son circunstancias agravantes genéricas (art. 139).

Lo mismo ocurre en el caso del *exceso* de los distintos intervinientes en la realización del delito. Si el autor realiza un hecho más grave que aquél al que el partícipe había contribuido, éste sólo responde por el delito menos grave. Así sucede con el partícipe que coopera en un homicidio, sin saber que el autor que lo realiza lo hace con alevosía o ensañamiento y que, por lo tanto, comete asesinato.

### A) FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Una vez delimitada la autoría de la participación, está claro que todas las formas de intervención en el delito citadas en el Título II del Libro I del Código penal que no supongan realización directa del hecho o dominio de la misma deben ser calificadas de participación. A este respecto cabe calificar claramente como supuestos de participación la inducción y la complicidad. La cooperación necesaria, sin embargo, salvo supuestos en los que excepcionalmente el cooperador necesario no tiene el dominio del hecho (vende por ejemplo una pistola, a sabien-

das de que se va a utilizar en un atraco, pero sin intervenir para nada en el mismo), debe ser calificada en la mayoría de los casos como forma de coautoría, por tratarse de un supuesto de dominio funcional del hecho (cfr. *supra*).

#### a) *La inducción*

Citada expresamente en el art. 28,a) es, en realidad, una típica forma de participación, aunque por su entidad cualitativa el legislador, a efectos de pena, la equipara a la autoría.

La inducción se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque, de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato (algunas veces se plantean casos límites con respecto a la inducción de menores, enfermos mentales, etc.). Otra prueba de que la realización del acto depende del autor principal (inducido) es que, si éste no comienza la ejecución del delito (por tanto, no hay ni siquiera acto típico), no puede castigarse al inductor, salvo que su comportamiento encaje dentro de una de las formas de participación intentada especialmente punible, como la *proposición* o, en su caso, la *provocación* (cfr. *infra* y arts. 17,2 y 18).

De lo dicho se desprenden los requisitos de la inducción. Ésta debe ser de tal entidad que pueda conectarse causalmente, desde el punto de vista psíquico, con la voluntad del inducido. Sin embargo, este papel causal del inductor respecto a lo que el inducido ejecuta no podría justificar por sí solo el tratamiento que el legislador prevé para esta forma de participación, equiparándola a la autoría, ya que son imaginables conductas que, incluso intencionalmente, se convierten en factor desencadenante de la actuación del autor y, sin embargo, a todas luces no merecen la misma valoración que la actuación de quien ejecuta materialmente el delito.

Baste pensar en los casos en que la resolución delictiva del autor se vincula a la mera formulación de un consejo o sugerencia de un tercero o a la indicación de la genérica posibilidad de delinquir.

Necesaria será, por tanto, la presencia de elementos adicionales que fundamenten y justifiquen su equiparación a la autoría. Esta exigencia adicional se plasma en la necesidad de que la incitación represente, desde una perspectiva *ex ante* y atendiendo a los especiales conocimientos del inductor, un incremento relevante del riesgo de que el inducido



adopte y ejecute la resolución delictiva a la que se le incita (una concepción de la inducción basada en esta idea mantiene GÓMEZ RIVERO, Valencia 1995, pp. 71 y ss.).

Consecuencia de esta exigencia de peligrosidad es el requisito, exigido expresamente en la ley, de que la incitación sea *directa*, es decir, debe haber una relación personal e inmediata entre el inductor y el destinatario de la incitación. Esta exigencia impide la apreciación de la que se conoce como *inducción en cadena*, en la que el inductor inicial incita a otro sujeto para que induzca a su vez a un tercero a delinquir. Por ello la cláusula que incorpora el art. 28,a), en el sentido de que la inducción directa puede formularse a «otro u otros», debe entenderse como el reconocimiento expreso de que es posible que el punto de referencia de la inducción sea tanto un acto de autoría individual, como de coautoría. También cabe hablar de inducción en casos de líderes espirituales que tienen gran influencia sobre un grupo de personas a las que convencen con promesas de vida eterna en el Más Allá, etc., para que se suiciden; o inducen a menores para que se dediquen al ejercicio de la prostitución, adoctrinándolos en este sentido mediante cursos o reuniones de grupos (como fue el caso de la secta llamada «Hijos de Dios»).

Estos casos ya de por sí constituyen un delito autónomo de inducción al suicidio (art. 143) o a la prostitución de menores (art. 187,1). La tipificación autónoma de estas conductas se debe a que, muchas veces, el hecho al que se induce no es típico y antijurídico (suicidio, ejercicio de la prostitución), por lo que si la inducción no se tipificara expresamente quedaría impune por su carácter accesorio respecto al hecho principal, lo que confirma su naturaleza de participación.

La estructura de la inducción es en estos casos la misma que la de la inducción como forma de participación genérica del art. 28,a), aunque precisamente por eso debe exigirse también en los supuestos de inducción a grupos de personas un mínimo de idoneidad de la acción inductora para engendrar la resolución de cometer el delito en el inducido. Tampoco en estos casos es suficiente para hablar de inducción con la simple recomendación o consejo.

De ello se deriva que, para tener relevancia como forma de participación castigada con la misma pena que la verdadera autoría, la inducción debe ser, además de directa, *eficaz*, es decir, es preciso que tenga entidad suficiente para que el inducido decida cometer el delito y comience, por lo menos, su ejecución. El ofrecimiento de alguna promesa o de dinero, incluso anónimamente o por persona intermedia, puede ser suficiente para fundamentar una responsabilidad por inducción. En cualquier caso, el medio empleado para inducir, con ser eficaz, debe dejar en todo momento al autor material la capacidad de decisión sobre

la ejecución, ya que de lo contrario el dominio del hecho lo tendría el hombre de atrás, con lo que nos encontraríamos ante una forma de autoría mediata (*supra* 1.B.b).

El límite mínimo de la inducción lo constituye su diferencia con la simple recomendación o consejo al autor del delito, que, en principio, sólo puede servir para fundamentar la responsabilidad a título de complicidad, si se admite la llamada *complicidad psíquica o moral*. Como supuestos de complicidad habrán de tratarse también los casos en que el inducido estaba ya resuelto, antes de la inducción, a cometer el delito, en la medida en que la aprobación o el reforzamiento de la idea originaria de cometer el delito en el autor suponga una contribución digna de ser castigada.

No cabe la inducción por omisión ni tampoco por imprudencia.

Problemática específica plantea la figura del *agente provocador* (el policía encubierto que induce a alguien para cometer un delito y luego lo detiene en el momento de ejecutarlo). Su tratamiento pasa por delimitar la dualidad de momentos que se interrelacionan en su conducta. El primero lo representa la creación de un peligro de cara a la lesión del bien jurídico al formular una incitación que incrementa el riesgo de que el destinatario adopte y ejecute la resolución delictiva. El segundo, su intervención posterior dirigida a la efectiva evitación de la lesión del bien jurídico. Es esa actuación posterior orientada a la neutralización del riesgo previamente creado la que permite fundamentar su impunidad de acuerdo con los esquemas del desistimiento de la tentativa, que ya hemos visto en el capítulo anterior.

Especial interés tiene el tema del *exceso del inducido*. Así, por ejemplo, quien induce a alguien a matar a su enemigo responde de la muerte de éste, pero no de la de otras personas que el inducido haya podido matar por su cuenta.

### b) La complicidad

La complicidad es una forma de participación expresamente prevista en el art. 29:

«Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

En común con todas las formas de participación tiene la complicidad que se trata de una contribución a la realización de un delito con actos anteriores o simultáneos a la misma que no pueden, en ningún caso, ser considerados como de autoría. Lo que la distingue de las demás formas de participación es su menor entidad material, de tal forma que la cali-

ficación de complicidad hace que la cooperación se castigue automáticamente con la pena inferior en un grado a la prevista para los autores del delito (cfr. art. 63).

De la forma en que está redactado el art. 29 se deduce la caracterización negativa de la complicidad, en el sentido de que es cómplice aquél cuya contribución al delito no pueda calificarse ni de autoría, ni de inducción, ni de cooperación necesaria. Pero ello no significa que cualquier acto de favorecimiento o facilitación de la comisión de un delito sea merecedor de la pena prevista para la complicidad: la conducta habrá de tener alguna eficacia causal, aunque sea mínima, en el comportamiento del autor y reunir, además, una cierta peligrosidad. Para determinar estas circunstancias serán de utilidad los mismos criterios de causalidad e imputación objetiva utilizados en los capítulos XIII y XVII (para más detalles cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, pp. 225 y ss.).

En este sentido, la conducta del cómplice ha de ser peligrosa, de manera que, desde una perspectiva *ex ante*, represente un incremento relevante de las posibilidades de éxito del autor y, con ello, de las de puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Ello ocurrirá cuando, en el momento previo a la acción del cómplice, sea previsible que, con su aportación, la comisión del delito sea más rápida, más segura o más fácil, o el resultado lesivo más intenso que sin ella.

Pero la mera peligrosidad de la acción no basta para apreciar complicidad, pues será preciso, además, que el riesgo de favorecer la comisión del delito por el autor se traduzca en una efectiva cooperación (no necesaria) a la realización del mismo. Así, una conducta, para ser considerada complicidad, debe ser de tal manera causal, que realmente haya acelerado, asegurado o facilitado la ejecución del hecho o intensificado el resultado del delito *en la forma en que era previsible*.

Así, por ejemplo, aunque la conducta de quien entrega al autor de un robo una ganzúa para forzar la cerradura de una puerta puede calificarse de peligrosa, el sujeto no respondería, sin embargo, como cómplice si finalmente la ganzúa no es utilizada en el robo (por ejemplo, porque el ladrón entra a robar a la casa por una ventana que se encontraba abierta).

Si se dan los requisitos mencionados cabe también la complicidad psíquica, que puede consistir en un asesoramiento técnico (por ejemplo, quien explica al autor la forma más fácil de pasar ilegalmente droga por una aduana) o en un reforzamiento de la voluntad delictiva debilitada en el autor (por ejemplo, cuando es el apoyo moral de un sujeto el que termina por decidir al autor del delito a ejecutarlo). También es posible la complicidad en comisión por omisión, siempre que exista posición de

garante y quepa afirmar que la omisión contribuyó, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación del delito por el autor.

Así, por ejemplo, es cómplice la madre que, pudiendo hacerlo, no impide ni dificulta el abuso sexual de su marido a su hija.

La complicidad, como las demás formas de participación, sólo es punible en su forma dolosa. La cuestión del exceso por parte del autor debe ser tratada conforme a las reglas ya citadas.

## B) PROBLEMAS ESPECIALES DE PARTICIPACIÓN: LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES

En los delitos *especiales impropios*, es decir, en aquéllos en los que existe una correspondencia con uno común (malversación de caudales públicos: apropiación indebida o hurto), se plantea el problema de si la imputación de responsabilidad debe ser, para aquéllos que tienen las cualidades requeridas en el delito especial (*intranei*: por ejemplo, en el delito de malversación, el funcionario público) por el delito especial y, para aquéllos que carecen de ellas (*extranei*: por ejemplo, en el caso de la malversación, el particular que se apodera de bienes públicos de una oficina — un ordenador —, con el consentimiento del funcionario), la del delito común (hurto), independientemente de la contribución material concreta de cada uno de ellos a la realización del hecho (simple consentimiento del funcionario; apoderamiento del ordenador por parte del particular). Con ello se convertirían los delitos especiales en *delitos consistentes en la infracción de un deber*, siendo irrelevante para la calificación de autoría la contribución objetiva del *intraneus*.

Sin embargo, no hay ninguna razón para no aplicar aquí las reglas generales de la participación. Si el autor es el *intraneus*, el delito cometido será el especial (malversación) y, en virtud del principio de unidad del título de imputación, el particular responde como partícipe en el delito especial, aunque no tenga las cualidades exigidas en el mismo. Por el contrario, si el verdadero autor es el *extraneus*, el delito cometido será uno común (apropiación, hurto, etc.) y los partícipes responderán por el delito común, cualquiera que sea su cualidad personal. Tan sólo en los casos de coautoría entre un *intraneus* y un *extraneus* cabe la posibilidad de que cada uno responda por separado del delito del que cada cual es autor.

En la actualidad estos problemas se plantean casi exclusivamente con relación a los delitos contra la Administración pública cometidos por autoridad o funcionario público, donde la mayoría de las veces el propio legislador los

ha resuelto expresamente. Así, por ejemplo, en el caso de la malversación al que nos hemos venido refiriendo el art. 432 castiga a la autoridad o funcionario público que «sustrajere o consintiere que un tercero... sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones» (en el mismo sentido, cfr. los arts. 414, 601). También se ha resuelto expresamente la intervención del particular en la comisión de estos delitos. Así, por ejemplo, en el delito de cohecho se castiga como delito autónomo la conducta del particular que soborna al funcionario (art. 424). Pero en los casos no previstos legalmente son de aplicación las reglas generales antes expuestas: el funcionario, si no es autor, responderá de la conducta realizada por el particular, y lo mismo rige a la inversa.

En los *delitos especiales propios* (por ejemplo, la prevaricación judicial prevista en el art. 446) el particular sólo puede responder, en todo caso, como partícipe del delito especial (la amante del juez le induce a dictar una sentencia injusta), pues no existe un delito común que se corresponda con el especial. Sin embargo, tras la reforma por LO 15/2003, de 25 de noviembre, el art. 65,3 Cp, siguiendo una línea jurisprudencial ya previamente establecida, autoriza a los tribunales para imponer en estos casos al inductor o al cooperador necesario la pena inferior en grado (véanse ROBLES PLANAS, 2007, pp. 141 y ss.; LANDROVE DÍAZ, 2006). En cualquier caso, las particularidades de muchos de estos tipos delictivos desafían todo intento de resolver estos problemas con ayuda de teorías generales elaboradas de espaldas a la regulación de los delitos en la Parte Especial (sobre estos problemas en relación con los delitos especiales en el ámbito patrimonial o económico, véanse MUÑOZ CONDE, Barcelona 1999, pp. 178 y ss.; y Granada 1999, pp. 849 y ss.; GARCÍA CAVERO, 1999, pp. 161 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, 2000).

### C) FORMAS DE PARTICIPACIÓN INTENTADA

Los arts. 17 y 18 contemplan unas formas de tipicidades autónomas para castigar, en algunos tipos delictivos graves («en los casos especialmente previstos en la Ley», cfr. arts. 141, 151, 477, etc.), formas de participación intentada como son la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

El art. 17 define la conspiración y la proposición del siguiente modo:

«1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo».

Por su parte, el art. 18,1 define la provocación de la siguiente manera:

«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.

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».

En los casos en que su punibilidad está expresamente prevista, la conspiración, proposición y provocación se castigan con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el correspondiente delito.

Dada la naturaleza de participación intentada de estas figuras, se rigen también por el principio de accesoriedad limitada, en este caso hipotética, ya que no es necesario que se llegue a la realización del hecho proyectado. Esto quiere decir que, por lo menos, el hecho proyectado debe constituir el tipo de injusto de un delito, aunque falte la culpabilidad en quien o quienes vayan a realizarlo.

Aunque el Código no se refiere a la posibilidad de aplicar la impunidad por desistimiento voluntario a estas figuras, ello será posible por analogía *in bonam partem* con lo dispuesto para la tentativa en el art. 16,2 y 3, siempre que se den los requisitos de la voluntariedad y la eficacia; en estos casos es suficiente con que el sujeto (conspirador, proponente o provocador) que desiste, haga todo lo posible por impedir las consecuencias de su comportamiento (cfr. *supra* capítulo XXVI).

Si el delito al que se conspiró o que se propuso o provocó llega a ejecutarse (se consume o no), la responsabilidad de los conspiradores, proponentes o provocadores queda subsumida en las correspondientes formas generales de autoría o participación en el delito. Si una vez pasados a la fase ejecutiva alguno de los intervinientes desiste voluntaria y eficazmente, no responde ni por autoría o participación, ni por la conspiración, proposición o provocación, salvo que la conducta sea constitutiva por sí de otro delito consumado.

Sin embargo, los que no desisten, bien porque permanecen en su intento, bien porque una vez terminada la conspiración, proposición o provocación no intervienen en la fase ejecutiva, no se benefician de la impunidad del desistimiento de los demás, ya que el desistimiento es una causa personal de exclusión de la pena (cfr. *supra* capítulo XXVI).

### **3. PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y ECONÓMICA EMPRESARIAL**

La diferenciación conceptual entre las diversas formas de autoría y entre ésta y las diversas formas de participación en el delito se hace más difícil de realizar, e incluso a veces puede quedar gravemente comprometida, cuando el delito es cometido, no ya por varias personas cada una con distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino por esas mismas personas integradas en grupos u organizaciones en cuyo seno se ha diseñado —por otros miembros— un plan conjunto, o decidido la realización de esas acciones. En estos casos, y al margen de castigar a los miembros del grupo por su pertenencia al mismo o por ejercer en él funciones directivas, cuando éste ya de por sí constituye una asociación criminal (arts. 515, 570 bis), se plantea el problema de cómo hacer responsables de los delitos concretos cometidos a quienes no intervienen directamente en la ejecución, que llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, los planifican o asumen el control o dirección de su realización. Ésta es la cuestión que casi siempre se plantea a la hora de decidir la responsabilidad por los hechos concretos realizados por miembros de organizaciones criminales tales como las dedicadas al terrorismo, el narcotráfico o el blanqueo de capitales. Pero también se presentan problemas similares cuando se trata de grandes delitos económicos y fraudes financieros realizados en el ámbito de grandes empresas, que si bien en algunos casos pueden ser ya de por sí organizaciones criminales, no operan, como éstas, desde un principio fuera de la ley o realizando actividades generalmente constitutivas de delitos.

#### ***A) LA IMPUTACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL MARCO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA DE CARÁCTER ESTATAL O PARAESTATAL***

Para resolver este problema, y en relación concretamente con los crímenes contra la Humanidad y genocidios cometidos por los miembros, altos cargos y funcionarios del aparato de poder del Gobierno nacionalsocialista alemán en el período de 1933 a 1945, Claus ROXIN desarrolló en 1963 una sugestiva teoría, conforme a la cual podía fundamentarse una *autoría mediata* de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan horribles hechos, dominaban su reali-

zación sirviéndose de todo un *aparato de poder* de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes.

Tres son los elementos que, según ROXIN (Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Madrid 1998, pp. 268 ss.), deben darse para fundamentar una autoría mediata de esta clase: el dominio de la organización por parte de los autores mediatos, la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores y que se trate de aparatos de poder que actúen como un todo al margen del Derecho.

Contra esta tesis se han formulado algunas objeciones que aducen sobre todo que la figura de la autoría mediata no es aplicable cuando el ejecutor material es plenamente responsable de lo que hace, sino sólo cuando éste es inimputable o ni siquiera actúa típica o antijurídicamente, es decir, cuando es un *simple instrumento* no responsable en manos del hombre de atrás que es realmente el autor (mediato) de lo que el instrumento realiza sin responsabilidad alguna o con una responsabilidad por lo menos disminuida. Aquí, por el contrario, los ejecutores materiales, sin excluir la posibilidad de que en algún caso concreto actúen en error de prohibición o coaccionados, son plenamente responsables e incluso cometen los hechos de forma absolutamente voluntaria, mostrando además muchas veces un alto grado de adhesión a la causa, entusiasmo o fanatismo, igual o mayor que el de los superiores que les daban las órdenes.

No obstante, en el ámbito de la criminalidad estatal o paraestatal la autoría mediata de los dirigentes de las organizaciones es la mejor forma de imputar la responsabilidad principal que corresponde a los mismos.

Así sucede, por ejemplo, con el «Golpe de Estado», generalmente encuadrable en el delito de rebelión (cfr. arts. 472 y ss.). Normalmente, este delito se da en el marco de un aparato de poder estatal tan marcadamente jerárquico como es la institución militar. También aquí hay, además de una estructura jerárquica que facilita el manejo del aparato de poder de los que están en la cúspide del mismo, una fungibilidad de los «meros ejecutores» y una actuación de los mismos al margen de la legalidad o de los cauces previstos legalmente para conseguir los cambios políticos deseados. El delito de rebelión va normalmente precedido de una serie de actos, reuniones, contactos previos, negociaciones, etc., difícilmente encuadrables como tales y sin más aditamento de elementos materiales en las diversas formas de autoría. Pero ello no excluye que una vez que el delito específico llega a materializarse sea necesario determinar la responsabilidad de los verdaderos jefes y, por tanto, autores o coautores tam-



bién en sentido estricto, aunque no intervengan directamente en el «alzamiento violento y público» que, según el art. 472, constituye la acción típica nuclear de la rebelión. Recurrir para ello a las figuras de la inducción o la cooperación necesaria, por más que también permitan la aplicación de la pena de la autoría estricta, no sólo es una incorrección dogmática y una mala interpretación de la regulación legal de esta materia, que con razón prevé incluso una penalidad más grave para los que denomina «jefes principales» (art. 473,1), sino una deformación de la verdad histórica y de la fenomenología peculiar de estos delitos.

***B) LA IMPUTACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL MARCO DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES DE CARÁCTER NO ESTATAL: EL TERRORISMO CONTRA EL ESTADO, MAFIAS Y OTRAS FORMAS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA***

Ya desde la primera formulación de su tesis, ROXIN manifestaba que la misma podía ser también aplicable a los delitos que se cometen «en el ámbito de los movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes». Desde luego se puede decir que algunos grupos terroristas funcionan como un verdadero ejército, que también en ellos existen sus «hombres de atrás» y que los que ejecutan sus decisiones son meros instrumentos anónimos intercambiables y sustituibles por otros. También la Mafia, con sus leyes de la «omertá», o los «yakuzas» japoneses, con sus códigos secretos, constituyen grupos muy jerarquizados y con características parecidas al más disciplinado ejército o servicio secreto estatal. Pero las semejanzas no van mucho más lejos. Por lo pronto, su carácter marginal y claramente ilegal hace que sus miembros tengan entre sí una relación personal mucho más estrecha que la que se da entre los miembros de los aparatos de poder estatales. Es verdad que las decisiones se toman por unos pocos, en la cúpula, pero también son unos pocos los que pueden llevarlas a cabo y generalmente estos pocos están en relación directa y personal con los que dan las órdenes o planifican los hechos y en cuya ejecución directa no intervienen. Incluso sus formas de vida marginal en auténticos «ghettos», viviendas compartidas, etc., dificultan que fuera del círculo reducido de los que pertenecen al grupo haya muchas personas más dispuestas a realizar el delito y a sustituir al que en principio estaba destinado a realizarlo.

Para estos casos, la figura de la *coautoría* se adapta mejor que otras categorías de autoría y participación a algunas formas de realización del delito en las que el cerebro o principal responsable no está presente

en la ejecución, pero sí en inmediata conexión con ella, controlándola y decidiendo su realización. El requisito de la coejecución, que la doctrina dominante en España, siguiendo a ROXIN, exige para la coautoría, no es, por lo menos estrictamente considerado, más que la consecuencia de una teoría objetivo-formal que ya se ha mostrado de un modo general insuficiente incluso para explicar el concepto mismo de autoría y que todavía es más insuficiente para explicar el concepto de coautoría, por lo menos en algunos ámbitos de la criminalidad en los que tan importante o más que la ejecución misma son otras conductas de decisión u organización relacionadas con ella. Por las razones anteriormente dichas, dentro de la coautoría no sólo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en su ejecución. En estos casos, el fundamento de la coautoría es el llamado *dominio funcional del hecho*; lo importante no es ya solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga de la realización del mismo, aunque no intervenga en su ejecución estrictamente considerada. Sólo así pueden calificarse también como coautores de un delito, por ejemplo, no sólo el jefe y dirigentes de una banda que asumen funciones de decisión, dirección u organización estrechamente relacionadas con la realización del delito, sino también a los miembros de la misma que, sin intervenir en la ejecución, realizan durante la misma tareas de apoyo, vigilancia o transporte. Similares problemas suelen plantearse con frecuencia en los atentados terroristas, en los que, en base a la tesis aquí defendida del dominio funcional del hecho, intervenciones personales que no se dan exactamente en la fase ejecutiva del delito, bien sea de los miembros del «comando», bien de los de la «cúpula» de la organización que ordenan el atentado, pueden y deben calificarse, sin embargo, con una valoración global y más ajustada a la realidad de las mismas, como coautoría y no, en base a una consideración individual, como meras formas de participación.

### C) LA IMPUTACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL MARCO DE ORGANIZACIONES DE CARÁCTER EMPRESARIAL

En el ámbito de estas organizaciones, como por ejemplo cualquier sociedad empresarial de cierta importancia, las actividades se realizan a través de un complejo organigrama, basado en la división de funciones en el plano horizontal y en la relación jerárquica en el plano vertical.

Es, por ello, evidente que no puede situarse el centro de gravedad de la responsabilidad por autoría sólo o principalmente en el último eslabón de la cadena, es decir, en la fase ejecutiva, dejando en la periferia o incluso en la impunidad conductas no ejecutivas, pero tan importantes o más que las propiamente ejecutivas. En este ámbito los «centros de decisión» son normalmente más importantes que los «centros de ejecución».

El problema dogmático consiste en hallar el criterio material que permita atribuir a los que deciden la ejecución de un hecho delictivo la cualidad de autor, autor mediato o coautor, aunque no intervengan en su ejecución. Para ello no sólo se debe tener en cuenta la estructura y modo de funcionamiento de las organizaciones en cuyo seno se cometan los delitos, sino también la propia naturaleza del delito en cuestión.

Los casos de los que se tienen que ocupar los Tribunales en esta materia son muy complejos; normalmente se realizan a través de varios actos, de forma a veces masiva, durante un lapso de tiempo más o menos largo y en diferentes lugares, por varias personas, cada una cumpliendo una función previamente establecida, dentro de una organización, formando parte de una política o estrategia común previamente establecida por quienes tienen el control de la organización.

Esto hace que la delimitación y la imputación de la autoría presente también algunas particularidades en este ámbito. Así, por ejemplo, no es fácilmente aplicable aquí la tesis de la autoría mediata sirviéndose de un aparato de poder, o, por lo menos, hay que hacer en ella algunas correcciones. El requisito que plantea mayores problemas para ser aplicado en el ámbito empresarial es el de la fungibilidad de los meros ejecutores. En estos ámbitos, a menudo el ejecutor de las acciones concretas que realizan el tipo de un delito no es un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos y que, por eso mismo, es difícilmente sustituible (piénsese, por ejemplo, en un cualificado especialista en contabilidad o en cuestiones fiscales, o en un buen conocedor del funcionamiento del mercado bursátil o de las transferencias o creación de fondos en paraísos fiscales). Pero posea o no estos conocimientos técnicos especiales, la mayoría de las veces no es más que un instrumento que actúa sin intención, limitándose a realizar la conducta, siguiendo las instrucciones que se le dan, sin que ello le suponga directamente ningún provecho personal, ni conciencia de participación en una operación delictiva. En cualquier caso, existe aquí una coautoría de los que en la cúspide de la empresa deciden, or-

ganizan o planifican la ejecución de uno o varios delitos, renunciando para ello una vez más al concepto de coautoría como «coejecución», que es todavía más discutible en el ámbito de la delincuencia empresarial. También puede decirse, en la medida en que los que ejecuten las acciones delictivas concretas sean meros instrumentos irresponsables (los llamados «ejecutivos»), que existe una coautoría mediata, combinando el criterio de coautoría aquí mantenido con el de autoría mediata en sentido estricto, es decir, utilizando un instrumento no responsable, y no uno responsable pero en el ámbito de un aparato de poder, pues ya hemos dicho que la organización empresarial no es equiparable al aparato de poder de una organización criminal, y mucho menos a una organización criminal de carácter estatal o paraestatal. El estudio en profundidad de estas cuestiones pertenece ya al ámbito más específico del Derecho penal económico, donde debe ser estudiado con más detenimiento (para más detalles véanse MUÑOZ CONDE, RP 2002; GARCÍA CAVERO, 1999, NÚÑEZ CASTAÑO, 2000, SILVA SÁNCHEZ, en VARIOS 2001; y SCHÜNEMANN, 2002).

#### **4. LA AUTORÍA EN LOS CASOS DE ACTUACIÓN EN NOMBRE DE OTRO**

Dice el art. 31:

«El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obra».

Esta previsión legal se dirige a impedir la impunidad en los delitos especiales cuando la cualidad requerida en el tipo («deudor», «obligado a pagar impuestos») no se da en la persona que actúa, administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica o alguien que obra en nombre o representación de otro, sino en la persona física o jurídica en cuyo nombre o representación obra. En estos casos cabe atribuirles la cualidad exigida en el tipo, lo que, unido a la concurrencia de dominio del hecho, permitirá imputarles el delito especial cometido a título de autor (para más detalles véanse las obras de GRACIA MARTÍN, 1985 y 1986; para una visión panorámica de la situación en el anterior y en el Código penal de 1995, MUÑOZ CONDE, Barcelona 1999, pp. 92 y ss. So-

bre la responsabilidad penal de la persona jurídica misma, véase *infra*, capítulo XXXVI).

## 5. LA AUTORÍA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR PROCEDIMIENTOS QUE FACILITEN LA PUBLICIDAD

El art. 30 constituye una excepción a las reglas generales de responsabilidad de los intervinientes en el delito, al hacer responsables criminalmente de los delitos y faltas que se cometen utilizando medios o soportes de difusión mecánicos *solamente a los autores* contemplados en el art. 28. La exclusión de los cómplices del ámbito de la responsabilidad criminal no tiene aquí otro sentido que el de evitar una excesiva limitación de la libertad de expresión en la prensa y otros medios de difusión.

El art. 30 contempla, además, un sistema de *responsabilidad en cascada* de los autores, según el cual se establece la responsabilidad escalonada, excluyente y subsidiaria, en primer lugar, de quienes hayan redactado el texto o producido el signo y de quienes les hayan inducido a realizarlo; en segundo lugar, de los directores de la publicación o programa en que se difunda; en tercer lugar, de los directores de la empresa editora, emisora o difusora; y, por último, la de los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora (en el bien entendido de que editores y directores sólo responderán en la medida en que su actuación realice plenamente los requisitos generales de exigencia de responsabilidad; en este sentido también VIVES ANTÓN, 1977, y GÓMEZ TOMILLO, 1998).

**Bibliografía:** ABANTO VÁSQUEZ, Autoría y participación y la teoría de los delitos de «infracción del deber», RP 2004; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica, Madrid 2001; EL MISMO, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, RDPC 2001; ALONSO DE ESCAMILLA, Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades, Madrid 1996; AMBOS, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, RDPC 1999; EL MISMO, La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales, RDPC 2001; BACIGALUPO SAGGESE, Autoría y participación en delitos de infracción de deber, Madrid 2008; BACIGALUPO ZAPATER, La distinción entre autoría y participación en la Jurisprudencia de los Tribunales alemanes y el nuevo Código penal alemán, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; EL MISMO, Responsabi-

lidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro), en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, Notas sobre el fundamento de la coautoría en Derecho penal, PJ 1993; BAJO FERNÁNDEZ, La responsabilidad penal colectiva, en Nuevas posiciones de la Dogmática jurídica penal, CDJ 2006; BALDÓ LAVILLA, Algunos aspectos conceptuales de la inducción, ADP 1989; BALDÓ LAVILLA Y OTROS, Autoría o participación en determinados supuestos de «vigilancia», PJ 1992; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios del delito, Granada 2004; BATISTA GONZÁLEZ, Provocación y apología. El artículo 18 del nuevo Código penal, RFDUC 1997; BENÍTEZ ORTÚZAR, La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995, Madrid 2007; BERNAL MARTÍN, La complicidad en el tráfico de drogas, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 312/2007, de 20 de abril de 2007, AJA 2008; BLANCO CORDERO, Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, Granada 2001; EL MISMO, El *error in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; BOLDOVA PASAMAR, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, Madrid 1995; BOLEA BARDÓN, Autoría mediata en Derecho penal, Valencia 2000; EL MISMO, La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial, Barcelona 2004; CARRASCO ANDRINO, Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria, Granada 2002; CARRASCO JIMÉNEZ, Análisis jurisprudencial del concepto penal de organización en los subtipos agravados, RGDP 2009; CARUSO FONTÁN, La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder como solución a determinados supuestos de imputación individual dentro del ámbito empresarial, RDPe 2003; CEREZO MIR, Autoría y participación en el Código Penal vigente, en La reforma del Derecho penal, Bellaterra 1980; EL MISMO, La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española, en Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982; CUELLO CONTRERAS, La conspiración para cometer el delito, Barcelona 1978; EL MISMO, Autoría y participación en un sistema lógico-funcional, CPC 2009; CUERDA RIEZU, Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español, ADP 1992; CUERVO PITA, Actos preparatorios del delito, NEJ II, 1950; CHOCLÁN MONTALVO, La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio, AP 1995; EL MISMO, La autoría y la participación, La Ley 1996; DEL CASTILLO CODES, La imprudencia: autoría y participación, Madrid 2007; DEL ROSAL, De la coparticipación culposa y determinación de autor, ADP 1961; DEL ROSAL BLASCO, La provocación para cometer delito en el Derecho español, Madrid 1986; EL MISMO, Sobre los elementos del hecho típico en la inducción, CPC 1990; EL MISMO, La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995, CPC 1996; DEMETRIO CRESPO, La tentativa en la autoría mediata y en la «*actio libera in causa*». Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa, Granada 2003; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Inducción o autoría mediata en malversación impropia, La Ley 1986; EL MISMO, La autoría en Derecho penal, Barcelona 1991; EL MISMO, Autoría y participación, La Ley 1996; EL MISMO, El complicado régimen privilegiado del art. 30 del Código Penal, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; DÍEZ RIPOLLÉS, Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal, RDPC 1998; DONNA, El concepto de autoría y la

teoría de los aparatos de poder de Roxin, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid 2001; EL MISMO, *La autoría y la participación criminal*, Granada 2008; DURÁN SECO, *La coautoría en el Derecho penal*, León 2003; ESCRIVÁ GREGORI, *La participación del «extraneus» en el parricidio y del «intraneus» en el homicidio*, en *Homenaje a Pérez-Vitoria I*, Barcelona 1983; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Valencia 2003; FARRÉ TREPAT, *Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración* (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987), ADP 1992; FELIJO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal: ¿existe una «prohibición de regreso como límite general del tipo en Derecho penal?»*, Granada 1999; EL MISMO, *Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?*, *La Ley* 2000; EL MISMO, *La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español: reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997* (RJ 1997, 1948), en *Homenaje a Valle*, Navarra 2001; EL MISMO, *Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*, *La Ley Penal* 2007; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada 2006; FERRÉ OLIVÉ, *Autoría y delitos especiales*, en *Homenaje a Barbero*, Cuenca 2001; FIGUEROA ORTEGA, *Delitos de infracción de deber*, Madrid 2008; FUENTES OSORIO, *La preparación del delito*, Granada 2007; GALÁN MUÑOZ, *La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma*, RP 2005; EL MISMO, *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet*, Valencia 2010; GALLEGO SOLER, *Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales*, en *Derecho penal económico*, CDJ 2005; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona 1999; EL MISMO, *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en nombre de otro*, RDPC 2002; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, Valencia 2006; GARCÍA PLANAS, *Consideraciones en torno al agente provocador*, CPC 1982; GIL GIL, *La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española*, ADP 2008; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966; EL MISMO, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, ADP 1992; GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, ADP 1984; GÓMEZ MARTÍN, *Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano*, RDPC 2006; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Valencia 1995; EL MISMO, *La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación*. Comentario a la STS de 27 de febrero de 1991, AP 1995; EL MISMO, *Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación en el nuevo CP*, *La Ley* 1996; EL MISMO, *¿Queda aún algo de los llamados delitos de propia mano?*, RP 2006; GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelinuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*, Granada 1998; EL MISMO, *Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídicopenal de la complicidad sucesiva*, RDPC 2002; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *¿La*

coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por los subordinados? Reflexiones preliminares, en Homenaje a González-Cuéllar, Madrid 2006; GÓRRIZ ROYO, El concepto de autor en Derecho Penal, Valencia 2007; GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro en Derecho penal, tomos I y II, Zaragoza 1985 y 1986; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, La responsabilidad penal del coautor: fundamento y límites, Valencia 2001; HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata en Derecho penal, Granada 1996; EL MISMO, La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, RDPC 2006; HRUSCHKA, Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias, RDPC 2000; JAKOBS, La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid 2001; JUANES PECES, La autoría y la participación, a la luz de la doctrina de la teoría del dominio del hecho, La Ley 1997; KINDHAUSER, Cuestiones fundamentales de la coautoría, RP 2003; LAMARCA PÉREZ, Apología: Un residuo de incriminación de la disidencia, La Ley Penal 2006; LANDA GOROSTIZA, La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana»: (contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»), Granada 2002; LANDROVE DÍAZ, Comunicabilidad de las circunstancias y atenuación de la pena para el partícipe en delito especial propio, RGDP 2006; LIDÓN MONTÓN GARCÍA, Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos, La Ley 1999; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Autoría y participación, Madrid 1996; EL MISMO, El agente encubierto, La Ley 1999; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, Valencia 1997; LUZÓN PEÑA, Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes, RDCirc. 1978 (también en Derecho penal de la circulación, 2ª ed., Barcelona 1990); EL MISMO, Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente, RDCirc. 1984 (también en Derecho penal de la circulación, 2ª ed., Barcelona 1990); EL MISMO, La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ 1986 (también en Estudios penales, Barcelona 1991); EL MISMO, La «determinación objetiva del hecho», ADP 1989 (también en Derecho penal de la circulación, 2ª ed., Barcelona 1990); MANZANARES SAMANIEGO, Los administradores y altos directivos en el nuevo Código penal, AP 1997; MAQUEDA ABREU, Los delitos de propia mano, Madrid 1992; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y de 24 de junio de 1994), AP 1996; MARAVAR GÓMEZ, Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La expansión de las formas preparatorias y de participación, RP 2008; MIRA BENAVENT, ¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; MIRÓ LLINARES, Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito, Barcelona 2010; MOLLINA MANSILLA, El agente encubierto (art. 282 bis de la LECrim.), La Ley Penal 2009; MORENO Y BRAVO, Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), Madrid 1997; MUÑOZ CONDE, La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolencias punibles, CPC 1977; EL MISMO, Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y



ayuda al suicidio, ADP 1987; EL MISMO, Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos, RPJ 1997; EL MISMO, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, RP 1998; EL MISMO, El delito de alzamiento de bienes, 2ª ed., Barcelona 1999; EL MISMO, Problemas de autoría y participación en el delito de alzamiento de bienes, en Homenaje a Torío, Granada 1999; EL MISMO, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»? , RP 2000; EL MISMO, Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?, RP 2002 (también en VARIOS, Derecho penal económico, Muñoz Conde dir., CGPJ-Manuales de Formación Continuada, Madrid 2002; hay una versión resumida de este trabajo en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid 2001); MUÑOZ SÁNCHEZ, El agente provocador, Valencia 1995; MURMANN, La autoría mediata utilizando el error de prohibición del autor principal, AP 1998; NUÑEZ CASTAÑO, La imputación penal en el ámbito empresarial, Valencia 2000; NÚÑEZ PAZ/ GUILLÉN LÓPEZ, Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador: análisis de medios de investigación en materia de tráfico de drogas, ADP 2008; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Las actuaciones en nombre de otro, ADP 1984; EL MISMO, La autoría conforme al Código Penal, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; EL MISMO, Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de «la responsabilidad penal por el producto», en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; OLMEDO CARDENETE, La inducción como forma de participación accesoria, Madrid 1999; PEÑARANDA RAMOS, La participación en el delito y el principio de accesoriidad, Madrid 1990; EL MISMO, Concurso de leyes, error y participación en el delito, Madrid 1991; EL MISMO, Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones), en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, Granada 1998; PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad de los administradores de sociedades, Barcelona 1997; EL MISMO, Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación, RP 2002; PÉREZ MANZANO, Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Madrid 1999; PESCE LAVAGGI, La responsabilidad por hecho diverso del concertado: un problema tormentoso, RDPe 2008; POLITOFF, Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; PORTILLA CONTRERAS, La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad, en Homenaje a Torío, Granada 1999; PRAT WESTERLINDH, La teoría del domino del hecho: orígenes doctrinales y evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Ley Penal 2009; QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales y la teoría de la participación, Barcelona 1974; REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología en el nuevo Código penal, Valencia 1997; REDONDO HERMIDA, El «agente encubierto» en la Jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La Ley Penal 2008; ROBLES PLANAS, La participación en el delito: Fundamento y límites, Madrid 2003; EL MISMO, Garantes y cómplices, Barcelona 2007; RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, Pamplona 2005; RODRÍGUEZ MOURULLO, El autor mediato en

Derecho español, ADP 1969; ROSO CAÑADILLAS, La concurrencia de imprudencias: sus efectos en la teoría del delito, RPJ 1997; EL MISMO, Autoría y participación imprudente, Granada 2002; ROXIN, Política criminal y sistema de Derecho penal, Barcelona 1972 (traducción de Muñoz Conde); EL MISMO, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Madrid 1998 (traducción de la 6ª ed. alemana de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo); EL MISMO, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, RP 1998; EL MISMO, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, RP 2006; RUEDA MARTÍN, Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, RP 2002; EL MISMO, Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65,3 del Código Penal, Granada 2010; RUIZ ANTÓN, El fundamento material de la pena en la participación, CPC 1980; EL MISMO, El delito provocado, construcción conceptual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADP 1982; EL MISMO, El agente provocador en el Derecho penal, Madrid 1982; EL MISMO, La autoría y la participación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, La co-delinuencia en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995, Madrid 2001; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ/ FERRÉ OLIVÉ, Criminalidad organizada, BIMJ 2006; SÁNCHEZ LÁZARO, Intervención delictiva e imprudencia, Valencia 2004; EL MISMO, Breves notas sobre autoría, tentativa e imprudencia, EPC 2006; EL MISMO, ¿Qué es la autoría?, RP 2007; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría. Comentario a la STS de 11 de mayo de 1994, AP 1997; EL MISMO, ¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas, Madrid 2004; SÁNCHEZ-VERA/ GÓMEZ-TRELLES, El denominado «delito de propia mano». Respuesta a una situación jurisprudencial, Madrid 2004; SCHÜNEMANN, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid 2002; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente, CPC 2008; EL MISMO, El encargo de contratar un ejecutor, ¿participación en la inducción o participación en el hecho principal?, CPC 2009; SILVA SÁNCHEZ, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, en Empresa y delito en el nuevo Código penal, CDJ 1997; TIEDEMANN, La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo, RP 2000; VARIOS, Problemas de autoría, CDJ 1994; VARIOS, Fenómenos delictivos complejos, Madrid 2001; VERVAELE, La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda, Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica, RDPC 1998; VIVES ANTÓN, Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), Madrid 1977.



## CAPÍTULO XXVIII

### Concurso de delitos y de leyes

1. Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos)
2. Unidad de acción y de delito
3. Unidad de acción y pluralidad de delitos (el llamado concurso ideal)
4. Pluralidad de acciones y de delitos (el llamado concurso real)
5. Pluralidad de acciones y unidad de delito: delito continuado y delito masa
6. Concurso de leyes

#### 1. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS (CONCURSO DE DELITOS)

En el capítulo anterior veíamos cómo un delito puede ser cometido por varias personas; también sucede a veces que una o varias personas cometen, con una o varias acciones, dos o más delitos que son valorados conjuntamente en un mismo proceso. Para estos casos existen en el Código penal unos preceptos que contienen las reglas a seguir (cfr. arts. 73 a 78).

También en el art. 8 se contiene una regla, de relativo valor interpretativo, que se refiere a los casos en los que el delito cometido puede ser enjuiciado *aparentemente*, al mismo tiempo, por varios preceptos legales, pero realmente sólo uno de ellos es aplicable. Los arts. 73 y ss. se refieren a lo que tradicionalmente se denomina *concurso de delitos*, mientras que el art. 8 es sólo el reflejo parcial de lo que se llama *concurso de leyes*, que realmente es más un problema de interpretación de la ley penal aplicable que de concurrencia de varias leyes, pero que por su íntima vinculación con el problema del concurso delictivo se estudia en este capítulo (véase *infra* 6).

Tradicionalmente el concurso de delitos se estructura para su estudio en *concurso ideal* y *concurso real*. Sin embargo, en las «Reglas especiales para la determinación de la pena» en la sección segunda del Capítulo II del Título III del Libro I del Código penal, se incluyen distintos supuestos que van más allá de la tradicional división entre concurso real y concurso ideal, que, prácticamente, sólo se refieren a los casos de unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal) y de pluralidad de acciones y de delitos (concurso real). Junto a ellos existen

otros de pluralidad de acciones y unidad de delito (delito continuado y delito masa) y de pluralidad de acciones y de delitos, pero tratada como si de un concurso ideal se tratase (concurso ideal impropio). En el fondo, más allá de las premisas conceptuales de estas distinciones, se trata de resolver un problema de determinación de la pena y como tal es entendido en el Código penal español (véase *infra* capítulo XXXI). Sin embargo, no hay duda de que también corresponde a la Teoría del Delito establecer las líneas básicas que permitan diferenciar unos supuestos de otros y las razones por las que deben diferenciarse. Punto de partida es el concepto de unidad de acción y de delito.

## 2. UNIDAD DE ACCIÓN Y DE DELITO

El problema común a todos los supuestos de concurso citados anteriormente es determinar cuándo hay una o varias acciones. De entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ej., agresión sexual intimidatoria, robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas). Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción.

El primero de ellos es el *factor final*, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar y disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo).

El segundo *factor* es el *normativo*, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así, por ej., la tenencia ilícita de un arma de fuego para el delito de tenencia ilícita de armas).

Y, a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica sólo cuando se dan conjuntamente (así, para el robo con fuerza en las cosas es relevante, por ejemplo, la entrada a la casa por la ventana y el apoderamiento de las cosas que allí se encuentran) o tener una relevancia típica distinta en función

de la regulación del hecho en el correspondiente tipo penal (por ej., la realización de un atentado que causa la muerte de una persona tiene una relevancia distinta, según lo lleve a cabo alguien a título individual, o alguien perteneciente a un grupo terrorista; en el primero rigen las reglas concursales generales, en el segundo se aplica el art. 572,2,1º).

Cuando una sola acción, determinada con los criterios señalados aquí, realiza un solo tipo delictivo, tenemos el caso normal. Cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos delictivos, surgen los problemas concursales.

La vinculación entre la teoría del concurso y la Parte Especial del Derecho penal es tan fuerte que difícilmente pueden resolverse los problemas concursales sin referencia a la configuración legal de los tipos delictivos donde se presentan. Un mismo hecho (disparar contra una autoridad causándole la muerte) puede dar lugar a la apreciación de dos delitos distintos (atentado del art. 550 en concurso con un delito de homicidio doloso del art. 138), o a un solo delito (atentado terrorista del art. 572,2,1º, en relación con el apartado 3 del mismo artículo), según se dé o no una determinada relación típica específica. Cuando un sujeto se apodera de una cosa ajena, el uso de intimidación puede dar lugar a un delito complejo de robo con intimidación o a un concurso de delitos entre hurto y amenazas, según la intimidación sea el medio empleado para conseguir el apoderamiento o se utilice tras la consumación de éste. A ello hay que añadir determinadas *concepciones sociales* que aunque no estén recogidas expresamente en la ley condicionan la apreciación de un concurso o de un solo delito en el caso concreto. Así, por ej., los daños en la ropa de la víctima no se consideran generalmente en concurso con el delito de asesinato. El empleo de violencia como forma de agresión sexual, cuando en sí misma no produce lesiones relevantes, no se considera como un delito autónomo de lesiones en concurso con la agresión sexual. La admisión del concurso depende también de la propia autonomía de los bienes jurídicos afectados por la conducta. Así, por ej., cabe en teoría un concurso entre el falseamiento de documentos de una sociedad y el delito de estafa, pero en el art. 290 se tiene en cuenta ya la producción de un perjuicio como un elemento agravante y realmente no parece que haya un hecho distinto con un bien jurídico diferente al del delito de estafa, salvo que por la estafa pueda tener más pena, pero entonces será este delito el aplicable, no los dos conjuntamente (cfr. *infra*: concurso de leyes). Lo mismo podría decirse también de la falsificación de documento privado con ánimo de perjudicar a un tercero respecto a la estafa (art. 395). En realidad, la calificación concursal depende de una determinada regulación legal, la del Código penal vigente, que, por imperativo del principio de legalidad, es vinculante tanto para el intérprete, como para el juzgador, y que muchas veces pone en cuestión las teorías existentes sobre el concurso de delitos.

### 3. UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE DELITOS (EL LLAMADO CONCURSO IDEAL)

Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal.

Evidentemente no puede valorarse igual una acción que produce un solo delito, que cuando esa misma acción realiza varios delitos. En este último caso, la aplicación de uno solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena del complejo delictivo. Sólo la aplicación simultánea de todos los tipos delictivos realizados por la acción valora plenamente el suceso, si bien, luego, la pena total resultante de la aplicación de todos los tipos delictivos se limita con ayuda de ciertos criterios, a los que después aludiremos.

Precisamente, la diferencia entre el concurso ideal y el concurso de leyes (*infra* 6), consiste en que en el concurso de leyes, aparentemente, son aplicables diversos preceptos penales, pero luego de una correcta interpretación se deduce que sólo uno de ellos es realmente aplicable, mientras que en el concurso ideal todos los preceptos penales infringidos por la acción son aplicables, si bien con ciertas limitaciones respecto a la pena total aplicable. Sin embargo, las diferencias entre uno y otro concurso no son fáciles de trazar, dependiendo de la configuración del tipo delictivo el que un mismo hecho (por ej., falsedad documental) pueda estar en concurso (ideal) de delitos o de leyes con otro (por ej., estafa). Si se trata de un documento privado, su falsificación sólo es punible si se hace para perjudicar a otro (art. 395), lo que a su vez constituye ya un delito de estafa (art. 248); si se trata de un documento público, su falsificación (arts. 390 y 392) es siempre delito, haya o no perjuicio de tercero, perjuicio que si se produce y constituye estafa, se castigará conforme a las reglas del concurso junto con el delito de falsedad (cfr. *infra*).

*Supuesto de hecho.* El concurso ideal se regula en el art. 77,1 del Código penal y se da «en el caso de que *un solo hecho* constituya dos o más infracciones». Ejemplo: el funcionario de correos que se apodera del contenido de un sobre (dos delitos: infidelidad en la custodia de documentos y hurto); el puñetazo en la cara a una autoridad cuando se halle ejecutando las funciones de su cargo (lesiones y atentado).

Problema básico para la aplicación de este precepto es establecer lo que se entiende por «un solo hecho». La unidad de hecho equivale a la unidad de acción antes citada. Por tanto, habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de

hecho, para integrar el presupuesto del concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos («dos o más infracciones»), por lo que el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines (matar a varias personas con una sola bomba), de ahí que no haya tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir siendo único, aunque los fines sean diversos.

A todas luces, lo que pretende el legislador es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones (*quod actiones, tot crimina*), ya que, entonces, la distinción entre concurso ideal y concurso real y su incidencia en la determinación de la pena no tendría sentido. Sin embargo, la dificultad de fijar cuándo hay un solo hecho o una sola acción y cuándo varias hace que, en la práctica, exista una gran inseguridad a la hora de apreciar una u otra modalidad concursal.

Esta dificultad se agrava porque en el art. 77,1 no sólo se regula el concurso ideal propio, sino también el *impropio o medial* («cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra»). Ejemplo: la falsificación de un documento oficial para cometer estafa.

Realmente en este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados; pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare al concurso ideal propiamente dicho. En definitiva, más que un problema teórico, de si hay o no unidad de acción, de lo que se trata es de una cuestión práctica de si se debe tratar con un procedimiento (el del concurso ideal) u otro (el del concurso real). Lógicamente, cuando la conexión entre los diversos delitos es tan íntima que si faltase uno de ellos, no se hubiese cometido el otro, se debe considerar todo el complejo delictivo como una unidad delictiva y no como dos delitos distintos (cfr. *infra* concurso real). Por eso, la jurisprudencia y la doctrina exigen, con razón, que este precepto sólo sea aplicable cuando exista una *relación de necesidad*, que debe ser entendida en un sentido real, concreto y restrictivo; de tal forma que no bastará el plan subjetivo del autor, sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito, que esté tipificado como tal de forma independiente (por ej., falsedad-estafa). Por eso, si el desvalor que representa uno de los delitos es tenido en cuenta en la configuración de otro (por ej., el ataque a la libertad constitutivo de amenazas o coacciones es tenido en cuenta para configurar el delito de agresión sexual o robo, cfr. arts. 178 y 242,1), no procede apreciar el concurso de delitos en ninguna de sus modalidades, sino el delito que



ya incluye en su tipificación y en su conminación penal el desvalor de esos otros delitos.

*Efectos jurídicos.* El problema del concurso es, en la práctica, fundamentalmente un problema de determinación de la pena; de ahí que los preceptos que lo disciplinan figuren entre las reglas de determinación o aplicación de la pena; por tanto, nos remitimos al capítulo XXXI, que es donde se tratan estas reglas.

#### **4. PLURALIDAD DE ACCIONES Y DE DELITOS (EL LLAMADO CONCURSO REAL)**

En el fondo, el concurso real, que se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo, no plantea ningún problema teórico importante. Cada acción por separado constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal debe ser el *principio de acumulación*. Pero este principio, entendido de un modo aritmético, conduce, si no se limita de algún modo, a penas draconianas incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica. Así, por ejemplo, un vulgar ratero convicto y confeso de haber cometido en diversos momentos hurtos de escasa cuantía, podría ser condenado a una pena total de muchos años de privación de libertad, superior incluso a la de un homicida o violador. Por otra parte, incluso en los delitos graves hay unos límites máximos que no deben sobrepasarse. De lo contrario, llegaríamos a aplicar penas de cientos de años de cárcel, multas de cuantías exorbitantes, etc., de imposible cumplimiento. Es, por ello, lógico que se arbitren determinados criterios, con los que, combinando los diversos principios antes citados, se llegue a penas proporcionadas a la valoración global que merecen las diversas acciones y delitos cometidos y a su posible cumplimiento efectivo. Estos criterios serán expuestos, por tanto, en el capítulo XXXI.

#### **5. PLURALIDAD DE ACCIONES Y UNIDAD DE DELITO: DELITO CONTINUADO Y DELITO MASA**

La dificultad de establecer el concepto de unidad de acción hace que, muchas veces, se llegue a admitir un concurso de delitos allí donde realmente, con una valoración global de lo acaecido, sólo hay un delito, aunque cometido en diversos momentos y a través de la realización de distintas acciones perfectamente separables unas de otras. Surge así el problema de la existencia de pluralidad de acciones constitutivas de un

solo delito. Bajo este concepto tratamos aquí el delito continuado y el delito masa.

El *delito continuado* consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito. El cajero de la empresa que durante un largo período de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad, no comete cientos de hurtos, aunque cada acto aislado por él realizado sea un hurto, sino un solo delito continuado de hurto.

Realmente, el delito continuado es una ficción jurídica cuyo origen histórico se encuentra en la praxis jurisprudencial medieval de considerar que sólo había un delito de hurto para evitar las graves penas que había que imponer a los autores del tercer hurto. Éstas y otras razones fundamentalmente procesales (dificultades probatorias, sobre todo) hicieron que la institución del delito continuado fuese acogida en el Código penal anterior ya desde la reforma de 1983 y que ahora se acoja en el art. 74 del Código de 1995 (véase CANTARERO BANDRÉS, 1990).

Para la existencia del delito continuado se exigen los siguientes *elementos*:

1) *Objetivos*: Homogeneidad del bien jurídico lesionado. Homogeneidad de los modos de comisión del delito. Cierta conexión espacial y temporal.

2) *Subjetivos*: La presencia de un dolo conjunto o designio criminal común a las diversas acciones realizadas.

Originariamente, el delito continuado fue una institución que surgió con objeto de beneficiar al reo, al excluir sus diversas acciones delictivas de las reglas del concurso real, valorándolas como una sola o por lo menos como un solo delito. Sin embargo, la jurisprudencia recurrió también a la figura del delito continuado cuando existían dificultades para probar las diversas acciones aisladas, y por otras razones procesales, que no siempre beneficiaban al reo.

Justamente esto es lo que motivó la creación de la figura del *delito masa*. Uno de los requisitos del delito continuado exigidos por la jurisprudencia tradicional era que se tratara del *mismo sujeto pasivo* (algo que ya no es necesario, pudiendo apreciarse un delito continuado sean uno o varios los afectados, cfr. art. 74,1 Cp), es decir, que para considerar como un solo delito continuado de estafa o de hurto las plurales

defraudaciones o sustracciones efectuadas se exigía que éstas afectasen al mismo sujeto pasivo. Pero pronto empezaron a darse hechos, sobre todo estafas, que afectaban a gran número de individuos, es decir, a una masa de individuos perjudicados (estafas de pisos, sociedades de inversión y construcción ficticias, venta de alimentos adulterados, etc.). Aisladamente considerados estos fraudes eran a veces de escasa cuantía y sus autores, conforme a las reglas del concurso real, sólo podían ser condenados a penas irrisorias, ya que el triplo de la más grave de las penas era una pena desproporcionada al daño global producido. La tesis del delito continuado no era aplicable en aquel momento por la diversidad del sujeto pasivo. Surgió entonces la figura del delito masa, según la cual, cuando existe en las defraudaciones una pluralidad de sujetos indiferenciados, personas anónimas, público en general, de las que el sujeto activo pretende extraer diversas cantidades de dinero con un propósito unitario de enriquecimiento, debe estimarse un solo delito por el importe global de lo defraudado (véase LANDROVE DÍAZ, 1978).

Respecto al tratamiento penal de estas figuras y su incidencia en las reglas de determinación de la pena, véase *infra* capítulo XXXI.

La construcción que ofrece el art. 74 no es, sin embargo, aplicable a supuestos ya previstos específicamente en relación con concretos delitos, como la agravación 4ª del art. 250,1 en la estafa que causa grave perjuicio, o en los casos en los que tres faltas cometidas en un año se convierten en delito de hurto (art. 234,2) o cuatro, en delito de hurto de uso de vehículo de motor (art. 244,1).

## 6. CONCURSO DE LEYES

A diferencia de lo que sucede en el concurso ideal de delitos, en el que para valorar plenamente la gravedad de un hecho hay que aplicar varias disposiciones legales, en el llamado concurso de leyes, de las diversas leyes *aparentemente* aplicables a un mismo hecho sólo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos ya elaborados hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia y que ahora se recogen en el art. 8 del Código penal:

«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:

1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

Como se deduce de la propia redacción del primer párrafo del art. 8, el llamado concurso de leyes no tiene nada que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto legal aplicable, cuando ante un mismo supuesto de hecho *aparentemente* son varios los preceptos que vienen en consideración, pero el desvalor que representa ese supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás. Así, por ejemplo, un asesinato es también un homicidio y, si no estuviera especialmente tipificado en el Código penal (art. 139), podría perfectamente ser castigado como un delito de homicidio (art. 138), ya que de todos modos igual que este delito también el asesinato es la muerte de una persona. Lo mismo sucede con la relación entre homicidio (art. 138) y homicidio del Jefe del Estado (art. 485,1). También el robo (art. 237) podría ser castigado como hurto (art. 234), en la medida en que en ambos existe el apoderamiento de una cosa mueble ajena. Pero algo nos dice que desde el momento que en el Código penal hay dos o más preceptos que pueden ser aplicables a un mismo hecho, teniendo los preceptos concurrentes el mismo núcleo típico fundamental (matar, robar, etc.), sólo uno de ellos puede ser aplicable, debiendo excluirse la aplicación de los otros. Dada la importancia práctica del problema en el art. 8 del Código penal se ofrecen una serie de criterios que hay que utilizar para resolverlo. El art. 8 puede considerarse hasta cierto punto como demasiado oficioso y en cierto modo como innecesario, porque no viene más que a recoger los criterios ya asumidos por la doctrina y la praxis jurisprudencial, pero sirven de guía orientadora y como tal debe entenderse, sin darle a sus reglas un valor absoluto, porque, como veremos seguidamente, cada una de ellas presenta problemas interpretativos importantes, tanto aisladamente consideradas, como en su relación entre sí (para más detalles, GARCÍA ALBERO, 1995 y QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES —dir.—, Comentarios).

— El primero de estos criterios («el precepto especial se aplicará con preferencia al general») es el de la *especialidad* (*lex specialis derogat lex generalis*). En efecto, cuando un precepto reproduce las características de otro, añadiéndole además otras específicas, el precepto más

específico (*lex specialis*) desplaza al más genérico. Así, por ejemplo, el asesinato (art. 139) contiene junto a las características generales del homicidio (art. 138: muerte de otra persona) otra más específica (alguna de las circunstancias agravantes citadas en el art. 139); por tanto, en caso de concurrencia aparente de los dos preceptos, sólo el más específico será aplicable, es decir, el asesinato. Lo mismo puede decirse de la relación entre hurto (art. 234) y robo (art. 237).

– El segundo criterio es el de la *subsidiariedad* («el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible»). La norma subsidiaria se utiliza cuando la principal no es aplicable. Así, por ejemplo, cuando alguien coopera en la realización de un delito y su contribución no puede calificarse de cooperación necesaria (art. 28,b), se aplicará el precepto que regula la complicidad (art. 29). El principio de subsidiariedad es una forma de evitar que la no concurrencia de determinados requisitos deje sin sanción un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto que no exige esos requisitos. Así, por ejemplo, el abandono de un recién nacido puede ser calificado como abandono de menores (art. 229), siempre que el abandono del menor no se haya producido con ánimo de matarlo, pues en este caso existiría homicidio o asesinato (arts. 138 ó 139). También la punición de la infracción patrimonial como falta, cuando no llega a la categoría de delito (cfr. art. 623,1 con relación al art. 234). Esta técnica es utilizada en el art. 16,2 y 3, para resolver los casos de la llamada *tentativa cualificada* (véase *supra* capítulo XXVI), cuando se exime de pena a los que han desistido voluntariamente de consumir un delito, «sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados».

– El tercer criterio («el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél») es el de la *consumción* (*lex consumens derogat lex consumpta*). Muchas veces un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte. Así, por ejemplo, la tentativa queda consumida por el delito consumado; el delito de lesiones (arts. 147 y ss.) en el delito consumado de homicidio doloso (art. 138) o de asesinato (art. 139); el tipo básico de agresiones sexuales (art. 178) en la agresión sexual cualificada por acceso carnal (art. 179), etc. Sucede esto también en los llamados *delitos complejos* que surgen de una especial relación típica de dos delitos autónomos. Por ejemplo, en

el atentado terrorista que causare muerte (art. 572,2,1º), desde el momento en que se aprecie esta figura compleja dejan de tener autonomía la pertenencia a organización terrorista y el homicidio, separadamente. Igualmente deben solucionarse con ayuda de este criterio los llamados *actos copenados*, anteriores o posteriores. Introducir en territorio nacional la moneda que previamente se ha falsificado o usar un documento que ya antes se ha falsificado son actos posteriores o copenados impunes, porque ya el desvalor de la falsificación consume la introducción o posterior uso en el tráfico jurídico del objeto falsificado (cfr. arts. 386 y 396). Obviamente, para apreciar este principio los diversos hechos han de estar en una misma línea de progresión en el ataque a un mismo bien jurídico protegido, pues de lo contrario ya no habría concurso de leyes, sino de delitos (así, por ej., se considera que entre la falsificación de documentos públicos y la estafa no hay concurso de leyes, sino de delitos, por tratarse de bienes jurídicos distintos).

– Cuando el problema del aparente concurso de leyes no puede ser resuelto con los criterios anteriormente señalados, hay que acudir simplemente al precepto que imponga al hecho una pena más grave. Éste es el cuarto criterio que establece el art. 8 («en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor»). Ello parece lógico, por cuanto si de un mismo hecho se ofrecen dos valoraciones distintas y ninguna queda excluida por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, la valoración de mayor gravedad parece traducir más fielmente la voluntad del legislador. Este cuarto criterio, llamado de *alternatividad*, debe siempre tenerse en cuenta para evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica (compárese, por ej., la pena del acoso sexual, art. 184, con la de la amenaza condicional, art. 171,1 y se observará que en los casos en que coincidan ambos preceptos en el mismo supuesto de hecho carece de sentido que la finalidad sexual de la amenaza privilegie al que la haga, cuando ya como tal amenaza puede tener más pena).

**Bibliografía:** ÁLVAREZ POZO, La génesis de la teoría del concurso de delitos en el Ordenamiento jurídico español (I), CPC 2008; EL MISMO, La evolución histórico-legislativa española del concurso ideal de delitos en el siglo XX (II), CPC 2008; ANTÓN ONECA, Delito continuado, NEJ VI, 1954; BAJO FERNÁNDEZ, Delito masa, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; CAMARGO HERNÁNDEZ, El delito continuado, Barcelona 1951; CANTARERO BANDRÉS, Problemas

penales y procesales del delito continuado, Barcelona 1990; CASTELLÓ NICÁS, El concurso de normas penales, Granada 2000; CASTIÑEIRA PALOU, El delito continuado, Barcelona 1977; EL MISMO, El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; CID MOLINÉ, Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos, ADP 1994; CUELLO CONTRERAS, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal, ADP 1979; CUERDA RIEZU, Sobre el concurso entre causas de justificación, ADP 1990; EL MISMO, Concurso de delitos y determinación de la pena, Madrid 1992; EL MISMO, El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot: observaciones legales y constitucionales, en Nuevas posiciones de la Dogmática jurídica penal, CDJ 2006; CHAZARRA QUINTO, El tratamiento del comportamiento postdelictivo en el Código penal español: Especial referencia a la renuncia de pena ante delitos consumados, AP 2003; CHOCLÁN MONTALVO, El concurso de infracciones en la reforma penal, CPC 1997; EL MISMO, El delito continuado, Madrid 1997; EL MISMO, La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos. (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997), PJ 1998; DE SOLA DUEÑAS, Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas, ADP 1994; DEL ROSAL, El delito continuado, RGLJ 1964; DELGADO GARCÍA, Los concursos en el Derecho penal, La Ley 1996; DÍAZ PALOS, Delito continuado, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica, Granada 2004; GALÁN MUÑOZ, El denominado «*dolo alternativo*»: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; GARCÍA ALBERO, Sobre la denominada «unidad natural de acción», ADP 1994; EL MISMO, «Non bis in idem» material y concurso de leyes penales, Barcelona 1995; GIMBERNAT ORDEIG, Concurso de leyes, error y participación en el delito, ADP 1992; GUINARTE CABADA, El concurso medial de delitos, EPC 1988/1989; HERNÁNDEZ PLASENCIA, Delitos de peligro con verificación del resultado: ¿concurso de leyes?, ADP 1994; JOSHI JUBERT, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, ADP 1992; LANDROVE DÍAZ, Los fraudes colectivos, Barcelona 1978; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, La continuidad delictiva: un análisis comparado con el sistema alemán, La Ley 2002; MATUS ACUÑA, Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código penal español de 1995, ADP 2005; MIR PUIG, Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos, ADP 1987; PELÁEZ DE LAS HERAS, El delito continuado, Salamanca 1942; PEÑARANDA RAMOS, Concurso de leyes, error y participación en el delito, Madrid 1991; POLAINO NAVARRETE, Nota sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previsto en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal, CPC 1981; REOL SUÁREZ, El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa, ADP 1958; RODRÍGUEZ RAMOS, Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes. (Exégesis crítica del art. 8 del Código penal), AJA 1998; SAINZ CANTERO, El delito masa, ADP 1971; SANZ MORÁN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, Valladolid 1986; EL MISMO, Alternatividad de leyes penales, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; EL MISMO, Concurso de delitos y pluralidad de procesos, en Revista Jurídica de Asturias 1994; EL MISMO, Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el

Código Penal de 1995, en Homenaje a Torío, Granada 1999; SERRANO BUTRAGUENO, El castigo o la punición de los delitos o faltas imprudentes con múltiples resultados lesivos, solos y en concurso con delitos de peligro inherentes, La Ley 2002; SERRANO TÁRRAGA, El concurso de delitos en la Ley penal del menor y en el Proyecto de reforma, en Homenaje a Serrano, Madrid 2006; SUÁREZ LÓPEZ, El concurso real de delitos, Madrid 2001; VARIOS, Unidad y pluralidad de delitos, CDJ 1995; VIVES ANTÓN, La estructura de la teoría del concurso de infracciones, Valencia 1981.





## CAPÍTULO XXIX

### Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

1. Teoría general de las circunstancias modificativas
  - A) Concepto y relación con la Teoría del Delito
  - B) Naturaleza
  - C) Efectos
  - D) Problemas específicos
2. Las circunstancias atenuantes
  - A) Las eximentes incompletas
  - B) Las atenuantes ordinarias
3. Las circunstancias agravantes
  - A) Circunstancias objetivas
  - B) Circunstancias subjetivas
4. La circunstancia mixta

#### 1. TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

##### A) *CONCEPTO Y RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DELITO*

Como se verá en la Tercera Parte de esta obra, las penas con que el Código penal conmina los delitos no se establecen, en los distintos preceptos, con una cantidad fija sino mediante lo que se denominan marcos penales, esto es, períodos o cantidades de pena más o menos amplios y limitados en su máximo y su mínimo, dentro de los cuales los tribunales deberán individualizar la pena concreta que corresponde al responsable del hecho. Para hacerlo, el propio Código establece unas reglas de determinación de la pena en las que deberá atenderse a las *circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* que concurrieren (véase *infra* capítulo XXXI).

Las circunstancias modificativas son, pues, situaciones que rodean («circum-stare»: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos.

El objeto de este capítulo se sitúa en lo que se denominan *circunstancias genéricas*, previstas en los artículos 21, 22 y 23 y que, en principio, pueden operar sobre todos los delitos sin perjuicio de lo que después se dirá respecto a las que resultan inherentes a algunos de ellos. Junto a las circunstancias genéricas, el Código prevé las denominadas *circunstancias específicas*, establecidas concretamente en algunos tipos penales (así, las previstas para el asesinato en el art. 139).

Desde el punto de vista de sus efectos las circunstancias se clasifican en *atenuantes* (art. 21), *agravantes* (art. 22) y *mixta* (art. 23).

De lo dicho hasta aquí se desprende que la mayor virtualidad de las circunstancias modificativas se produce en el ámbito de la teoría de la pena, en tanto en cuanto afectan a su medición. Ello se refleja también en las reglas del art. 66, con arreglo a las cuales las circunstancias se toman en consideración para elegir una pena mayor o menor dentro del marco penal. Sin embargo, la doctrina mayoritaria destaca, con razón, la relación que las circunstancias modificativas tienen con la Teoría del Delito en la medida en que es posible apreciar en ellas elementos que, sin afectar a la existencia del delito, hacen que la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor aumente o disminuya (circunscribiendo sus efectos a la teoría de la pena, GONZÁLEZ CUSSAC, 1998).

El principal argumento para apoyarlo parte de la consideración del principio de *proporcionalidad* de las penas, propio del Derecho penal democrático. Efectivamente, si los marcos penales genéricos deben ser proporcionados a la gravedad del delito en abstracto, también debe serlo la pena concreta que se imponga dentro de dicho marco. Y si tal decisión se adopta en base a las circunstancias atenuantes y agravantes es porque éstas contemplan situaciones que modifican la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor, obteniéndose con ello la proporcionalidad en concreto. En definitiva, se trata de circunstancias que modifican la pena porque suponen modificaciones de la responsabilidad criminal.

En segundo lugar, la relación con la Teoría del Delito se pone de manifiesto en el hecho de que aquéllas que alteran la forma de realización de la conducta deben ser abarcadas por el dolo del autor para que puedan serle aplicadas (arts. 14,2 y 65,2), lo que no supone sino la vigencia del *principio de culpabilidad* en esta materia y la real consideración de tales circunstancias como elementos accidentales de la conducta punible, tratados a estos efectos como los elementos típicos esenciales.

Por último, en la mayoría de circunstancias es posible apreciar una graduación o modulación de determinados elementos del delito. Por

ejemplo, la grave adicción a sustancias tóxicas (art. 21,2<sup>a</sup>) constituye un caso de semiimputabilidad; las llamadas eximentes incompletas del art. 21,1<sup>a</sup>, que constituyen atenuantes cuando a alguna de las circunstancias eximentes les falta algún requisito no esencial, son una institución propia del Derecho español en las que es posible apreciar el mismo fundamento que en la correspondiente eximente: así, si la alteración mental completa del art. 20,1<sup>a</sup> supone ausencia de imputabilidad, la alteración mental incompleta (art. 21,1<sup>a</sup>) recoge una disminución de la misma sin llegar a anularla.

La cuestión es algo más complicada en las eximentes incompletas referidas a causas de justificación (por ejemplo, la eximente incompleta de legítima defensa), dada la dificultad de graduar sus efectos sobre la antijuricidad (véase *supra* capítulo XIX.5). Parte de la doctrina reciente aprecia en las causas de justificación incompletas situaciones de menor antijuricidad y disminución del contenido de injusto que, en otros Ordenamientos como el alemán que no disponen de eximentes incompletas, son explicadas en ocasiones acudiendo a una categoría intermedia entre antijuricidad y culpabilidad (críticamente DIEZ RIPOLLÉS, 1991), de difícil conceptualización y que complica considerablemente el esquema de la Teoría del Delito.

## B) NATURALEZA

Además de la clasificación que atiende a sus efectos, se ha utilizado doctrinalmente la distinción entre circunstancias *objetivas* y *subjetivas*, atendiendo a su naturaleza, esto es, a si suponen, respectivamente, una modulación del injusto o de la culpabilidad. Sin embargo, dicha distinción requiere algunas matizaciones.

En primer lugar, la relación con el injusto o la culpabilidad podría utilizarse como criterio para decidir si la circunstancia en cuestión debe afectar o no a los restantes partícipes. De este modo, aquellas circunstancias que supongan un incremento de la gravedad del injusto deberían afectar a todos los intervinientes en el mismo, al contrario que aquéllas que afectaran a la culpabilidad del autor. Sin embargo, las reglas de comunicabilidad que a estos efectos establece el art. 65 no siguen exactamente este criterio: así, la circunstancia agravante de obrar con *abuso de confianza* (art. 22,6<sup>a</sup>) puede interpretarse como afectante al injusto en la medida en que la víctima se encuentra más desprotegida frente al sujeto en quien confía. Sin embargo, al tratarse de una «causa de naturaleza personal» sólo se aplicará al sujeto en el que concurra (art. 65,1).

En segundo lugar, la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias viene enturbiada en ocasiones por la atribución doctrinal y ju-

risprudencial de especiales fundamentaciones a ciertas circunstancias. Por ejemplo, la circunstancia de *alevosía* (art. 22,1ª), consistente básicamente en la utilización de formas de ejecución que anulen las posibilidades de defensa de la víctima, supone una mayor gravedad del hecho o del injusto en tanto en cuanto se desvalora más la lesión de bienes jurídicos indefensos; sin embargo, frecuentemente se le ha atribuido un fundamento basado en el *carácter* traicionero del autor. Con ello, no sólo se confunde la naturaleza con el posible fundamento de la circunstancia sino que se acepta indirectamente la agravación de la pena en atención a la forma de ser del sujeto, lo que resulta propio de la rechazable *culpabilidad por el carácter* y, por tanto, contrario a las exigencias de la culpabilidad por el hecho.

Cuestión distinta es que en muchas de las circunstancias agravantes convivan elementos objetivos que incrementan la gravedad del hecho, con componentes que denotan una mayor reprochabilidad del autor por el modo en que lo ha cometido —no por su forma de ser—. Por ello, pocas veces puede hablarse de circunstancias exclusivamente objetivas o exclusivamente subjetivas, sino que frecuentemente debe aceptarse su naturaleza mixta. Así, cometer un delito con la ya citada agravante de abuso de confianza puede considerarse un hecho objetivamente más desvalorado, pero cabe afirmar al mismo tiempo que se le reprocha al autor con mayor intensidad.

Por último, debe decirse que algunas circunstancias no son incluíbles ni en la modificación del injusto ni en la de la culpabilidad, como aquéllas que concurren con posterioridad al hecho: la confesión del delito y la reparación del daño del art. 21,4ª y 5ª.

Pese a todo, la búsqueda de una naturaleza referida al injusto o a la culpabilidad resulta sumamente útil para criticar alguna circunstancia agravante en la que ninguno de dichos elementos resulta incrementado y, por tanto, no se justifica la aplicación de una pena más grave. Al estudiar la reincidencia tendremos ocasión de utilizar este criterio.

### C) EFECTOS

Los efectos *generales* de las circunstancias modificativas se recogen en el art. 66,1 del Código penal, por el que se establecen diversas reglas que se estudian en el ámbito de la determinación de la pena.

Se trata de un complejo sistema de reglas que, en general, conducen a aplicar la mitad inferior o superior de la pena, o bien penas superiores o inferiores, según las circunstancias que concurren. De no concurrir

ni atenuantes ni agravantes, el juez puede recorrer todo el marco penal típico (art. 66,1,6º. Vid. *infra* capítulo XXXI).

Por otra parte, determinadas circunstancias poseen efectos *especiales*: tal es el caso de las eximentes incompletas (art. 68) en las que la atenuación se privilegia hasta el punto de permitir imponer la pena inferior en uno o dos grados.

## D) PROBLEMAS ESPECÍFICOS

### a) Comunicabilidad

El ya citado art. 65 del vigente Código penal establece las reglas para determinar la aplicabilidad de las circunstancias concurrentes en un delito a los distintos intervinientes en el mismo, esto es, su comunicabilidad a los partícipes.

En dicho precepto se contienen tres reglas: la del primer párrafo establece la incomunicabilidad a los partícipes de las circunstancias que consistieren «en cualquier causa de naturaleza personal», que se aplicarán sólo a los sujetos en quienes concurren. La regla del segundo párrafo se destina a las circunstancias afectantes a la ejecución material del hecho o a los medios empleados, que se aplicarán sólo a quienes las conocieren en el momento de su intervención en el hecho.

Como se ha apuntado, resulta arriesgado identificar las circunstancias aludidas en el primer párrafo con la graduación de la culpabilidad (subjetivas) y las del segundo con el injusto (objetivas). Por ello resulta más frecuente denominarlas respectivamente *personales* y *materiales*.

En realidad, los dos primeros párrafos del art. 65 pueden interpretarse como una confirmación del principio de culpabilidad en materia de circunstancias modificativas. Las circunstancias «personales» sólo deben afectar a aquéllos que las posean, mientras que las relativas a modalidades del hecho deben ser abarcadas por el dolo del autor.

Por ello, cuando en el artículo 14,2 se regula el error sobre circunstancias agravantes no se distingue entre error invencible y error vencible, ya que basta el desconocimiento para impedir la apreciación.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo el número tres del artículo 65 Cp, relativo al problema de los partícipes en delitos especiales cuando dichos partícipes no reúnen las características personales exigidas para el autor en la correspondiente figura legal, por lo que se les denomina *extraneus*. Como se dijo más arriba (vid. *supra* capítulo

XXVII.2.B), el partícipe responde —como tal—, por el delito cometido por el autor en quien concurren las circunstancias típicas especiales (por ej., particular que induce a un funcionario a cometer una prevaricación). La jurisprudencia admitió la responsabilidad del partícipe *extraneus* en el delito especial (STS 52/1993, de 18 de enero), pero acostumbraba a atenuar la pena del partícipe, en estos casos, en atención a que no concurren en él dichas circunstancias típicas. Para ello acudió a la atenuante análoga del art. 21,6ª (hoy 7ª), basándola en el principio de proporcionalidad.

El vigente art. 65,3 Cp, recoge esta orientación jurisprudencial, facultando para imponer la pena inferior en grado al inductor o cooperador necesario *extraneus*, en quien no concurren las cualidades que, según este texto legal, «fundamentan la culpabilidad del autor».

En la primera jurisprudencia sobre la aplicación de este precepto, el TS (STS 759/2006, de 13 de julio), mantiene que la aplicación de la atenuante análoga, basada en la menor entidad de la ilicitud del partícipe, sigue en pie con carácter obligatorio —y con el efecto normal de las atenuantes según el art. 66 Cp— mientras que la regla del art. 65,3 añade a la situación anterior una atenuación extraordinaria, de aplicación facultativa.

Por lo que respecta a las circunstancias agravatorias específicas establecidas en algunos tipos penales (por ejemplo, las señaladas en el art. 235 para el delito de hurto), deberá determinarse si su previsión determina la constitución de un marco penal autónomo respecto al delito sin circunstancias. En caso afirmativo, tales circunstancias quedan sustraídas al régimen del art. 65 y también del art. 66,1, en virtud de lo cual, por ejemplo, si concurren junto a una atenuante genérica, no podrán «compensarse» en el sentido de la regla 7ª de este último precepto.

Cuestión distinta es que también para dichos elementos típicos —sean esenciales como en el ejemplo de la malversación, o accidentales— rige el principio de culpabilidad y, por ello, deben ser conocidos por el autor para que su conducta pueda ser calificada con arreglo al tipo en cuestión, de manera que en caso de desconocimiento serán aplicables las reglas del error (art. 14).

### b) *Inherencia*

El art. 67 Cp recoge la inaplicabilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes en determinados supuestos, que por lo que se refiere a las agravantes, se deriva básicamente del principio «non bis in idem»: las circunstancias agravantes *inherentes* a determinados delitos no pue-

den aumentar además la pena correspondiente porque ello supondría valorar dos veces el mismo hecho, con doble consecuencia sancionatoria (constituyendo la tipicidad y agravando la pena). En el caso de las atenuantes *inherentes* no se trata de evitar la doble punición, pero, al igual que en las agravantes, lo que se plantea aquí es un problema de *concurso de leyes*, en el que aparentemente concurren dos normas, debiendo decidirse cuál es la aplicable; en suma, se trata de respetar el principio de legalidad, uno de cuyos efectos es, como se vio en su momento, el principio de «non bis in idem» (véase *supra* capítulo V.2).

En las circunstancias modificativas «que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción» (art. 67, primer inciso) se produce la denominada *inherencia expresa*. En tal sentido, la agravante de cometer el delito por motivos racistas (art. 22,4<sup>a</sup>) resulta inherente al delito del art. 510, consistente en provocar a la discriminación por motivos racistas.

El segundo inciso del art. 67 incluye la denominada *inherencia tácita*, producida en los supuestos de circunstancias «de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse». El problema planteado por dicha regla es el de si debe interpretarse en sentido abstracto o concreto.

Desde un punto de vista abstracto, serían inherentes al delito en cuestión aquellas circunstancias sin las cuales la correspondiente figura delictiva no pudiera cometerse nunca, conclusión a la que debe llegarse tras analizar en el plano de la tipicidad la estructura del hecho delictivo. En cambio, desde un punto de vista concreto sería inherente al delito aquella circunstancia sin la cual el concreto delito cometido no se hubiera podido cometer, teniendo en cuenta el plan de ejecución elegido por el autor. La doctrina se ha pronunciado unánimemente en favor del criterio abstracto puesto que, en definitiva, todos los problemas de concurso de leyes (*supra* capítulo XXVIII.6) deben ser solucionados en el plano típico resolviendo cuál de las normas en presencia debe ser aplicada.

Así, por ejemplo, la agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22,7<sup>a</sup>) es inherente a los delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus cargos (contra la Administración Pública).

### c) *Compatibilidad*

Por último y vinculado también a la vigencia del principio «non bis in idem», la jurisprudencia ha establecido criterios de los que se desprende



la compatibilidad o incompatibilidad de determinadas circunstancias, reconducibles genéricamente al siguiente principio: de un mismo hecho no pueden derivarse varias circunstancias, ni pueden apreciarse como tales las que se hallen ligadas entre sí de tal forma que la existencia de una presuponga necesariamente la coexistencia de las otras.

La decisión sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias sólo puede adoptarse analizando el contenido de cada una de ellas y estableciendo si responden o no a realidades (hechos) distintas. Pese a que el actual Código penal ha disminuido mucho la casuística anterior en materia de agravantes —que provocaba problemas de incompatibilidad—, todavía puede hablarse de incompatibilidad, por ejemplo, entre la circunstancia de alevosía, consistente en utilizar medios debilitadores de la defensa y el abuso de superioridad.

## 2. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

### A) LAS EXIMENTES INCOMPLETAS

El art. 21,1<sup>a</sup> establece efectos atenuatorios para las circunstancias previstas como eximentes en el art. 20 «cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos».

La mención a los «requisitos» de cada una de las eximentes no debe inducir a una consideración «cuantitativa» y numérica de los mismos por la que se entiendan convertibles en eximente incompleta sólo aquellas eximentes integradas por varios «requisitos». Por el contrario, la conversión en atenuante es posible también en aquéllas cuya definición legal no contiene —expresamente— distintos elementos o bien se encuentran integradas por un solo requisito, aunque graduable. De esta forma, pese a que el art. 21,1<sup>a</sup> se refiere a las causas del «capítulo anterior», no es convertible en incompleta la minoría de edad contenida en el art. 19, puesto que se trata de una situación indivisible y no graduable; todas las demás, pueden entenderse convertibles en eximente incompleta.

Aunque la jurisprudencia no se refiera expresamente al fundamento material de las eximentes incompletas, exige para su estimación que se encuentren presentes los requisitos *esenciales* de la eximente, de modo que sólo si el requisito ausente no es esencial, podrá aplicarse la correspondiente atenuación. Así, para aplicar la legítima defensa incompleta

deberá haberse producido una agresión ilegítima (requisito esencial de la exención completa) y en relación al estado de necesidad incompleto, debe darse una real situación de necesidad entendida como conflicto entre bienes jurídicos.

Por otro lado, en las circunstancias eximentes que afectan a la culpabilidad y, especialmente, en aquéllas que anulan la imputabilidad (anomalía psíquica, trastorno mental transitorio) la conversión en eximente incompleta se produce cuando se dan situaciones de disminución de la capacidad intelectual y volitiva sin la suficiente entidad como para llegar a anularla.

## *B) LAS ATENUANTES ORDINARIAS*

Agrupamos aquí las restantes circunstancias atenuantes, diferenciadas de las eximentes incompletas por la menor entidad de sus efectos atenuatorios. Pese a su agrupación en atención a los efectos, es posible distinguir entre ellas diferentes fundamentaciones.

### *a) Circunstancias que disminuyen la culpabilidad*

Pueden incluirse aquí la grave adicción a sustancias tóxicas (art. 21,2<sup>a</sup>) y los denominados estados pasionales (art. 22,3<sup>a</sup>).

En cuanto a la *grave adicción*, su previsión se remite a las sustancias mencionadas en la eximente del art. 20,2<sup>o</sup>: bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras de efectos análogos; con ello se incluyen en el ámbito de la atenuante sustancias distintas del alcohol, ampliándose, por tanto, la antigua atenuante de *embriaguez*; asimismo, existe un evidente paralelismo con la circunstancia eximente que obliga a distinguir entre sus respectivos ámbitos. Al respecto, el hecho de que en la eximente se hable de «intoxicación plena» al tiempo de cometer la infracción y en la atenuante, sólo de «grave adicción» podría llevar a entender que para la exención se exige actuar bajo los efectos —temporales— de las sustancias, mientras que en la atenuante se trata de que la grave adicción sea determinante del delito aunque en el momento de su comisión no se encuentre el sujeto bajo los efectos de la ingestión próxima de sustancias tóxicas.

Sin embargo, esta distinción no resulta coherente, puesto que en el ámbito de la eximente se sitúa también la situación de síndrome de abstinencia que se da en sujetos con «grave adicción», precisamente cuando no se encuentran bajo los efectos de la ingestión de la sustancia

de la que dependan. Por tanto, la diferencia debe buscarse en la menor *intensidad de los efectos* producidos sobre la imputabilidad del sujeto, lo que lleva al ámbito de la atenuante tanto casos de intoxicación en el momento de la ejecución, como comportamientos bajo síndrome de abstinencia, que no alcancen a anular totalmente la imputabilidad puesto que en tal caso resultaría de aplicación, en principio, la eximente del art. 20,2º.

En todo caso, la eximente de intoxicación plena puede aplicarse también como eximente incompleta, con lo que se produce un grado intermedio entre la exención completa y la atenuante. Asimismo, de entenderse que el no haber buscado la intoxicación de propósito para delinquir o el no haber previsto o debido prever la comisión del delito («*actio libera in causa dolosa o culposa*») son requisitos esenciales de la eximente completa del art. 20,1º, su ausencia impediría la exención incompleta pero permitiría la aplicación de la atenuante ordinaria del art. 21,2º.

Por último, la circunstancia 3ª consiste en «obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante». Suele interpretarse como un caso de disminución de la imputabilidad producido por estímulos externos que no alcanza la intensidad del trastorno mental transitorio (art. 20,1ª) completo o incompleto, aunque de modo criticable la jurisprudencia exige frecuentemente que el estado pasional no haya sido provocado por una conducta ilícita de la víctima.

### *b) Comportamientos posteriores al hecho delictivo*

Las circunstancias 4ª y 5ª del art. 21 (confesar a las autoridades la infracción y reparar o disminuir los efectos del delito) desglosan la antigua atenuante del art. 9,9ª consistente en llevar a cabo tales comportamientos «por impulsos de arrepentimiento espontáneo».

De entrada, la eliminación de tal exigencia referida a los «impulsos de arrepentimiento» despoja a estas circunstancias de un elemento subjetivo que podía tender a exigir el arrepentimiento en sentido moral. Dicha clase de arrepentimiento no es exigible según el texto legal y lo único relevante es el momento en el que se produzcan tales comportamientos, lo que permite establecer la fundamentación de estas circunstancias.

La actual regulación separa la confesión realizada antes de que el responsable *conozca* que el procedimiento *judicial* se dirige contra él (art. 21,4ª) y la reparación o disminución de los efectos del delito *en*

*cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral* (art. 21,5<sup>a</sup>).

Al tratarse de circunstancias que operan en momentos posteriores a la comisión del delito no puede verse en ellas casos de disminución de la culpabilidad, sino meras razones político-criminales por las que se pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable confesando la infracción o reparando sus efectos. Ello, unido a la desaparición de la exigencia de «arrepentimiento espontáneo» en tales comportamientos, permite configurarlas en un sentido predominantemente objetivo, que las considere aplicables siempre que tengan lugar en los *momentos* establecidos en el texto legal: antes de conocer el responsable que el procedimiento *judicial* se dirige contra él o antes de la celebración del juicio oral; aunque especialmente en el conocimiento del procedimiento judicial (circunstancia 4<sup>a</sup>) pueda verse la exigencia de que el comportamiento sea plenamente voluntario y no coaccionado, los momentos procesales que se establecen para la validez de la atenuación se tratan, más propiamente, de barreras político-criminales a partir de las cuales ya no se considera oportuno conceder efectos atenuatorios a los comportamientos posteriores al hecho, lo que resulta especialmente claro en la reparación de los efectos del delito (circunstancia 5<sup>a</sup>) y su tope en la celebración del juicio oral, más amplio que el anterior para favorecer en mayor medida la actuación reparadora.

### *c) La atenuante de dilaciones indebidas*

La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo como atenuante 6<sup>a</sup> del art. 21 la «dilación extraordinaria e indebida» del procedimiento, cuando no sea atribuible al inculpado y sea desproporcionada en relación a la complejidad de la causa. Esta atenuante pretende compensar los perjuicios causados por el retraso indebido en la tramitación del procedimiento y es de origen jurisprudencial, puesto que, con anterioridad a la reforma, los tribunales la aplicaban por la vía de la atenuante análoga (actual art. 21,7<sup>a</sup> Cp. Vid. STS 34/2004, de 23 de enero, en un proceso por abusos sexuales que duró cuatro años), lo que había sido confirmado por el Acuerdo del Tribunal Supremo (Sala 2<sup>a</sup>) de 21 de mayo de 1999.

### *d) Las atenuantes análogas*

La circunstancia 7<sup>a</sup> del art. 21 («cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores») es expresión del aforismo «favo-

rilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda» (debe ampliarse lo favorable y restringirse lo perjudicial). Con este precepto se establece una cláusula legal de analogía beneficiosa para el reo, permitiéndose atenuar la pena en situaciones distintas de las de los números anteriores, pero que tengan similar «significación», esto es, respondan al mismo fundamento. Sin embargo, la jurisprudencia aplica también esta circunstancia a supuestos que, propiamente, no son diversos de los contenidos en las anteriores circunstancias, sino que, coincidiendo con ellas, no reúnen todos sus requisitos o éstos no se dan con la intensidad exigida (por ejemplo, drogadicción leve), lo que supone, en realidad, aplicar una suerte de «atenuante incompleta» (ORTS, 1978). Es posible aplicar esta atenuante como análoga a alguna de las eximentes incompletas.

### 3. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

En general, las circunstancias agravantes pueden clasificarse en atención a si suponen: a) un incremento de la gravedad objetiva del hecho o b) un mayor reproche al autor, lo que nos conduce a la distinción entre *objetivas* y *subjetivas*. Sin embargo, como se apuntó más arriba (véase 1.B) tal diferenciación no siempre es nítida desde el momento en que algunas circunstancias que contienen un mayor desvalor objetivo son interpretadas en ocasiones como acogedoras de un especial carácter del autor o bien incluyen un mayor reproche.

Aquí mantendremos la distinción objetivas-subjetivas con el siguiente criterio: son circunstancias *objetivas* aquéllas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien una mayor facilidad de ejecución que supone mayor desprotección del bien jurídico, *con independencia* de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto. El principio de proporcionalidad entre la pena y la *culpabilidad por el hecho* permite explicar aquí el incremento de la pena. En cambio, calificamos como *subjetivas* aquéllas en las que no es posible hallar datos por los que el hecho objetivamente considerado resulte más grave o por los que aumente el reproche al autor *por el hecho cometido*. En realidad, lo que está presente en ellas es una mayor desvalorización del autor, pero referida a su vida anterior, su forma de pensar o su actitud ante el Ordenamiento jurídico, sin que ese mayor reproche se refiera al hecho concreto objeto de enjuiciamiento.

Entre estas últimas se encontraba la clásica circunstancia de *premeditación conocida*, eliminada en el actual Código penal precisamente por no suponer un incremento del desvalor objetivo recayente sobre el delito.

El Código penal vigente ha reducido considerablemente el casuismo con que el Código anterior regulaba las circunstancias agravantes, especialmente agrupando varias de las que poseían el mismo fundamento que la alevosía y el aprovechamiento de situaciones de desventaja para la víctima. Exponemos a continuación su clasificación general para detenernos posteriormente en algunos aspectos de las más problemáticas.

*a) Circunstancias objetivas*

1. Suponen una mayor gravedad del mal causado por el delito.
  - Ensañamiento (22,5<sup>a</sup>).
2. Suponen mayor facilidad de ejecución o facilitan la impunidad del culpable.
  - La alevosía (22,1<sup>a</sup>).
  - Disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de circunstancias que debiliten la defensa de la víctima o faciliten la impunidad del delincuente (art. 22,2<sup>a</sup>).
  - Precio, recompensa o promesa (22,3<sup>a</sup>).
  - Abuso de confianza (22,6<sup>a</sup>).
  - Prevalimiento del carácter público que tenga el culpable (22,7<sup>a</sup>).

*b) Circunstancias subjetivas*

- Obrar por motivos racistas o discriminatorios (22,4<sup>a</sup>).
- Reincidencia (22,8<sup>a</sup>).

## A) CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

De entre ellas, el ensañamiento contiene claramente una situación en la que se incrementa el daño producido: aumentando deliberada o inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. El requisito del propósito deliberado de aumentar el sufrimiento impide aplicar esta circunstancia a comportamientos *post-mortem* y, por otra parte, no exige que el autor presente un carácter especialmente perverso. La inhumanidad del padecimiento se ha relacionado con el ataque a la integridad moral (DOPICO GÓMEZ-ALIER, 2000).

El segundo grupo de circunstancias objetivas se caracteriza por la situación de indefensión o inferioridad de la víctima. En estos casos, la lesión del bien jurídico se considera más grave porque se encuentra en una mayor indefensión y, por tanto, más necesitado de protección. A su vez, tal situación puede producirse porque el responsable *interponga* medios o formas de ejecución tendentes a asegurarla o bien porque *se aproveche* de una situación de inferioridad ya existente en la víctima. El paradigma de lo primero es la circunstancia de *alevosía*, en la que el art. 22,1<sup>a</sup> reproduce la redacción del Código penal anterior al entenderla aplicable sólo a «delitos contra las personas», clasificación que ya no existe en el Código penal vigente. La interpretación histórica empuja a considerar que la reproducción de la definición clásica pretendía también reproducir su contenido, por lo que afectaría a los delitos antes incluidos bajo tal rúbrica (hoy, homicidio, aborto y lesiones).

En tanto suponga un medio interpuesto por el autor para facilitar la ejecución, la utilización de *disfraz* presenta también un fondo alevoso.

En cambio, el aprovechamiento de situaciones ya dadas por las que la víctima tiene menores posibilidades de defenderse es reconducible al *abuso de superioridad* y al *aprovechamiento* de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas. Con este último inciso, se recogen las antiguas circunstancias de nocturnidad, despoblado y cuadrilla, aunque difícilmente el «auxilio de otras personas» será una situación de la que el autor pueda simplemente «aprovecharse», sino que normalmente habrá sido interpuesta por él. En el aprovechamiento de las circunstancias de tiempo y lugar puede incluirse también la antigua circunstancia consistente en cometer el delito «con ocasión» de incendio, naufragio o calamidad.

La distinción entre la interposición de medios alevosos y el aprovechamiento de situaciones de inferioridad de la víctima es importante porque en ocasiones se ha confundido el ámbito de aplicación de unas y otras. Así, la jurisprudencia ha estimado frecuentemente que la muerte de un niño siempre es alevosa (calificándola, por tanto, como asesinato, art. 139 Cp), cuando en realidad, si sólo existe la inferioridad propia de la edad —sin interposición de medios alevosos—, debe acudir a la circunstancia de abuso de superioridad.

Mención aparte merece la circunstancia consistente en ejecutar el hecho «mediante precio, recompensa o promesa», que hemos clasificado entre las objetivas, lo que demanda una explicación. Para ello debe señalarse que mientras el texto legal anterior la definía como «cometer» el delito mediante precio, la jurisprudencia la ha estimado aplicable

tanto al que paga (porque *comete* el delito como inductor) como al que cobra por delinquir. Al referirse el art. 22,3ª a quien «ejecuta» el delito mediante precio parece limitarse a lo que propiamente son actos de ejecución y, por tanto, es dudoso que siga siendo aplicable al inductor que paga (pero que no *ejecuta*).

En todo caso, de aplicarse al que paga, es posible apreciar una mayor facilidad de comisión e impunidad, pero ello no es consustancial al que cobra, en el que la razón de la agravación sólo puede situarse en el desvalor recayente sobre los móviles «innobles» que le empujan a delinquir, lo que se corresponde con determinada visión ética según la cual se considera que la persecución de lucro «degrada» el móvil delictivo «normal». Por ello, en relación a quien recibe el precio, la circunstancia tiene más propiamente características subjetivas.

### B) CIRCUNSTANCIAS SUBJETIVAS

Entre ellas se incluye la agravante consistente en actuar por *móviles* racistas o discriminatorios en general (art. 22,4ª). Con su previsión se ha pretendido dar respuesta a una más que razonable preocupación social por la comisión de delitos impulsados por ideologías de carácter racista (a las que se han añadido otros motivos de discriminación y, desde la LO 5/2010, de 22 de junio, la discriminación por identidad sexual). Sin embargo, lo explicable de esta preocupación no elimina el hecho de que, en estos casos, el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del autor como son los móviles de su actuación, lo que impide encontrar aquí razones por las que la gravedad objetiva del delito se vea incrementada; por otra parte, en este tipo de hechos suelen estar presentes otras agravantes como el ensañamiento o el propio abuso de superioridad (por ej., en los «móviles» discriminatorios por razón de enfermedad o minusvalía).

Por último, la reincidencia consiste en haber sido el reo condenado ejecutoriamente con anterioridad por *un* delito comprendido en el mismo Título del Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

El Tribunal Supremo mantiene que los hechos son de la «misma naturaleza» si afectan al mismo bien jurídico y utilizan el mismo modo de ataque (STS de 11 de mayo de 2000), lo que se entiende en términos amplios en el Acuerdo no jurisdiccional de 6 de octubre de 2000, por el que se concluye que el robo con fuerza y el robo con violencia son de la misma naturaleza. En atención a los medios utilizados, se rechaza que el robo con fuerza y el hurto sean de la misma naturaleza (STS de 26 de noviembre de 2001).



La reincidencia ha sido objeto de una considerable discusión en cuanto a su fundamento e, incluso, de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por órganos judiciales alegando, entre otros argumentos, la infracción del principio de igualdad ante la ley al aplicarse penas diferentes a hechos iguales en función de condenas anteriores que en nada afectan a la gravedad del hecho enjuiciado. El Tribunal Constitucional rechazó la inconstitucionalidad en STC 150/1991, de 4 de julio. Para ello, argumentó que la regulación vigente en aquel momento mantenía la pena agravada por reincidencia dentro de los límites de la pena genérica señalada para el delito (en su mitad superior), por lo que se imponía una pena proporcionada al hecho típico, considerado en abstracto.

Lo cierto es que resulta difícil encontrar en la reincidencia razones en las que fundamentar una mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante. Su fundamento se encuentra más propiamente, bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, bien en su mayor peligrosidad; sin embargo, ni la peligrosidad puede presumirse *iuris et de iure* como hace el Código en esta materia, ni es un concepto en el que pueda asentarse una mayor gravedad de la pena, que debe ir referida a la culpabilidad.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha incrementado los efectos de la ya de por sí problemática agravante de reincidencia. La actual regla 5ª del artículo 66,1 Cp incrementa los efectos de la reincidencia en el caso de que ésta sea *cualificada*, es decir, cuando al ser condenado por el nuevo delito («al delinquir», puesto que antes de la condena no puede decirse que haya «delinquido»), el culpable acumula tres condenas por delitos anteriores comprendidos en el mismo Título del Código penal, siempre que sean de la misma naturaleza. En tal caso, el juez o tribunal *puede* aplicar la pena superior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito cometido (vid. *infra* la determinación de la pena en el capítulo XXXI.2.B).

Con esta regulación dejan de cumplirse los criterios indicados por la citada STC 150/1991, de 4 de julio, para admitir la constitucionalidad de la agravación por reincidencia, puesto que, en la norma vigente, la multirreincidencia puede llevar a una pena superior a la prevista como pena proporcionada al hecho típico en el marco penal correspondiente. De ahí que resulte posible un nuevo cuestionamiento de la constitucionalidad.

#### 4. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA

Se recoge en el artículo 23 Cp y consiste en determinados grados de parentesco entre el sujeto activo y el agraviado. Es circunstancia mixta porque «puede atenuar o agravar la responsabilidad según la *naturaleza, los motivos y los efectos del delito*».

La reforma de 1983 introdujo la «análoga relación de afectividad» junto a la condición de ser el agraviado cónyuge del culpable, extendiendo los efectos de la circunstancia a las situaciones de convivencia estable «análogas» al matrimonio. La LO 11/2003, de 29 de septiembre, reformó este artículo 23 Cp para incluir al cónyuge o pareja de hecho ya separados.

No se aprecian criterios unánimes para establecer las situaciones en que el parentesco puede atenuar o agravar, aunque existe la tendencia jurisprudencial —con excepciones— a considerar que el parentesco agrava en los delitos contra las personas y atenúa en delitos contra la propiedad. Por otra parte, tampoco es exigible que la relación de parentesco conlleve el mantenimiento de vínculos afectivos, aunque si tales vínculos son inexistentes, la circunstancia puede ser simplemente irrelevante: obsérvese que el Código establece que el parentesco «puede» atenuar o agravar, luego no hay inconveniente en que no produzca ninguno de los dos efectos.

La tradicional tendencia a estimar el parentesco como agravante en delitos contra las personas puede romperse al haber desaparecido en el actual Código penal las figuras de parricidio e infanticidio que avalaban esta filosofía. La muerte de un pariente próximo debe ser calificada como homicidio con circunstancia de parentesco, que incluso puede atenuar en ciertos supuestos (por ej., en la eutanasia).

**Bibliografía:** ABEL SOUTO, Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios, RP 2010; AGUADO LÓPEZ, La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales, Madrid 2008; AGUDO FERNÁNDEZ, La nueva agravante de reincidencia cualificada en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, CPC 2003; ALONSO ÁLAMO, El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general, Valladolid 1981; ALTÉS MARTÍ, La alevosía, Valencia 1982; ÁLVAREZ GARCÍA, Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21,5ª Cp), CPC 1997; ARIAS EIBE, La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal: estudio jurídico penal y jurisper-

dencial, La Ley Penal 2006; EL MISMO, «Non bis in idem» y concurso de leyes penales: problemas de inherencia y compatibilidad en materia de circunstancias, RDPP 2007; ASÚA BATARRITA, La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos penales españoles del siglo XIX, Bilbao 1982; BAEZA AVALLONE, El arrepentimiento espontáneo, CPC 1979; BAJO FERNÁNDEZ, El parentesco en Derecho penal, Barcelona 1973; EL MISMO, Relación de afectividad análoga a la de parentesco, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, Agravación por los efectos o por abuso de superioridad, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; BARRANCO CEREZO, La reforma de la circunstancia mixta de parentesco y de las reglas para la imposición de las penas en relación con la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; BONET ESTEVA, La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; BORJA JIMÉNEZ, Dos interpretaciones jurisprudenciales sobre la vigencia actual de la agravante de reincidencia (A propósito de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1990), RGD 1991; EL MISMO, El principio de inherencia del art. 59 del Código penal, ADP 1992; BOSCH FERRAGUT, Circunstancia mixta de parentesco y principio de legalidad, La Ley 1998; CALLE RODRIGUEZ, Reincidencia: problemática jurídica y criminológica, La Ley Penal 2006; CAMARGO HERNÁNDEZ, La alevosía, Barcelona 1958; EL MISMO, La premeditación, Barcelona 1958; CARMONA SALGADO, Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio, ADP 1981; EL MISMO, La circunstancia atenuante de arrebato u obcecación, Colección de Estudios Penales, Granada 1983; CASABÓ RUIZ, El parentesco adoptivo en el Código penal español, ADP 1972; CASTRO MORENO/ OTERO GONZÁLEZ, La atenuante análoga tras las reformas del Código Penal por LO 11/2003 y LO 15/2003, La Ley Penal 2006; COBO DEL ROSAL, Praeter intentionem y principio de culpabilidad, ADP 1965; CÓRDOBA RODA, Las eximentes incompletas en el Código penal, Oviedo 1966; EL MISMO, El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal, ADP 1967; CORTÉS BECHIARELLI, Arrebato u obcecación. Circunstancias atenuantes, Madrid 1997; COTILLAS MOYA, La circunstancia atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional semejante, La Ley Penal 2006; DE SOLA DUEÑAS, Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento, ADP 1981; DE URBANO CASTRILLO, Las agravantes: pasado y presente, La Ley Penal 2006; DE VICENTE MARTÍNEZ, La reincidencia en el Código Penal de 1995, ADP 1997; DE VICENTE REMESAL, El comportamiento post delictivo, León 1985; Díez RIPOLLÉS, Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español, ADP 1977; EL MISMO, La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal, ADP 1991; EL MISMO, Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto del Código Penal de 1992, La Ley 1993 (también en JD 1992); Díez SÁNCHEZ, La reincidencia internacional, CPC 1986; DOPICO GÓMEZ-ALIER, La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el Código penal de 1995, RDPP 2000; EL MISMO, Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena, ADP 2004; FER-

NÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Dilaciones indebidas en el proceso penal y atenuante analógica del art. 21.6<sup>a</sup> del cuerpo punitivo, RPJ 2007; FLORES MENDOZA, El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el Ordenamiento jurídico español, Granada 2004; GARCÍA PLANAS, Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco, RGD 1996; EL MISMO, Nociones acerca de la agravante de disfraz en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; GARZÓN REAL/ MANJÓN CABEZA-OLMEDO, Reincidencia y Constitución, AP 1991; GIL MERINO, Las circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995, en El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, CDJ 1996; GÓMEZ PAVÓN, La embriaguez en el Código Penal, CPC 1986; GÓMEZ RIVERO, Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal, RDPP 2000; EL MISMO, Las vacilaciones interpretativas en torno al concepto de «innecesidad» de los males como requisito del ensañamiento: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2005, RGDP 2005; GONZÁLEZ CUÉLLAR, La reincidencia, en Comentarios a la legislación penal II, Madrid 1983; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, La reincidencia, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; GONZÁLEZ CUSAC, La circunstancia agravante de nocturnidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, CPC 1985; EL MISMO, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Valencia 1988; GONZÁLEZ RUS, La embriaguez como causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal en el Código vigente y en el Proyecto de 1980, CPC 1982; GUIMERA GALIANA, La mediación-reparación en el Derecho penal de adultos, REIC 2005; GUIASOLA LERMA, Reincidencia y delincuencia habitual. (Regulación legal, balance crítico y propuesta de lege ferenda), Valencia 2008; JAÉN VALLEJO, Reincidencia y Derecho penal de culpabilidad, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; JAREÑO LEAL, Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad. Comentario a la STS de 6.4.1990, PJ 1991; JIMÉNEZ ASENJO, El elemento psicológico en la alevosía, ADP 1954; LAMARCA PÉREZ, La publicidad en Derecho Penal: una aproximación conceptual e histórica, ADP 1981; EL MISMO, Sobre la posible supresión de la agravante genérica de publicidad, ADP 1982; LANDROVE DÍAZ, Comunicabilidad de las circunstancias y atenuación de la pena para el partícipe en delito especial propio, RGDP 2006 (también publicado en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008); LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ RODRÍGUEZ RAMOS, Las dudas en la reincidencia, PJ 1990; MAGRO SERVET, Doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo sobre la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 Cp), La Ley Penal 2008; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, La atenuante analógica de dilaciones indebidas, Madrid 2007; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales, Granada 1999; MARQUÉS DE PRADO Y NORIEGA, La atenuante por analogía: una situación incierta, PJ 1994; MARTÍNEZ DE ZAMORA, La reincidencia, Murcia 1971; MARTÍNEZ GALINDO, Intoxicación por drogas y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, La minoría de edad penal, CPC 1983; MARTÍNEZ PÉREZ, La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, CPC 1983; MARTÍNEZ VAL, El arrepentimiento espontáneo, RGLJ 1957; MARTOS NÚÑEZ, La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el sistema penal español, RDPC 1992; MAZA MARTÍN, Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal, Madrid

2007; MIR PUIG, La reincidencia en el Código Penal, Barcelona 1974; EL MISMO, Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ADP 1993; MONER MUÑOZ, El arrepentimiento espontáneo. Su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, RGD 1995; MUÑOZ CUESTA Y OTROS, Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995, Pamplona 1997; EL MISMO, Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995, Pamplona 1997; OBREGÓN GARCÍA, La embriaguez como circunstancia eximente o atenuante de la responsabilidad criminal según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, AP 1993; EL MISMO, La atenuación de la pena: sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy cualificadas, Madrid 1998; ORTOS BERENGUER, La atenuante de análoga significación, Valencia 1978; EL MISMO, La atenuante de estado pasional, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, Agravantes de desprecio y morada, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; PÉREZ ALONSO, Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, Madrid 1995; POZUELO PÉREZ, Las atenuantes 21.4ª y 21.5ª del actual Código penal, CPC 1998; PUENTE SEGURA, Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, Madrid 1997; REDONDO HERMIDA, La atenuante analógica de dilaciones indebidas en la reciente jurisprudencia, La Ley Penal 2007; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito, en Homenaje a Rodríguez Devesa II, Madrid 1989; RODRÍGUEZ MOURULLO, La atenuante de preterintencionalidad, ADP 1970; ROMEO MALANDA, Las eximentes por analogía en el Código penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto, RDPC 2005; RUIZ VADILLO, La atenuante por analogía en el Código Penal español según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Información Jurídica 1971; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del artículo 23 del Código penal, AP 1999; SEGRELLES DE ARENAZA, La alevosía (análisis dogmático de algunos aspectos fundamentales), CPC 1995; SERRANO GÓMEZ, La reincidencia en el Código penal, ADP 1976; SERRANO MAÍLLO, Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena, Madrid 1995; SILVA SÁNCHEZ, Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADP 1985; EL MISMO, Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación», PJ 1997; SOTO NIETO, Confesión de la infracción a las autoridades y reparación del daño, La Ley 1996; SUÁREZ RODRÍGUEZ, La circunstancia agravante de obrar con abuso de confianza, EPC 1994/1995; VAELO ESQUERDO, Aspectos problemáticos de la reincidencia, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; VALLE MUÑOZ, Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español, ADP 1992; VARIOS, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, CDJ 1995; VILLACAMPA ESTIARTE, Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un Estudio empírico, Navarra 2006; ZAPATER FERRER, La circunstancia de desprecio de sexo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Valencia 1980; ZUGALDÍA ESPINAR, Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia, PJ 1989; EL MISMO, El

principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del TS, Estudios de Jurisprudencia 1992.



TERCERA PARTE  
**LAS CONSECUENCIAS  
JURÍDICAS DEL DELITO**





## INTRODUCCIÓN

En la Segunda Parte de esta obra se han estudiado los elementos generales del concepto de delito y de la responsabilidad criminal lo que, unido a las definiciones típicas contenidas en la Parte Especial del Derecho penal, sirve para la decisión sobre si se ha producido o no el *supuesto de hecho* que en su momento se explicó como primer integrante de la estructura de la norma penal (capítulo I). Nos corresponde ahora estudiar lo que entonces se denominaron *Consecuencias Jurídicas del Delito*: las penas, las medidas de seguridad y la responsabilidad civil derivada del delito.

Ésta es una parte del programa a la que tradicionalmente se le ha concedido una importancia menor que la otorgada a la Teoría del Delito; durante muchos años, la Dogmática penal se ha centrado principalmente en la elaboración de las categorías integrantes del concepto de delito que, como se ha visto, adquieren en ocasiones una considerable complejidad y abstracción. La labor desarrollada en este ámbito es de enorme importancia en la medida en que permite perfilar cuidadosamente los fundamentos de la responsabilidad penal, pero ello no puede hacer ignorar que el punto culminante del ejercicio de la potestad punitiva del Estado es la aplicación de la consecuencia jurídica correspondiente al delito cometido, puesto que sólo con dicha aplicación se confirma la vigencia del Derecho penal y —en el caso de las penas— la advertencia que éste dirige a los ciudadanos. El estudio de las Consecuencias Jurídicas del Delito pretende, además, no desentenderse de lo que le ocurra al reo tras el pronunciamiento de la sentencia, sino prestar atención al que, siendo esencial, es también el lado más oscuro e incluso desagradable de la intervención penal: la pena.

Es relativamente habitual en los Manuales de Parte General comenzar por la exposición del concepto y fines del Derecho penal (de las normas penales), para luego abordar la Teoría del Delito y, por último, al iniciar el estudio de las Consecuencias Jurídicas, plantear específicamente el concepto de pena y los fines que la presiden. Sin embargo, la pena es un elemento inseparable de la norma penal y, como se vio en su momento (capítulo II), los fines de la pena coinciden en realidad con los del Derecho penal y se inscriben en la genérica función de protección de bienes jurídicos; ésta es la razón principal por la que hemos preferido exponerlos al inicio de la obra, pero no la única: la orientación político-criminal del Derecho penal y los fines que persiguen las penas son un instrumento interpretativo necesario en el estudio de todas las normas

e instituciones jurídico-penales y, por tanto, también debe ser tenido en cuenta al abordar la Teoría del Delito.

Por todo ello, al iniciar el estudio de las Consecuencias Jurídicas damos por reproducidas las consideraciones de la Primera Parte sobre la orientación de las penas, así como sobre las relaciones del Derecho penal con otras ramas del Ordenamiento jurídico, lo que nos será especialmente útil en el estudio de la responsabilidad civil.

El objeto de esta Tercera Parte es, pues, la regulación y aplicación de las Consecuencias Jurídicas del delito en el Ordenamiento jurídico español. Como se verá, las penas constituyen el centro principal de atención y, entre ellas, la pena de prisión que, indudablemente, es la que suscita mayor preocupación por sus graves efectos sobre el condenado. Por ello, aun siendo válidas las consideraciones generales sobre los fines de la pena, en su momento profundizaremos en la problemática específica que presenta la privación de libertad, especialmente en su ejecución que, aunque es objeto del Derecho penitenciario —en gran parte autónomo respecto al Derecho penal—, presenta problemas de conocimiento necesario para cualquier licenciado en Derecho.

Para concluir esta introducción, baste una reflexión general especialmente pertinente cuando se analizan la naturaleza y efectos de las penas: mientras no se alcance la vieja aspiración de RADBRUCH de conseguir algo mejor que el Derecho penal, la teoría de la pena deberá seguir corrigiendo y depurando los aspectos más crueles del castigo para lograr, al menos, un Derecho penal mejor.

# CAPÍTULO XXX

## Clases de penas

1. Clasificación de las penas
  - A) Clases de penas según su naturaleza
  - B) Clases de penas según su gravedad
  - C) Penas accesorias
2. Las penas privativas de libertad
  - A) La pena de prisión
    - a) La aparición y consolidación de la prisión como pena
    - b) La crisis de la pena de prisión. Penas largas y cortas
    - c) La pena de prisión en el Código penal español
  - B) La localización permanente
  - C) La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa
3. Las penas privativas de derechos
  - A) Consideraciones generales
  - B) Inhabilitaciones y suspensiones
  - C) El trabajo en beneficio de la comunidad
  - D) Otras penas privativas de derechos. Prohibiciones relacionadas con la víctima
4. La pena de multa
  - A) Consideraciones generales
  - B) La pena de multa en el Código penal español
    - a) El sistema de días-multa
    - b) La multa proporcional
  - C) El impago de la multa
5. Excurso: la pena de muerte

Uno de los rasgos que se atribuye al sistema de penas contenido en el Código penal español es la pretensión de disminuir la presencia de la prisión como privación de libertad continuada. Sin embargo ello es sólo aparente y debe ser matizado teniendo en cuenta la gravedad de las penas señaladas a los distintos delitos; así, en hechos de escasa gravedad condenados con hasta dos años de privación de libertad, existen amplias posibilidades de renunciar a la misma mediante un sistema de suspensión y sustitución de la pena en el que predominan criterios de *prevención especial* (*infra* capítulo XXXIII). En cambio, en los hechos sancionados con penas superiores a los dos años de prisión, la privación de libertad alcanza un rigor considerable y puede llegar a los cuarenta años (art. 76 Cp e *infra* capítulo XXXI.4.B), con la posibilidad de su cumplimiento efectivo y sin beneficios penitenciarios (art. 78 Cp). Por

tanto, en la delincuencia grave, domina la pena de prisión de larga duración en la que se hace patente una opción *preventivo general* de carácter intimidatorio.

## 1. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

La clasificación legal de las penas atiende a dos criterios: el de su naturaleza y el de su gravedad. Junto a ellos, se establece la categoría de las penas accesorias (arts. 32, 33 y 54).

### A) CLASES DE PENAS SEGÚN SU NATURALEZA

La naturaleza de las penas se diferencia atendiendo al derecho del que privan. Así, el art. 32 Cp establece que las penas a imponer pueden ser privativas de libertad, privativas de *otros* derechos y multa, que afecta al patrimonio del condenado. En cambio, el *comiso*, que también recae sobre objetos que pueden ser propiedad del condenado, no tiene la consideración de pena sino de consecuencia accesoria a la misma (véase *infra* capítulo XXXV).

### B) CLASES DE PENAS SEGÚN SU GRAVEDAD

En relación a tal criterio, las penas se dividen en graves, menos graves y leves (art. 33). Con ello se adopta una división tripartita que se corresponde con la establecida para las infracciones penales en el artículo 13 (delitos graves, delitos menos graves y faltas).

Así, por ejemplo, la pena de prisión es grave si supera los cinco años y menos grave si dura entre tres meses y cinco años (no existe la pena de prisión inferior a tres meses). La multa no figura entre las penas graves, siendo menos grave si supera los dos meses y leve si abarca entre diez días y dos meses (véase art. 33).

En el Código penal, la distinción de la gravedad de las penas atiende exclusivamente a su duración y su mayor virtualidad se sitúa, básicamente, en la separación de las penas leves respecto al resto. Efectivamente, las penas leves son aquéllas que se aplican a las faltas, con todas las consecuencias, especialmente procesales, que conlleva su diferenciación respecto a los delitos; en relación a los delitos, son competentes para el conocimiento y fallo de los menos graves los Juzgados de lo Penal, mientras que los graves competen a la Audiencia provincial.

A tal efecto, la Disposición final primera del Código penal ha modificado los arts. 14,3º y 779 LECrim.

### C) PENAS ACCESORIAS

Algunas de las penas privativas de derechos que se recogen en el catálogo general del artículo 33 pueden imponerse como principales y como accesorias. Lo primero ocurre cuando el Código las señala expresamente para determinados delitos y lo segundo, cuando sin imponerlas especialmente, declara en preceptos generales que determinadas penas van acompañadas de otras como accesorias (arts. 54 y ss.).

La justificación de la existencia de penas accesorias por las que, junto a la pena principal, se priva de determinados derechos al condenado puede buscarse en la pérdida de legitimidad para el ejercicio de los mismos por parte de quien resulta condenado en un proceso penal. Sin embargo, un postulado tan general como el anterior resulta inmediatamente objeto de las críticas que tradicionalmente han recaído sobre las penas accesorias, en la medida en que la privación de derechos al condenado, de manera automática y cuando el derecho en cuestión no se relaciona con el delito cometido, perjudica su reinserción social y carece de justificación.

La prisión superior a diez años lleva obligatoriamente la inhabilitación absoluta como pena accesoria y puede llevar también la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o la privación de ésta (art. 55 Cp). En las penas de prisión inferiores a diez años se imponen como accesorias las de suspensión de empleo o cargo público y/o la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. En estas mismas penas se impone la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio u otros derechos, así como la inhabilitación para el ejercicio o incluso la privación de la patria potestad, pero sólo si tales derechos hubieran tenido relación con el delito cometido (vid. art. 56 Cp. Sobre los contenidos de estas penas, véase *infra*, apartado 3).

La posibilidad de aplicar penas de privación de empleos y cargos públicos como accesorias plantea algunas cuestiones relativas al principio de «non bis in idem» cuando se trata de funcionarios y empleados públicos, teniendo en cuenta que es propio del régimen disciplinario de los funcionarios la sanción de separación del cargo como consecuencia de la condena penal por delito.

Al respecto debe recordarse el contenido del principio de «non bis in idem» y las precisiones del Tribunal Constitucional: cabe la duplici-

dad de sanciones —penal y administrativa— en los casos en que tienen distinto fundamento y existe una relación de supremacía o sujeción especial de la Administración con el sancionado (entre otras, STC de 1 de marzo de 1990; *supra* capítulo V.2.E). Dicha relación de supremacía especial de la Administración sobre el funcionario es lo que justifica el ejercicio de su potestad sancionadora junto al del *ius puniendi* del Estado que recae sobre el delito; por tanto, en principio no habría problemas para aplicar las penas que analizamos junto a las sanciones disciplinarias.

El problema aparece en las penas de inhabilitación y suspensión que se imponen como accesorias si se entiende que, en este caso, se fundamentan en la relación del funcionario con su cargo, porque de ser así, coinciden en fundamento con la sanción administrativa y deberían ser excluyentes.

Por último, el art. 57 faculta a los jueces o tribunales para imponer como accesoria, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, libertad e indemnidad sexuales, honor e intimidad y contra el patrimonio y orden socio-económico, las prohibiciones del artículo 48, que se resumen en el alejamiento respecto de la víctima, lo que incluye las prohibiciones de residir en determinados lugares, de aproximación y de comunicación. Si tales delitos se cometen contra quien es o ha sido cónyuge o conviviente o en el ámbito familiar, el alejamiento de la víctima debe imponerse *obligatoriamente* (art. 57,2). Al afectar no sólo a la pareja, sino también a ascendientes, descendientes, etc., provoca numerosos problemas porque no puede ponderarse la conveniencia o la proporcionalidad en cada caso concreto, e incluso cuenta en ocasiones con la oposición de la víctima, lo que ha llevado a cuestionar su constitucionalidad.

Cuando la pena principal se suspende o se sustituye por otra en aplicación de los arts. 80 y ss. Cp, la pena accesoria se aplica tal como ha sido impuesta. Y ello no sólo porque los arts. 80 y ss. se refieren a penas privativas de libertad, sino también porque la pena accesoria conserva una cierta autonomía al fundamentarse en la relación entre el delito cometido y el derecho del que se priva.

## 2. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Conforme al art. 35 Cp son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. Lo que, obviamente, caracteriza a las penas privati-

vas de libertad es la obligación del condenado de permanecer durante el tiempo de la condena en el interior de un establecimiento, sometiéndose al régimen interno establecido.

Antes de entrar en el análisis de las penas privativas de libertad, conviene recordar que los ciudadanos pueden verse privados de libertad sin encontrarse sometidos a pena alguna: ello ocurre en el caso de la *detención* y la *prisión preventiva* que no se reputan penas conforme a la formulación del art. 34. Junto a la detención y la prisión preventiva, este precepto recoge una serie de instituciones de contenido, bien cautelar (suspensión de empleo durante el proceso, suspensión cautelar del permiso de conducir), bien pertenecientes a ámbitos sancionadores no penales (multas y correcciones administrativas).

La detención y la prisión preventiva constituyen privaciones de libertad necesarias —dentro de los límites constitucional y legalmente establecidos— para proceder a la investigación del delito y el desarrollo del procedimiento judicial, asegurando, en el caso de la prisión preventiva, la presencia del imputado en el juicio. Por ello no pueden tener la consideración de penas puesto que, en virtud de la presunción de inocencia, recaen sobre personas que, al no estar todavía condenadas, son consideradas inocentes.

## A) LA PENA DE PRISIÓN

La pena de prisión, pese a las considerables restricciones a que se ha visto sometida, sigue siendo la pena por excelencia, al menos si se tiene en cuenta que es la que mayores efectos intimidatorios despliega. Desde el punto de vista de su naturaleza, es la pena —y la consecuencia jurídica— más grave de las previstas en el Ordenamiento, en la medida en que contiene la privación del derecho a la libertad que, por su consideración como derecho fundamental, se encuentra rodeado de especiales garantías. En tal sentido, debe recordarse que las normas penales que impongan penas privativas de libertad deben poseer el rango de leyes orgánicas (véase *supra* capítulo V.2.A) y que, en virtud del art. 25,3 CE, la Administración no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

### a) La aparición y consolidación de la prisión como pena

Aunque la posibilidad de privar de libertad a los ciudadanos ha estado presente, de una u otra forma, en todas las etapas históricas —por ejemplo, la prisión por deudas para compeler a su cumplimiento en el Derecho romano—, su previsión como pena destinada a responder frente al delito es relativamente reciente. El fenómeno, como tantos otros del Derecho penal actual, suele situarse genéricamente en la Ilustración



y la aparición del Estado moderno, que también en esta materia, venía a dar al traste con las instituciones propias del Estado absoluto y el Antiguo Régimen.

Efectivamente, y aunque pueda resultar extraño si se piensa en las innumerables críticas que hoy recibe la prisión, dicha pena fue en el momento de su aparición una institución revolucionaria por varios motivos. De entrada, vino a sustituir en muchos casos a la pena de muerte y, sobre todo, a penas corporales como la tortura, o a las penas infamantes, propias de un sistema basado fundamentalmente en la intimidación.

Por otro lado, superaba también las privaciones de libertad que, consideradas como antecedentes de la pena de prisión, constituían una mera utilización del trabajo de los condenados y aprovechamiento de mano de obra sin costes.

Uno de los antecedentes más característicos de este sistema de *trabajo forzado* es la *pena de galeras*, por la que se obligaba a remar a los prisioneros de guerra (siglo XVI), y entre los más próximos suele citarse a las casas de corrección, especialmente inglesas y holandesas (siglos XVI, XVII y XVIII), en las que se utilizaba a los condenados en el trabajo manual (trabajo de la madera, hilados, etc.). La corrección moral de los penados que se decía pretender no era más que el ropaje con el que vestir su aprovechamiento en el proceso productivo, que, al constituir la esencia de la privación de libertad, diferencia a estas reclusiones de la prisión moderna.

Pero lo que más contribuyó al éxito de la prisión, como pena caracterizada por la separación del individuo respecto a la sociedad durante un cierto tiempo, fue la posibilidad de imponer una sanción graduable cuantitativamente y adecuada a la gravedad del delito. Con ello podía atenderse a las necesidades del principio de proporcionalidad de las penas que el liberalismo había consagrado como imprescindible para el nuevo Derecho penal.

Sin embargo, pese a suponer un avance respecto a la situación anterior, la pena de prisión se aplicó totalmente desprovista de las mínimas condiciones de respeto a la dignidad humana que hoy se pretenden en los sistemas civilizados: la ausencia de condiciones sanitarias, el hacinamiento y el trato degradante fueron algunas de las principales características de las prisiones que determinaron los movimientos de reforma durante los siglos XVIII y XIX.

En este marco, caracterizado genéricamente por la pretensión de *humanizar* el sistema penal, resulta inevitable recordar la obra de BECCARIA (*Dei delitti e delle pene*, 1764) y sus reflexiones generales sobre la crueldad de las penas, que formula desde una posición utilitarista: las penas atroces hacen que el delincuente arriesgue más para eludir las, impiden la proporcionalidad con el delito que requiere la finalidad preventiva y «la impunidad misma nace de la atroci-

dad de los suplicios». En España, suele presentarse a LARDIZÁBAL como uno de los introductores de la obra de BECCARIA que había sido prohibida en nuestro país; sin embargo, y pese a la indudable influencia de las tesis humanizadoras del italiano, el carácter de cristiano ilustrado de LARDIZÁBAL le mantuvo más próximo a posiciones retribucionistas de la culpabilidad que a las orientaciones utilitaristas.

Más específicamente dedicada al ámbito penitenciario aparece la obra de HOWARD (*The State of Prisons in England and Wales, 1776*). A partir de la denuncia del estado lamentable de las prisiones europeas que se dedicó a visitar, este autor propugnó una reforma penitenciaria basada en la mejora de las condiciones de vida en las cárceles, el aislamiento nocturno de los condenados y el carácter reeducador del trabajo penitenciario. La obra de HOWARD es considerada como el punto de arranque de la reforma penitenciaria y de la regulación del régimen interno de las prisiones.

### *b) La crisis de la pena de prisión. Penas largas y cortas*

Las tesis humanizadoras de la pena de prisión habían favorecido también la evolución del pensamiento rehabilitador y defensor de la corrección del condenado mediante la aplicación de la pena. Tal orientación aparece con múltiples manifestaciones que pueden reconducirse genéricamente a lo que conocemos como prevención especial —aunque ello suponga un cierto reduccionismo— y tiene una expresión genuinamente española en los correccionalistas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX (Concepción ARENAL, Luis SILVELA, DORADO MONTERO), mantenedores de una concepción tutelar y protectora de los condenados, así como propiciadora de su enmienda moral, que también tuvo su reflejo —especialmente en el caso de Concepción ARENAL— en la reforma penitenciaria.

La idea de la rehabilitación del delincuente mediante la aplicación de la pena de prisión y lo que, en términos modernos, se conoce como resocialización, ha entrado en una profunda crisis que coincide con la de la propia pena privativa de libertad. Por un lado, aparecen todas las críticas al propio concepto de resocialización en la medida en que puede contener la pretensión moralizante de cambiar las actitudes internas del condenado o la hipocresía de intentar reincorporar al individuo a la misma sociedad que genera las causas de la delincuencia, sin procurar atajarlas. Asimismo, la rehabilitación parece poder predicarse exclusivamente de los delincuentes marginales e inadaptados, pero no de aquellos perfectamente identificados con las pautas de la sociedad en la que viven.

Pero sobre todo, y con independencia de si se comparte o no la ideología resocializadora, ésta hace aguas cuando se comprueban las reales posibilidades de llevarla a cabo mediante la pena de prisión. La propia situación de privación de libertad es inseparable de la creación de un mundo separado respecto a la sociedad, que se rige por sus propias pautas de comportamiento y que genera un sistema de valores diferente y relativamente autónomo, calificado de subcultura carcelaria. Por ello se han puesto de manifiesto las dificultades de educar para la libertad desde la privación de libertad, los efectos negativos de la «prisonización» como interiorización de dichas pautas de conducta y, desde luego, las consecuencias desocializadoras para los condenados, que suponen precisamente el efecto contrario al que se pretende perseguir. Todas estas consideraciones deben llevar a concebir la resocialización penitenciaria en términos especialmente restringidos y respetuosos con la dignidad humana (véase *infra* capítulo XXXII).

Pese a todo, la sociedad actual no parece estar en condiciones de prescindir totalmente de la pena de prisión, especialmente por razones de prevención general. Por ello, con independencia de la necesidad de mantener en todo caso la defensa de las condiciones de vida digna para los reclusos y el respeto de sus derechos como ciudadanos, la posición actualmente más realista es la que aspira a que, al menos, la prisión no produzca la desocialización del condenado y, en la medida de lo posible, evite un nuevo delito, pero sin pretender legitimar la privación de libertad en el supuesto efecto benefactor que su aplicación tiene sobre los individuos.

Si, por un lado, razones de prevención general obligan a mantener la pena de prisión en el sistema actual y, por otro, la necesidad de evitar la desocialización del condenado empuja a limitarla, de la combinación de ambos criterios resulta un planteamiento que tiende a reducir las dimensiones de la pena de prisión tanto por su máximo como por su mínimo, esto es, a prescindir de las penas de prisión excesivamente largas y también de las excesivamente cortas.

En efecto, la prisión excesivamente larga es inhumana y muy desocializadora, por lo que resulta contraria a la reinserción. Por otra parte, se reprocha a la prisión corta su nulo efecto preventivo general y su incapacidad para la rehabilitación. Sin embargo, concretar lo que es excesivamente corto o largo en la duración de la prisión plantea problemas que expresan el constante conflicto entre prevención general y prevención especial.

El mínimo de tres meses de prisión que recoge el Código penal español, resulta difícil de apoyar atendiendo exclusivamente a criterios de prevención especial: nada asegura que a partir de los tres meses de internamiento se logre con éxito la resocialización del penado y, al contrario, que resulte absolutamente imposible evitar la reincidencia del condenado si lo que se le impone es una pena de prisión de inferior duración. En esta línea, se ha puesto de manifiesto que las penas cortas de prisión pueden, incluso, resultar eficaces en relación a determinados delitos como los que habitualmente se cometen por sujetos socialmente integrados (delitos económicos, delincuencia de tráfico, etc.), respecto a quienes la prisión, aunque sea de corta duración, siempre produce un efecto intimidatorio, y, por otro lado, no se encuentran sometidos a los mismos riesgos desocializadores al contar con mayores posibilidades de reintegración social.

En definitiva, resulta extraordinariamente problemático referirse a la prevención general y especial como conceptos absolutos y válidos para todo tipo de delincuentes, pretendiendo solucionar sus antinomias en la fijación de una duración concreta de la prisión que aspire a recoger todas las exigencias de una y otra finalidad.

Un planteamiento que clarifique la cuestión debe partir de la observación formulada líneas más arriba: la irrenunciabilidad actual de la prisión se debe, básicamente, a la necesidad preventivo general y, en realidad, tanto las penas de prisión cortas como las largas se evitan por razones humanitarias y basadas en la concepción del Derecho penal como *ultima ratio*: las penas excesivamente largas, porque suponen en la práctica la separación definitiva del individuo respecto al cuerpo social y las excesivamente cortas, porque la escasa gravedad de las conductas a las que deberían imponerse aconseja acudir a mecanismos sancionadores menos duros y estigmatizantes que la prisión. En otras palabras, la decisión político criminal que fija un periodo mínimo de prisión no debe basarse en que a partir del mismo la prisión adquiera facultades mágicas para la resocialización, sino en que tal cantidad de pena mínima de prisión refleja una gravedad de las conductas sancionadas que impide renunciar al efecto preventivo general característico, por excelencia, de la pena de prisión. Como se verá inmediatamente, esta proporcionalidad no se respeta en el Código penal español.

De este modo, la prisión debe quedar reducida a los mínimos imprescindibles, entendiéndose por «imprescindible» aquéllo que, resultando suficiente para ejercer la prevención general (en la duración mínima), no llega a producir efectos tan devastadores sobre el condenado como para provocar su irrecuperabilidad social (en cuanto a la duración máxima).

El Código penal de 1995 fijó la duración mínima de la pena de prisión en seis meses, periodo que, en general, fue considerado razonable,

pese a que posteriormente la Recomendación R(99) 22 del Consejo de Europa sobre inflación carcelaria, de 30 de septiembre de 1999, aconsejó evitar las penas de prisión inferiores a un año. Sin embargo, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, rebajó dicho mínimo a los *tres* meses (art. 36,1 Cp), lo que supone un retroceso político criminal en la línea de la limitación de la prisión corta. En efecto, el texto actual sanciona con tres meses de prisión los comportamientos que antes recibían la desaparecida pena de arresto de fin de semana, es decir, hechos de escasa gravedad en los que dicha reforma optó por una pena más desocializadora como son los tres meses de prisión.

La pena de *cadena perpetua* no está prevista en el Código penal español, aunque, como se verá al estudiar la determinación de la pena (capítulo XXXI.4.D), la acumulación de penas en la delincuencia grave y las normas sobre su cumplimiento efectivo (arts. 76 y 78 Cp) pueden llevar a magnitudes (30, 40 años de prisión) que, en la práctica, equivalen a la cadena perpetua y, en todo caso, son superiores al periodo en que ésta puede ser revisada en los ordenamientos que la contienen (por ejemplo, el alemán). Durante la discusión de la reforma penal de 2010, el Partido Popular propuso la incorporación de la cadena perpetua al Código penal español, con la posibilidad de revisarla durante su cumplimiento. Efectivamente, la cadena perpetua no revisable sería inconstitucional porque, por definición, no se orienta a la reinserción social del condenado (art. 25.2 CE). Sin embargo, la propuesta de cadena perpetua revisable es contradictoria con la exigencia de cumplimiento *efectivo* de las penas largas que reformas anteriores habían incorporado al art. 78 Cp: teóricamente, la cadena perpetua debería dedicarse a casos más graves que los hoy sancionados con 30 ó 40 años de prisión y si en éstos la pena se cumple efectivamente, carece de sentido que los merecedores de cadena perpetua pudieran ver revisada su pena.

### c) *La pena de prisión en el Código penal español*

La pena de prisión tiene en nuestro sistema una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que dispongan excepcionalmente otros preceptos (art. 36 Cp); los supuestos de *superación del límite de veinte años* se encuentran en los casos de concurso de delitos (art. 76, véase *infra* capítulo XXXI) y en algunos delitos recogidos en la Parte Especial (por ej., arts. 473 y 485). Como ha quedado apuntado en el epígrafe anterior, la existencia de tal límite mínimo supone la desaparición de penas de prisión inferiores a dicha duración; la pena de prisión se reserva para los delitos (graves, si supera los cinco años de duración y menos graves, si se encuentra por debajo de dicha cantidad), de modo que las faltas reciben como única pena privativa de libertad la localización permanente (art. 33 Cp).

El *cómputo* del cumplimiento de la pena de prisión se inicia, a tenor del art. 38 Cp, desde el día en que la sentencia condenatoria hubiere quedado firme, incluso si el condenado se encontrara con anterioridad en situación de prisión preventiva; ello no puede ser de otro modo si se tiene en cuenta que, hasta que la condena no es firme, al sujeto se le presume inocente y, por tanto, no puede considerarse que se encuentra «cumpliendo» una condena.

En el momento de iniciarse el cumplimiento de la pena de prisión, debe descontarse sin embargo el tiempo que el sujeto haya pasado en prisión preventiva, lo que se conoce como «abono». Ello viene impuesto por el art. 58 Cp, cuyo número 1 fue modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio, para aclarar cómo se efectúa tal abono cuando el sujeto acumule varias causas y esté en situación de prisión preventiva por más de una de ellas, lo que significa que las distintas privaciones de libertad se superponen. Según el texto vigente, un mismo período de privación de libertad preventiva no puede ser abonado en más de una causa, por lo que, al abonarse, no se tendrá en cuenta el período que ya le haya sido abonado o pueda serlo en otra causa distinta. Esta valoración de si un período de prisión preventiva *puede ser abonado* en una causa distinta supone un pronóstico arriesgado porque cuando tal causa «distinta» está todavía abierta, decidir que la prisión preventiva «puede» abonarse en ella es tanto como adelantar que va a concluir con sentencia condenatoria.

Por otra parte, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede acordar que la prisión preventiva sufrida en una causa sea abonada en otra distinta, evitando siempre la duplicidad de abonos (art. 58,2 Cp).

Este abono de la prisión preventiva en una causa distinta a aquella en la que fue acordada responde a razones de Justicia material. Por ejemplo: si un sujeto acumula dos causas y en una de ellas ha pasado más tiempo en prisión preventiva que el que luego se impone como pena de prisión, el periodo sobrante debe ser aplicado a la pena recaída en la segunda causa.

El art. 58,4 Cp establece, asimismo, el abono de las privaciones de derechos establecidas *cautelamente* (véase art. 34). Para el supuesto en que las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza (por ejemplo, prisión preventiva cautelar y condena final a pena privativa de derechos), el art. 59 concede al juez o tribunal un amplio arbitrio para dar por ejecutada la pena impuesta «en aquella parte que estime compensada».

## ***B) LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE***

La LO 15/2003 de 25 de noviembre introdujo en el Código penal la pena privativa de libertad de localización permanente como pena leve

sólo aplicable a las faltas, pero la LO 5/2010, de 22 de junio, ha abierto la posibilidad de extenderla a algunos delitos al ser prevista también como pena menos grave (art. 33,3 y 4 Cp).

Al introducir la localización permanente, la LO 15/2003 eliminó la pena de arresto de fin de semana, afirmándose en la Exposición de Motivos que tuvo una aplicación práctica no satisfactoria. En realidad, nunca llegó a hacerse un esfuerzo serio por la aplicación de la desaparecida pena que, por su carácter inintermitente, presentaba una ejecución más compleja que la privación de libertad continuada.

La localización permanente tiene una duración máxima de seis meses y obliga al penado a permanecer en su domicilio o en el lugar que determine el juez, bien en la sentencia, bien posteriormente en auto motivado, lo que indica que es posible cambiar el lugar inicialmente asignado. Además, el art. 37,1 Cp menciona el caso en que esta pena esté prevista como pena «principal», lo que debe entenderse como prevista para el delito o falta de que se trate (es decir, si no ha sido impuesta como sustitutiva de otra aplicando el art. 88 Cp). En tal caso, se faculta al juez para acordar en la sentencia que se cumpla los sábados, domingos y festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado. De esta forma, la localización permanente es un híbrido entre el viejo arresto domiciliario (suprimido por el Cp de 1995) y el viejo arresto de fin de semana, puesto que puede cumplirse durante dicho período y en lugar distinto al domicilio del penado, incluido un centro penitenciario.

Para garantizar el cumplimiento de esta pena, el juez o tribunal puede acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan controlar la ubicación del condenado (art. 37,4 Cp). Sin embargo, ello no conduce a su posible cumplimiento en libertad porque, según el texto legal, debe llevarse a cabo en un lugar determinado (BOLDOVA PASAMAR, en Gracia Martín —coord.—, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*).

### *C) LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR IMPAGO DE LA MULTA*

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa (conocida como «arresto sustitutorio») se reconoce finalmente como pena privativa de libertad (art. 35), renunciando a los eufemismos y complicados razonamientos por los que se había tratado de evitar dicha calificación y la consiguiente crítica sobre el carácter desigual de

la pena de multa, más gravosa para el insolvente que debe cumplir el arresto por impago. La forma de aplicación de esta responsabilidad personal subsidiaria será tratada al estudiar la pena de multa (véase, *infra* apartado 4.C de este capítulo).

### 3. LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

#### A) CONSIDERACIONES GENERALES

Aunque las penas privativas de libertad que se acaban de estudiar también suponen, esencialmente, la privación de derechos, esta última denominación se reserva en el Código para un grupo de penas que tienen como denominador común la privación, temporal o definitiva, de derechos distintos de la libertad ambulatoria y que, o bien son propios de cargos públicos o profesiones, o bien son inherentes a determinadas situaciones jurídicas como la patria potestad, la mayoría de edad, el domicilio, etc.

Al referirnos más arriba a las penas accesorias (apartado 1.C del presente capítulo) quedaron recogidas ya algunas críticas tradicionales a las penas privativas de derechos precisamente cuando se establecen con tal carácter de accesoriedad. En este punto conviene resaltar que también como penas principales han sido puestas en cuestión, especialmente por su originaria concepción como penas infamantes que suponían la privación deshonrosa de los cargos, derechos y honores del penado, conduciendo a una auténtica «muerte civil» del mismo. Se ha dicho, por otra parte, que las privaciones de cargos y empleos pueden contener una cierta desigualdad en la medida en que sus efectos no son los mismos para todos los ciudadanos.

Sin embargo, actualmente, las llamadas penas privativas de derechos no pueden ser concebidas ya como penas infamantes, puesto que en su progresiva evolución han ido limitándose a casos en los que la privación del cargo o derecho tiene relación con el delito cometido, tanto cuando se aplican como accesorias como si se establecen como principales. Desde esta estimación, las penas privativas de derechos pueden proporcionar la respuesta adecuada a un grupo de delitos cometidos precisamente en ejercicio de ciertos derechos o cargos. Piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la Administración Pública cometidos por los funcionarios en ejercicio del cargo que ocupan; cuestión distinta es la de si en la Parte Especial del Código se aplica con rigor este criterio,



pero en todo caso, las posibles incorrecciones no justifican una descalificación global de las penas privativas de derechos.

Asimismo, y como se verá a continuación, el Código actual ha recogido una corriente jurisprudencial anterior (STS 5.12.81) en la que se exigía concretar en la sentencia los cargos u honores concretos sobre los que recayera, en su caso, la pena privativa de los mismos, paliándose de este modo las referencias excesivamente genéricas que contenía el Código anterior.

Las penas privativas de derechos se enumeran en el art. 39 Cp: inhabilitaciones y suspensiones de cargos, profesiones y derechos, privación del derecho a conducir vehículos de motor, privación del derecho a tenencia y porte de armas, privación del derecho a residir en determinados lugares, a aproximarse o comunicarse con la víctima y trabajos en beneficio de la comunidad.

## B) INHABILITACIONES Y SUSPENSIONES

El Código penal establece esta distinción, con distintas modalidades, en una regulación un tanto farragosa contenida en los arts. 40 y ss. que puede sistematizarse en la siguiente forma:

a) Inhabilitación absoluta: con una duración de seis a veinte años (art. 40) consiste en: privación *definitiva* de todos los honores, empleos y cargos públicos del penado, aunque fueren electivos; privación *temporal* del derecho a obtener los mismos u otros honores, cargos y empleos públicos e incapacidad para ser elegido para cargo público. La referencia al carácter definitivo de la privación de los cargos que se poseen no impide volverlos a obtener tras la condena puesto que la incapacitación para hacerlo es, como puede verse, temporal.

b) Inhabilitaciones especiales (de 3 meses a 20 años):

1. Para cargos y empleos públicos: privación *definitiva* del empleo o cargo sobre el que recaiga y de los honores anejos. Privación *temporal* de la capacidad para obtener el cargo que se tuviere y otros análogos que deberán especificarse en la sentencia. Sobre el carácter definitivo vale lo dicho en relación a la inhabilitación absoluta.

2. Para el derecho de sufragio pasivo: privación temporal del derecho a ser elegido para cargos públicos.

3. Para profesión, oficio, industria, comercio, o cualquier otro derecho: privación temporal de la facultad de ejercerlos, debiendo concretarse expresa y motivadamente en la sentencia. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, añade la inhabilitación especial para «otras actividades determinadas en este Código» (art. 39,b) que se concretan en algunos tipos penales.

4. Para ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda, curatela o acogimiento: privación temporal de los derechos inherentes a la primera y extinción de los demás. Incapacidad para obtener dichos cargos durante el tiempo de la condena.

5. Privación de la patria potestad.
- c) Suspensión de empleo o cargo público: privación temporal (de 3 meses a 6 años) del *ejercicio* del cargo que tuviere el penado.

Varias son las cuestiones a comentar acerca de esta regulación. De entrada, como puede verse, la diferencia entre inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para cargo público radica en que la primera recae sobre todos los honores, cargos y empleos públicos, mientras que la segunda lo hace sobre el concreto cargo que tuviere el penado y otros análogos, analogía ésta que no siempre será fácil de establecer (por ejemplo: ¿es análogo al cargo de Diputado, el de Concejal municipal?), pero que debería atender a la naturaleza de la función y, en todo caso, debe especificarse en la sentencia.

Respecto a la diferencia entre inhabilitación y suspensión, debe distinguirse entre el caso de los cargos públicos y el de otros derechos. Así, cuando estas penas recaen sobre empleos o cargos públicos, la inhabilitación conlleva la privación de la *titularidad* del cargo, mientras que la suspensión sólo priva del *ejercicio del mismo* (arts. 42 y 43 Cp). En cambio, esta distinción entre titularidad y ejercicio no es necesaria cuando se trata de otros derechos o profesiones, por lo que en relación a éstos, sólo se prevé la pena de inhabilitación que consiste en la privación del ejercicio del derecho (art. 45). Lo mismo puede decirse de la privación del derecho a conducir vehículos (art. 47) que, además, puede ser impuesta como medida de seguridad en supuestos de peligrosidad criminal (art. 105,2 Cp).

En las inhabilitaciones y suspensiones de empleos y cargos públicos la jurisprudencia constitucional ha admitido su compatibilidad con la sanción disciplinaria que puede tener el mismo contenido, como ya fue expuesto al tratar estas penas como penas accesorias (véanse *supra* 1.C y capítulo V.2.E, en lo relativo al principio non «bis in idem»).

Obsérvese que nuestro Ordenamiento admite que una decisión judicial condenatoria prive de un cargo de elección popular y, de este modo, modifique una manifestación de la voluntad popular expresada en las urnas. Ello es perfectamente legítimo pero no deja de presentar alguna incoherencia con relación a las normas reguladoras del acceso a la condición de Diputado, Senador, Concejal o Diputado del Parlamento europeo: efectivamente, la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General establece que son *inelegibles* —junto a otras situaciones que no vienen al caso— sólo los condenados a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena (art. 6,2,a), luego parece que el fundamento de esta causa de inelegibilidad no está en la existencia de una condena, sino en su especial gravedad o en la imposibilidad de desempeñar la función. De ello se desprende que un condenado por sentencia firme a pena no privativa de libertad, incluso si es de inhabilitación para otros cargos distintos,

puede presentarse a las elecciones al Congreso, etc., mientras que si la condena a inhabilitación se produce después de ser elegido, provoca la pérdida de su condición.

Por último, en lo que se refiere a las penas de inhabilitación, el Código penal de 1995 introdujo la recayente sobre la patria potestad, guarda, tutela, curatela o acogimiento. Con ello reaparece, en parte, la vieja pena de interdicción civil que había sido suprimida del Código anterior por la Reforma de junio de 1983, aunque con características considerablemente distintas. La actual pena ya no se aplica como pena accesoria a delitos sin relación con la relación familiar en cuestión —como ocurría con la interdicción civil—, sino como pena principal en delitos cometidos en el ámbito de las relaciones familiares (por ejemplo, el art. 233 en relación al abandono de niños).

La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en los arts. 33 y 39 Cp, como pena privativa de derechos de carácter grave, la privación de la patria potestad. Se diferencia de la inhabilitación especial para la patria potestad en que mientras la inhabilitación priva del *ejercicio* de los derechos, la privación de la patria potestad implica la pérdida de su titularidad, aunque subsisten los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado (art. 46 Cp).

### *C) EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD*

Esta pena constituyó una de las novedades del Código penal de 1995.

Consiste en la prestación gratuita de trabajo de utilidad pública (de uno a ciento ochenta días. Véase art. 33,3 y 4 Cp). Es una pena privativa de derechos porque la gratuidad del trabajo supone la pérdida del derecho al salario.

La obligatoriedad de contar con el consentimiento del penado se asienta en la prohibición constitucional de que las penas «consistan» en trabajos forzados (art. 25,2 CE), que indudablemente se violaría si el trabajo se impusiera coactivamente; ello obliga, asimismo, a que esta pena deba ser siempre alternativa de otra. En cambio, no viola tal prohibición el carácter obligatorio del trabajo como parte del régimen penitenciario, que es consecuencia de la pena y no su misma esencia.

De los principios que lo informan (art. 49,1<sup>a</sup> a 7<sup>a</sup>) cabe destacar el control por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, la salvaguarda de la dignidad del penado y el carácter público o cuasi-público de las entidades dadoras de trabajo, ya que siendo proporcionado por la Administración, incluso a través de convenios, la primera condición del mismo artículo,

referida a la «Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios», es una garantía de que el trabajo será de auténtica utilidad pública.

El artículo 49 Cp atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria el control del cumplimiento de la pena a partir de los informes de los servicios penitenciarios sobre las incidencias de la prestación (ausencias, rendimiento, etc.). Las restantes circunstancias de la ejecución están desarrolladas en el RD 515/2005, de 6 de mayo.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha incluido en el art. 49,6ª la indicación de que en caso de «incumplimiento» se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468, esto es, para valorar la posible calificación del incumplimiento como delito de quebrantamiento de condena. Obsérvese que el art. 49,6ª no califica el incumplimiento como delito de quebrantamiento, sino que sólo obliga a deducir testimonio para su eventual persecución, lo que resulta importante porque de ningún modo puede considerarse que el incumplimiento del trabajo infringe en todo caso el artículo 468 del Código penal.

En efecto, el trabajo en beneficio de la comunidad es una pena que puede imponerse como sustitutiva de la pena de prisión (vid. art. 88 e *infra* capítulo XXXIII.3.A). Como tal pena sustitutiva, la consecuencia jurídica natural de su incumplimiento debe ser el cumplimiento de la pena sustituida, esto es, el ingreso en prisión, como establece el art. 88.2. Si en todos los casos en que, por incumplimiento del trabajo, se aplica la pena de prisión que había sido sustituida, se impusiera además, una pena por quebrantamiento de condena se estaría incurriendo en un claro abuso del *ius puniendi*, cuando no en una violación del *non bis in idem*.

Por todo ello, el único incumplimiento del trabajo en que cabe plantear el delito de quebrantamiento de condena es aquél en el que se dan todos los elementos objetivos y subjetivos de dicho delito, como son la voluntad de sustraerse definitivamente al cumplimiento de la condena y el perjuicio a la Administración de Justicia derivado de la ineficacia de la resolución judicial. En todos aquellos casos en los que el incumplimiento tiene su natural consecuencia en el regreso a la pena sustituida, no se produce dicho perjuicio a la Administración de Justicia puesto que se procede a cumplir la pena originariamente impuesta (para más detalles sobre el quebrantamiento de las penas sustitutivas, *infra* capítulo XXXIII.3.B).

## D) OTRAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS. PROHIBICIONES RELACIONADAS CON LA VÍCTIMA

El art. 47 recoge las penas de privación del derecho a conducir vehículos, que inhabilita al penado para el ejercicio de tal derecho durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas. El art. 48 recoge una serie de prohibiciones relacionadas con la víctima y su entorno que aparecen también entre las penas accesorias (art. 57): la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos (art. 48,1) y las prohibiciones de aproximación (art. 48,2) o comunicación con la víctima o con otras personas que determine el juez (art. 48,3). La duración de estas penas se establece en el art. 40.

La privación del derecho a residir en determinados lugares, por la que se impide al penado volver al lugar en que hubiere cometido el delito o falta, o en que resida su víctima o su familia, si fueren distintos, recoge el contenido esencial de la antigua pena de destierro que, con tal denominación, desaparece en el Código penal.

*La prohibición de acercarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal* (art. 48,2 Cp) es una pena privativa de derechos introducida por la LO 14/1999, de 9 de junio, en Materia de Protección a las Víctimas de Malos Tratos. Sin embargo, las numerosas reformas habidas en materia de violencia en el ámbito familiar y asimilados, le han dotado de un alcance mucho mayor que el de una pena. Dicha prohibición se adopta también con los siguientes efectos: como medida cautelar durante el desarrollo del proceso (orden de protección. vid. art. 544,ter LECrim), como pena accesoria (obligatoria desde la LO 15/2003, de 25 de noviembre) en delitos contra miembros de la familia en sentido amplio (art. 57,2 Cp), como condición para la suspensión y la sustitución de la pena (arts. 83,1,6<sup>a</sup> y 88 Cp) y como medida de seguridad (art. 106,1,e Cp, dentro de la medida de libertad vigilada).

La prohibición de acercamiento a la víctima como condición obligatoria para la suspensión y sustitución de la pena (arts. 83,1,6<sup>o</sup>, 84 y 88 Cp) fue introducida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (más detalles en la suspensión y sustitución de la pena, *infra* capítulo XXXIII, 2 y 3).

## 4. LA PENA DE MULTA

### A) CONSIDERACIONES GENERALES

La pena de multa, consistente en el pago de una determinada cantidad de dinero, ha estado presente en la mayoría de sistemas jurídicos desde

épocas históricas remotas. El Derecho español medieval la recogía aunque con características distintas a las actuales, como la de destinarse, en parte, a los jueces y rodearse de una considerable arbitrariedad. Pese a lo lejano de sus orígenes, la pena de multa ha conocido épocas de menor relevancia, especialmente a partir del auge de la pena de prisión en el momento en que ésta se consolidó como tal. Sin embargo, el siglo XX conoció un nuevo auge de la pena de multa, de la que se destacan sus ventajas frente a la privación de libertad, incorporándose ampliamente a los sistemas jurídicos contemporáneos y estableciéndose frecuentemente la posibilidad de aplicarla como sustitutivo de la pena de prisión de corta duración. Como ejemplo de la considerable dimensión actual de la pena de multa puede citarse el caso alemán, en el que dicha pena ha llegado a ser una de las más aplicadas, alcanzando en ocasiones el ochenta por ciento de las condenas.

Las razones de lo anterior suelen situarse en las ventajas que ofrece: la pena de multa carece de efectos degradantes sobre el condenado, le permite seguir en contacto con su medio social y familiar y, asimismo, seguir procurándose su propio mantenimiento económico y el de su familia. Por otra parte, es fácilmente graduable y adaptable a la situación económica del reo, sin que sea desdeñable el hecho de que, al contrario que la pena de prisión, no provoca gastos de ejecución al Estado, sino ingresos.

Sin embargo, tales ventajas van acompañadas de ciertos inconvenientes: la pena de multa, a todas luces, intimida menos que la prisión y, en muchos casos, puede resultar ineficaz desde el punto de vista preventivo; por otra parte, plantea problemas en relación al principio de personalidad de las penas, en la medida en que la disminución del patrimonio del condenado no sólo le afecta a él sino también a su familia; pero quizá donde aparecen con mayor fuerza los inconvenientes de la pena de multa es en lo relativo a las situaciones de desigualdad que puede generar: para los condenados que disponen de medios económicos resulta mucho menos gravosa que para quienes no los poseen y ello deja planteado el problema de la respuesta a adoptar en casos de insolvencia o impago, puesto que, de acudir al arresto del insolvente, su tratamiento desigual respecto al que no lo es se incrementa todavía más.

No puede negarse la contundencia de los argumentos acerca de los inconvenientes de la pena de multa, especialmente en relación a determinados delitos. Así, puede resultar absolutamente ineficaz, desde el punto de vista preventivo, en la punición de delitos habitualmente cometidos en el ámbito de las empresas y que lesionan intereses co-

lectivos como la salud pública o la seguridad e higiene en el trabajo; si, como en estos casos, se trata de delitos de peligro cometidos por no adoptar determinadas precauciones que suelen incrementar los gastos improductivos de las empresas (medidas de seguridad contra la contaminación, medidas de aseguramiento de la salud de los empleados, etc.), puede resultar mucho más rentable afrontar el pago de la multa impuesta al responsable de la comisión del delito, que cumplir con las normas preventivas de los riesgos.

En segundo lugar, parece claro que una pena de contenido económico siempre contiene una dosis de desigualdad mayor que la privación de libertad: en un sistema caracterizado por la desigualdad económica, mientras que en principio la privación de libertad iguala a todos los que la sufren, la privación o disminución del patrimonio personal afecta a los condenados de modo desigual, como desiguales son sus patrimonios. Y ello porque, aunque la cuantía concreta de la multa se adecúe a la capacidad económica del sujeto, el principio de legalidad de las penas obliga al establecimiento de unos topes legales fijos que no pueden rebasarse.

Ello ha propiciado el establecimiento de sistemas de aplicación de la pena de multa que permitan un mayor grado de adecuación a la capacidad económica del reo, como ocurre con el sistema de días-multa, acogido en el Código penal español y al que nos referiremos inmediatamente. Por último, la reacción a adoptar ante casos de insolvencia debe establecerse de manera que resulte la menor desigualdad posible, cuestión en la que incidiremos también al analizar el sistema español.

## *B) LA PENA DE MULTA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*

### *a) El sistema de días-multa*

La introducción de este sistema en nuestro Ordenamiento ha venido a suponer una de las más importantes innovaciones respecto al anterior. El sistema de días-multa, de origen escandinavo, pretende ofrecer mayores posibilidades de individualización, tanto respecto al hecho punible como a la situación económica del reo.

Para ello, la pena de multa se asienta sobre la graduación de dos baremos: a) la duración temporal o extensión, que se establece en días, meses o años, siendo la extensión total entre 10 días y 2 años (art. 50) sin que aparezcan obstáculos a establecerla por semanas, puesto que el art. 50,6 faculta al tribunal para determinar el tiempo y forma del pago

de las cuotas; y b) la cuota a pagar en cada uno de esos períodos, que se fijará dentro de los márgenes establecidos en la ley: la cuota diaria será de 2 a 400 euros.

Este doble baremo permite que la individualización de la pena se lleve a cabo en dos momentos y sobre bases distintas: en primer lugar, el tribunal debe establecer el número de cuotas a abonar, dentro del marco legal señalado para el delito (por ejemplo, entre seis y doce meses, en el art. 199,1). Con ello se fija la *extensión* de la multa, adecuándola a la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor; para hacerlo, el art. 50,5 Cp remite a las reglas generales de aplicación de la pena, en las que se considera, entre otros criterios, la concurrencia de atenuantes y agravantes. Establecida la extensión —el número de cuotas a pagar—, debe fijarse el importe de cada cuota «teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo» (art. 50,5).

Las ventajas de este sistema se resumen en la mejor adecuación al principio de igualdad ante la ley, que, como es sabido, requiere el tratamiento igual de los casos iguales y desigual para los que son desiguales; así, la fijación de la extensión permite imponer penas de la misma duración a dos hechos de igual gravedad, mientras que la adecuación de las cuotas a las circunstancias personales de cada uno de sus autores permite el tratamiento desigual de lo desigual. En segundo lugar, el sistema expuesto puede tener un contenido afflictivo también más igualitario, en la medida en que puede impedir que el condenado con suficientes medios económicos se libere de la obligación en un solo pago y constreñirle al mismo durante un cierto tiempo, hasta el punto en que se ha dicho que con este sistema se pretende disminuir su estándar de vida; y, para aquéllos que tengan dificultades económicas, el fraccionamiento en cuotas ofrece mayores facilidades.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, modificó el art. 50,6 Cp en un sentido que desnaturaliza la multa temporal o por cuotas. Esta reforma recoge una práctica judicial por la que se permitía liquidar de una sola vez todas las cuotas impuestas, con lo que en realidad se eliminaba el carácter temporal de esta pena, que supone la vinculación a la misma durante un cierto tiempo. El texto ahora vigente permite al tribunal acordar, por causa justificada, el pago de la multa en un plazo determinado, de una sola vez o estableciendo plazos, lo que supone permitir el cumplimiento de forma diferente a la de las cuotas acordadas y que, como se ha dicho, se fijan en función de la gravedad del delito como



forma de mantener la vinculación a la pena durante un cierto tiempo. Por esta razón, puede decirse que la utilización de esta facultad por el juez o tribunal sentenciador supone, en realidad, convertir la multa temporal en una multa «a plazos», lo que es distinto. Por tanto, es aconsejable la utilización restrictiva de esta facultad judicial, limitándose a la valoración de la causa «justificada» a supuestos de imposibilidad de cumplimiento conforme al sistema previsto.

### *b) La multa proporcional*

Pese a la implantación del sistema que se acaba de exponer, existen algunos rasgos del anterior que se han resistido a abandonar el Código. Tal es el caso de la multa proporcional que aparece en el catálogo general de penas (art. 33,3,j) como pena menos grave, cualquiera que sea su cuantía. Asimismo, el art. 52 establece que la multa será proporcional al daño causado, al valor de los efectos objeto del delito o al beneficio reportado, en los supuestos expresamente previstos en este Código.

Ello se refleja en algunos tipos penales como el tráfico de influencias (art. 428) o el delito urbanístico (art. 319,2), en los que se establece una cantidad proporcional —por ej., del tanto al duplo, o del tanto al triplo— respecto al beneficio perseguido u obtenido mediante el delito, siendo éste el único criterio a considerar y debiendo abonarse la multa sin división en cuotas.

## *C) EL IMPAGO DE LA MULTA*

Habitualmente se denomina «arresto sustitutorio» a la privación de libertad aplicable al condenado a pena de multa que no satisface su pago, voluntariamente o por vía de apremio. Sin embargo, el Código lo regula utilizando la expresión «responsabilidad personal subsidiaria», que se concreta en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (art. 53).

La posibilidad de privar de libertad al reo insolvente ha planteado históricamente el problema del trato desigual que supone para los condenados en función de su situación económica. Así, el arresto sustitutorio por impago fue declarado inconstitucional en Italia en 1979 estableciéndose como sanción sustitutoria un período de «libertad controlada».

En nuestro país, el concepto de responsabilidad personal subsidiaria ha permitido, en parte, eludir las críticas dirigidas a la desigual situación que provoca esta institución. De este modo, se había mantenido que la privación de libertad en estos casos no supone una auténtica pena, sino una previsión especial que no se aplica por la comisión del delito, sino como consecuencia de la insolvencia del condenado. En esta línea, y todavía bajo la vigencia del Código anterior, el Tribunal Constitucional (STC 16.2.88) negó que esta institución supusiera un

trato discriminatorio injustificado, alegando su naturaleza de «previsión específica» para evitar el incumplimiento de la norma general que pudiera derivarse de su proyección sobre las distintas realidades económicas de los condenados. Pese a ello, el propio Tribunal Constitucional apuntaba la posibilidad de prever otras formas de «responsabilidad personal subsidiaria» distintas de la privación de libertad, sugerencia que, como se verá, ha sido acogida por el legislador a la hora de redactar el Código penal actual.

La discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago de la pena de multa, ha sido zanjada por el Código, al reconocerse expresamente su carácter de pena privativa de libertad en el art. 35, lo que, además, permite que su ejecución sea suspendida con arreglo al art. 80,1.

En la misma línea de evitar que el impago conduzca inexorablemente a la privación de libertad continuada, el art. 53,1 Cp permite que este arresto sustitutorio se cumpla en régimen de localización permanente o de trabajo en beneficio de la comunidad, convirtiendo cada día de privación de libertad en una jornada de trabajo.

La localización permanente y el trabajo en beneficio de la comunidad no son, en realidad, penas *sustitutivas* de la responsabilidad personal subsidiaria que, a su vez, es sustitutiva de la multa, porque el art. 88,3 prohíbe la doble sustitución. Según el texto del art. 53,1, son realmente *formas de cumplimiento* de la responsabilidad personal subsidiaria.

## 5. EXCURSO: LA PENA DE MUERTE

La Constitución española abolió, como es sabido, la pena de muerte «salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra» (art. 15).

El debate en torno a la pena de muerte ha sido constante y nunca puede darse definitivamente por zanjado porque en situaciones de grave alarma social (actos terroristas, etc.) reaparece en sectores de la opinión pública la pretensión de acudir a ella como respuesta a hechos especialmente repudiables frente a los que, en ocasiones, se manifiestan visceralmente los deseos de venganza.

Los argumentos en contra de la abolición son sobradamente conocidos y giran en torno a la retribución pura y simple, o bien al efecto intimidatorio que produce la pena capital y que nunca ha podido ser demostrado plenamente. Pero con independencia de que este último se considere o no probado y de que se acepte o no la extrema retribución,

los argumentos principales del abolicionismo ponen de manifiesto que, además de ser una pena irreversible en casos de error judicial es, por definición, contraria al principio de humanidad de las penas; el Estado no puede, fría y calculadamente, poner sus instituciones al servicio de la privación de la vida de un ciudadano con la pretensión de compensar la muerte que éste haya ocasionado, reproduciendo en el condenado el mismo mal que éste haya causado.

Por todo lo anterior, las voces abolicionistas se han seguido alzando en contra de la permisión constitucional de la pena de muerte en tiempo de guerra, con arreglo a lo que dispongan las leyes militares, no sólo por la oposición absoluta a la pena capital sino también porque ello supone añadir una irracionalidad más a la situación bélica. Resultado de lo anterior es la LO 11/1995, de 27 de noviembre, por la que se abolió la pena de muerte también en tiempo de guerra.

**Bibliografía:** ABEL SOUTO, La pena de localización permanente, Granada 2008; ÁLVAREZ GARCÍA, La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; ASÚA BATARRITA, El trabajo en servicio de la comunidad como alternativa a otras penas, Estudios de Deusto, Bilbao 1984; BELTRÁN NÚÑEZ, La pena de multa tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en Las penas y sus alternativas, CDJ 2005; BERISTAIN IPIÑA, La inhabilitación penal, ayer, hoy y mañana, RGLJ 1966; EL MISMO, La multa en el Derecho penal español, RGLJ 1976; BERNAL VALLS, Las penas privativas de derechos en el nuevo Código penal, RGD 1999; BITTENCOURT, C., Penas pecuniarias y sistema días-multa, RDPC 1995; BLAY GIL, El trabajo en beneficio de la comunidad como pena para la violencia familiar, RDPC 2007; EL MISMO, Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica, Barcelona 2007; BOIX REIG, Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria, CPC 1977; BRAGE CENDÁN, Los arrestos menores y mayores de la legislación penal especial y la supresión del arresto de fin de semana (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006), EPC 2007; BRANDÁRIZ GARCÍA, La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad, Valencia 2009; BUENO ARÚS, La dimensión jurídica de la pena de prisión, ADP 1987; BUENO CASTELLOTE, La pena de arresto de fin de semana, RGD 1996; BUSTOS RAMÍREZ, Pena privativa de libertad y política criminal: los establecimientos de máxima seguridad, en Control social y sistema penal, Barcelona 1987; CID MOLINÉ, ¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena, RDPC 2007; COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG, Derechos fundamentales del condenado: reeducación y reinserción social, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; CONDE PUMPIDO, Los problemas penitenciarios de la responsabilidad personal por insatisfacción de la pena de multa, en Fiscales de Vigilancia Penitenciaria (Cursos del Centro de Estudios Judiciales), Madrid 1988; CÓRDOBA RODA, Culpabilidad y pena, Barcelona 1977; EL MISMO, La pena y sus fines en la Constitución, en La reforma del De-

recho Penal, Bellaterra 1980 (también en *Papers: Revista de Sociología* 1980); CHOCLÁN MONTALVO, Las penas privativas de derechos en la reforma penal, AP 1997; EL MISMO, La pena de multa en el nuevo Código penal, RGD 1997; DE LA CUESTA ARZAMENDI, La sanción de trabajo en provecho de la comunidad, La Ley 1985; DE LAMO RUBIO, Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código, Barcelona 1997; DE LEÓN VILLALBA, La pena privativa de libertad en el Derecho comparado, RGDP 2004; DE VICENTE MARTÍNEZ, Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica, AP 1997; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, El trabajo en beneficio de la comunidad. Perspectivas jurídico-laborales, Revista Española de Derecho del Trabajo 2004; ESPINA RAMOS, Apuntes de urgencia sobre las nuevas penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, a la luz de la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, AJA 2005; FARALDO CABANA, Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal, Valencia 2008; FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, El sistema de penas en el nuevo Código penal: observaciones críticas al respecto, CPC 1996; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta nº 16/1997, de 16 de diciembre, sobre la ejecución de la pena de días-multa, AP 1998; GARCÍA ARÁN, Fundamentos y aplicación de penas y medidas en el Código penal de 1995, Pamplona 1997; GARCÍA VALDÉS, Teoría de la pena, Madrid 1985; EL MISMO, Del presidio a la prisión modular, Madrid 1997; GARCÍA VALDÉS (dir.), Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica, Madrid 1997; GIMBERNAT ORDEIG, El sistema de penas en el futuro Código Penal, en La reforma del Derecho Penal, Bellaterra 1980; GIMENO GÓMEZ, El arresto sustitutorio por impago de multas: problemática que plantea su ejecución, BIMJ 1986; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Abolicionismo, cárceles e inseguridad ciudadana: crítica, alternativas y tendencias, RDPC 2009; GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, La castración química de pedófilos: un problema ético y penológico, AJA 2007; EL MISMO, La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos, RGDP 2009; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia 1989; HIGUERA GUIMERÁ, El arresto de fin de semana, Madrid 1982; HUBER, Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad, ADP 1984; JORGE BARREIRO, El sistema de sanciones en el Código Penal de 1995, ADP 1996; LANDROVE DÍAZ, El arresto sustitutorio, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Teoría de la pena, Madrid 1990; EL MISMO, La pena de multa, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General), EDJ 1996; LORENZO SALGADO, Las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal español (especial referencia al arresto de fin de semana), EPC 1997; EL MISMO, El arresto de fin de semana como pena privativa de libertad de cumplimiento discontinuo, en Homenaje a Torío, Granada 1999; LUZÓN PEÑA, Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; MAGRO SERVET, La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (el art. 49 del Código penal [Ley 15/2003, de 25 de noviembre]), CDJ 2005; MANZANARES SAMANIEGO, Inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español, ADP 1975; EL MISMO, El comiso, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, Inhabilitación, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, Arresto menor en el domicilio, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, La pena de multa,

La Ley 1996; EL MISMO, La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, AP 1996; EL MISMO, Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros, AP 1997; MAPELLI CAFFARENA, La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, RDPC 2000 (publicado también en Homenaje a Valle, Navarra 2001); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995 (los días-multa y la multa proporcional, con referencia a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago), EPC 1997; MELOSSI/PAVARINI, Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, Madrid-Méjico 1985; MIR PUIG, El sistema de sanciones en el Proyecto de Código Penal de 1980, RJCat. 1980; EL MISMO, El sistema de sanciones en la PANCP de 1983, DJ 1983; MOLINA BLÁZQUEZ, El sistema de penas del Código penal de 1995, BIMJ 1997; MOTA BELLO, Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas, CDJ 2005; MUÑAGORRI LAGUÍA, Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal, EPC 1998; MUÑOZ CONDE, La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, CPC 1979 (también en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982); EL MISMO, Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles, en La reforma penal, cuatro cuestiones fundamentales, Madrid 1982; EL MISMO, La prisión en el Estado social y democrático de Derecho, Eguzkilore 1989; MURADAS FUENTES/URBANO GÓMEZ, El régimen de ejecución en los arrestos de fin de semana: su problemática, La Ley 1996; PARÉS Y GALLÉS, La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad, PJ 1997; POZUELO PÉREZ, Las penas privativas de derechos en el Código penal, Madrid 1998; PRIETO RODRÍGUEZ, Delitos sexuales y castración química: anteproyecto de reforma del Código penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales, La Ley Penal 2010; QUINTERO OLIVARES, El arresto sustitutorio, CPC 1977; RAMÓN RIBAS, La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria, EPC 2004; RAPOSO FERNÁNDEZ, Aproximación a la pena de arresto de fin de semana, La Ley 1997; REBOLLO VARGAS, Algunos problemas de la pena de arresto de fin de semana, AP 1998; REDONDO HERMIDA, La cadena perpetua en Derecho penal español, La Ley Penal 2009; RENART GARCÍA, Aspectos conflictivos de la pena de arresto de fin de semana en la legislación española, AP 1999; REVILLA REVILLA, La pena de multa, La Ley 1997; RIVERA BEIRAS Y OTROS, La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural, 2ª ed., Barcelona 1996; ROCA AGAPITO, El sistema de sanciones en el derecho penal español, Barcelona 2007; ROCA PVEDA, Pena de prisión y prisión provisional: concurrencia temporal desde distintos procesos y relevancia en el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva (en torno a la STC 57/2008, de 28 de abril) (I), La Ley Penal 2009; RODRÍGUEZ CANDELA, La expulsión del territorio del extranjero en el nuevo Código penal, JD 1998; RODRÍGUEZ RAMOS, ¿Prisión por «penosas deudas» al Estado?, La Ley 1988; ROLDÁN BARBERO, Historia de la prisión en España, Barcelona 1988; RUFINO RUS, La pena de arresto de fin de semana: algunas propuestas acerca de sus problemas de aplicación, La Ley 1998; SALINERO ALONSO, El sistema de penas en el Código Penal de 1995, JD 1997; SÁNCHEZ GARCÍA, El sistema de penas, La Ley 1996; SANTOS DÍAZ, El quebrantamiento de la condena de prohibición de aproxima-

ción: valor del consentimiento de la víctima, RDPP 2009; SERNA ALONSO, Presos y pobres en la España del XIX, Barcelona 1988; SERRANO BUTRAGUEÑO, Las penas en el nuevo Código penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Doctrina, jurisprudencia, Derecho comparado y casos prácticos, Granada 1996; EL MISMO, El impago de la pena de multa, RGD 1998; SILVA SÁNCHEZ, ¿Política criminal del Legislador, del Juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal, La Ley 1998; TAMARIT SUMALLA, Responsabilidad personal subsidiaria y arresto domiciliario, AJA 1996; TESÓN MARTÍN, La pena de arresto de fin de semana en el nuevo Código penal, AP 1997; TORRÉS ROSELL, La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: opinión de los sujetos implicados en su aplicación y ejecución, RGDP 2005; EL MISMO, La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación, Valencia 2006; VALEJE ÁLVAREZ, Penas accesorias, prohibiciones del art. 48,2 CP y delito de quebrantamiento de condena: consideraciones críticas sobre el artículo 57,2 del CP, EPC 2006; EL MISMO, La regulación de las penas accesorias en el Código penal de 1995 (I), ADP 2007; VARIOS, Las penas y medidas de seguridad, CDJ 2007, VARONA GÓMEZ, La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?, REIC 2004.

Sobre la pena de muerte: BARBERO SANTOS, La pena de muerte en España: Historia de su abolición, DP 1980; EL MISMO, La abolición de la pena de muerte en España, diez años después, Revista Jurídica de Castilla La Mancha 1989; BARBERO SANTOS (edit.), La pena de muerte, seis respuestas, Valladolid 1975; CARIO (comp.), La pena de muerte en el umbral del tercer milenio. (Homenaje al Profesor Beristain), Madrid 1996; GARCÍA RIVAS, La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar, RFDUC 1983; GARCÍA VALDÉS, No a la pena de muerte, Madrid 1975; EL MISMO, La pena capital. Estado actual de la cuestión, Temas de Derecho penal, Madrid 1992; EL MISMO, La abolición de la pena de muerte en España, Temas de Derecho penal, Madrid 1992; GUZMÁN DÁLBORA, La pena de muerte en la Filosofía jurídica y en los Derechos penal militar e internacional penal, en Homenaje a Serrano, Madrid 2006; LANDROVE DÍAZ, La abolición de la pena de muerte en España, en Estudios jurídicos. Homenaje al Profesor Alfonso Otero, Santiago de Compostela 1981; RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; SERRANO GÓMEZ, Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España, ADP 1982; SERRANO TÁRRAGA, La pena capital en el sistema español, Madrid 1992; VARIOS, Hacia la abolición universal de la pena capital, Valencia 2010.



# CAPÍTULO XXXI

## La determinación de la pena

1. Concepto, sistemas y fases de la individualización de la pena
2. La pena abstracta y la elección del grado de pena
  - A) Supuestos
  - B) La pena inferior o superior en grado
3. La pena concreta
  - A) Cuestiones generales sobre la estimación de las circunstancias
  - B) Reglas de aplicación de la pena en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad
  - C) Casos especiales: la determinación de la pena en la multa y las faltas
4. Determinación de la pena en los casos de unidad y pluralidad de delitos
  - A) Los concursos ideal y medial de delitos (art. 77 Cp)
  - B) El concurso real de delitos: los arts. 75 y 76 Cp
  - C) El delito continuado y el delito masa
  - D) El cumplimiento efectivo de la pena en casos de acumulación de delitos

### 1. CONCEPTO, SISTEMAS Y FASES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La superación de la arbitrariedad judicial propia del Antiguo Régimen y la consagración del principio de legalidad en los sistemas contemporáneos condujeron a la exigencia de que las penas correspondientes a cada delito se recogieran con absoluta certeza en los Códigos penales. Con ello se instaura el sistema de *determinación legal de la pena* que, sin embargo, no se traduce en la fijación de una pena exacta e inamovible para cada conducta, sino en el señalamiento de unos márgenes, limitados generalmente por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales el tribunal debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor. Tal sistema, conocido como de *determinación legal relativa*, permite combinar las exigencias del legalismo —señalamiento de una cantidad genérica de pena para el delito—, con las propias del principio de igualdad, esto es, con la necesidad de distinguir en cada caso concreto las específicas modulaciones de la gravedad del hecho y las circunstancias de su autor.

El sistema de determinación legal relativa supone, por tanto, la posición intermedia entre la inexistencia legal de límites o indeterminación



legal absoluta y la fijación de penas exactas en la ley o determinación legal absoluta.

La determinación legal relativa es el sistema seguido por el Código penal español y por la totalidad de sistemas de nuestro ámbito cultural, si bien en algunos de ellos, como el alemán, se opta por el señalamiento sólo de un límite máximo. En todo caso, los países en que triunfó el movimiento codificador durante el siglo XIX adoptaron sistemas de determinación de la pena con considerables dosis de legalismo y establecimiento de límites al arbitrio judicial, en tanto en cuanto fueron hijos de la revolución francesa, que pretendió hacer tabla rasa con la situación anterior y proclamó el dogma del sometimiento a la ley emanada de la voluntad popular con el consiguiente encorsetamiento de las decisiones judiciales. En cambio, los países de influencia anglosajona son más proclives a la admisión del arbitrio judicial y, por tanto, a límites legales menos estrictos; ello se explica recordando que la llegada de la burguesía inglesa al poder se efectuó sin choque frontal con la aristocracia y sin necesidad de romper absolutamente con el sistema anterior en lo jurídico, lo que, unido a una diferente concepción sobre la actuación del poder judicial y al mayor prestigio de éste, desembocaron en el menor sometimiento a la ley que caracteriza a los sistemas de corte anglosajón.

En el caso español, el legislador establece para cada delito un *marco penal genérico* —también denominado «pena abstracta»—, limitado por un máximo y un mínimo, y proporciona en la Parte General del Código una serie de reglas destinadas a concretarlo en un margen de pena más reducido o *marco penal concreto*, dentro del cual, finalmente, el juez o tribunal elegirá la pena que debe imponerse al condenado y que debe tratarse de una pena fija, con duración determinada en la sentencia. De esta forma, nuestro sistema rechaza la posibilidad de la llamada sentencia indeterminada, propuesta por orientaciones de corte marcadamente preventivo especial como el positivismo criminológico o el correccionalismo, que pretendieron la inexistencia de topes en la pena impuesta en la sentencia y su posterior concreción en la fase de ejecución de la misma, en función de la evolución del condenado y su reeducación.

Como puede verse, desde que el legislador señala el marco penal del delito hasta que la pena se cumple definitivamente, se produce un proceso de progresiva concreción de la sanción que se conoce como *individualización de la pena*. Las fases de este proceso son, pues, las siguientes:

a) Individualización legal de la pena: es la fase correspondiente al legislador y consiste en el establecimiento del marco penal genérico (por ej., prisión de dos a cuatro años) que corresponde a cada delito.

En el establecimiento de dicho marco penal, propio de la conminación, predominan criterios de prevención general y proporcionalidad. El legislador señala una cantidad genérica de pena que considera necesaria y suficiente para la intimidación, esto es, para evitar que los ciudadanos cometan el hecho en cuestión; y, para lograrlo, debe tratarse de una pena proporcionada a la gravedad abstracta del mismo.

A partir de aquí, los diferentes sistemas dejan mayores o menores márgenes a la discrecionalidad de los tribunales para concretar la pena. En el Código penal español, los jueces y tribunales no tienen las manos absolutamente libres para concretar la pena dentro del marco genérico, sino que se establecen una serie de reglas destinadas, por ejemplo, al cómputo y consideración de las circunstancias agravantes y atenuantes. Tradicionalmente, ésta ha sido una parte del Código penal caracterizada por un gran constreñimiento de la decisión judicial a través de complicadas reglas que han llegado a ser denominadas «parte artística del Código» y han caracterizado a nuestro sistema como de «aritmética penal». El Código penal de 1995 simplificó las reglas de determinación de la pena en una línea ya iniciada por reformas anteriores. Sin embargo, las reformas que han tenido lugar por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, y por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, han conseguido introducir niveles de complejidad y dosimetría penal similares a los del Código Penal de 1848 y lo que era conocido como su «parte artística», truncando un proceso histórico de simplificación que se había desarrollado a lo largo de ciento cincuenta años. Esta obsesión por establecer exactamente en la ley la pena que corresponde en todas las situaciones imaginables expresa un retribucionismo teóricamente superado, con el que se dosifican las penas aritméticamente. Además, aunque la complicada dosificación parece encorsetar la siguiente fase de la individualización, se ofrecen considerables espacios al arbitrio judicial (SANZ MORÁN, 2004).

b) Individualización judicial: obviamente, es la llevada a cabo por el juez o tribunal sentenciador, concretando el marco penal de la ley hasta la elección de la pena a imponer.

En esta fase, el órgano enjuiciador lleva a cabo, en primer lugar, la llamada *determinación cualitativa* o elección del grado de la pena que tiene lugar siempre que la ley obliga a imponer penas inferiores o superiores en grado a la prevista para el delito, pero también en aquellos casos en que se permite sustituir una pena por otra (por ej., en las penas de prisión inferiores a dos años), o cuando se señalan penas alternativas (por ej., en el art. 184: pena de multa o prisión). En segundo lugar, se

procede a la *determinación cuantitativa* de la pena, consistente en la elección de la *extensión* o cantidad concreta de pena a cumplir.

En todo este proceso, el juez o tribunal toma en consideración las reglas establecidas en la ley que, por tanto, pertenecen a la individualización legal, pero que, en la medida en que dejan márgenes de ejercicio del arbitrio, configuran el ámbito de la individualización judicial. Así, por ejemplo, es relativamente frecuente que el Código permita elegir entre imponer la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito, o bien, en el caso en que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, puede elegirse cualquier cantidad de pena dentro del marco penal genérico.

Para llevar a cabo esta individualización, el Código proporciona algunos criterios que se verán al analizar las reglas legales, pero que, en todo caso, no pueden considerarse desvinculados de las finalidades propias de la pena. Así, en la individualización judicial debe tenerse en cuenta tanto el criterio de la proporcionalidad de la pena respecto al hecho concreto, como las necesidades preventivo-especiales que presente el sometido a juicio.

c) Individualización ejecutiva. Se la conoce también como «individualización administrativa» o bien como «individualización penitenciaria», aludiéndose con ello a las modificaciones que puede sufrir la pena de prisión durante su cumplimiento, mediante la aplicación de beneficios penitenciarios, la progresión en grado penitenciario y la obtención de la libertad condicional.

Sin embargo, tales denominaciones ya no resultan adecuadas en el actual sistema: por un lado, ni siquiera en materia penitenciaria puede hablarse de una individualización exclusivamente administrativa puesto que se trata de una actividad sometida a control judicial mediante la figura del Juez de Vigilancia. Por otro, la pena de prisión no es la única que puede presentar alteraciones durante su ejecución. Así, con el sistema de formas sustitutivas de la privación de libertad (arts. 80 y ss.), la fase de ejecución de la sentencia se complica considerablemente puesto que, como se verá, de incumplirse la pena sustitutiva (art. 88,2) o las condiciones impuestas en la suspensión de la pena (art. 83), deben adoptarse las correspondientes resoluciones que, si bien corresponden al órgano judicial, presuponen también la intervención de órganos administrativos encargados del seguimiento de la ejecución, del mismo modo que la Administración penitenciaria sigue interviniendo en la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por ello no puede seguir hablándose de individualización exclusivamente penitenciaria o exclusivamente administrativa y resulta preferible considerar la individualización en la ejecución penal como aquella fase, con intervención judicial y administrativa, en la que la pena impuesta en la sentencia se adecúa a la evolución e incidentes de su cumplimiento.

## 2. LA PENA ABSTRACTA Y LA ELECCIÓN DEL GRADO DE PENA

La primera operación a realizar para imponer una pena es la elección de la clase de pena aplicable al hecho enjuiciado o *determinación cualitativa*. En algunos delitos, el Código señala penas alternativas entre las que debe elegirse la más adecuada (por ejemplo, art. 284: prisión o multa) y, asimismo, los casos de sustitución de una pena por otra, que se verán en el capítulo XXXIII, suponen supuestos de elección entre distintas clases de penas.

Pero también se considera determinación cualitativa la elección de lo que se denomina *grado de pena* y que se produce cuando la ley señala la pena *inferior o superior en grado* a otra, como en los supuestos que se verán a continuación.

Para ello debe partirse de la *pena abstracta*. En general, se entiende que la pena abstracta o genérica es la señalada en la Parte Especial del Código para cada tipo penal (por ejemplo, prisión de diez a quince años para el homicidio en el art. 138), que la impone al autor del delito consumado, como establece el art. 61.

Sin embargo, los casos de participación y ejecución distintos del autor de delito consumado (es decir, el cómplice y la tentativa) pueden considerarse, en realidad, extensiones de la tipicidad recogida en la Parte Especial que se regulan en normas generales para evitar su repetición en cada tipo; de este modo, los arts. 62 y 63 establecen que las penas de la tentativa y del cómplice serán siempre inferiores en grado a las del autor del hecho consumado. En este sentido puede decirse que la pena de la complicidad o la de la tentativa, una vez rebajadas respecto de la pena típica, son también marcos penales abstractos (así, GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN —coord.—, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*).

Los casos de señalamiento de una pena inferior o superior en grado recogen, en general, supuestos cualitativamente distintos al hecho básico descrito en cada tipo que, precisamente por ello, desbordan su marco penal y son considerados como determinación cualitativa de la pena. Junto a los supuestos del cómplice y la tentativa, existen otros que se verán a continuación (eximentes incompletas, etc.), pero, en todo caso, lo importante es que en la determinación cualitativa de la pena no se trata de recorrer «el interior» del marco penal abstracto, sino de elegir un marco distinto, inferior o superior al señalado para el delito.

## A) SUPUESTOS

Como ya se ha dicho, la pena señalada a cada delito en la Parte Especial del Código es la correspondiente al autor del mismo cuando el hecho ha quedado consumado. Por tanto, los principales supuestos de imposición de pena inferior o superior en grado atienden a variaciones de esta situación (grados de ejecución y casos de participación), pero, junto a ellos, se establecen otros que toman en consideración la concurrencia de especiales circunstancias.

a) Formas imperfectas de ejecución: a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado (art. 62). La elección entre rebajar un grado o rebajar dos debe llevarse a cabo «atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado». Con ello se hace referencia a la distinción entre tentativa acabada (frustración, en el Código anterior) e inacabada, según el sujeto haya practicado todos o parte de los actos de ejecución (art. 16,1). De este modo, el Código penal no impone que la pena de ambas clases de tentativa sea necesariamente distinta, sino que se deja a los tribunales la decisión sobre el alcance de la disminución.

b) Participación: a los cómplices de delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito (art. 63). Esta regla constituye la plasmación del principio de accesoriadad de la participación, en virtud del cual la pena del cómplice se establece a partir de la del autor; ello comporta la acumulación de disminuciones de pena en el caso del cómplice de tentativa: si la pena del autor se rebaja por el grado de ejecución alcanzado, la del cómplice se establece a partir de ésta y se disminuye un grado más en atención a su grado de participación.

c) Concurrencia de la eximente incompleta del art. 21,1ª. El art. 68 obliga a imponer la pena inferior en uno o dos grados. Puesto que es obligatorio rebajar la pena en el caso de la eximente incompleta, los criterios de decisión que indica el art. 68 («el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran...») son los que deben informar la decisión sobre si rebajar uno o bien dos grados.

d) Casos especiales de concurrencia de atenuantes y agravantes. En esta materia, modificada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se aprecia con claridad la voluntad de encorsetar la actividad judicial complicando las reglas a que nos hemos referido más arriba, y ello con una tendencia claramente agravatoria, aunque varias atenuantes sin agra-

vantes conducen a la pena inferior en uno o dos grados (art. 66,1,2ª). En términos generales puede decirse que el texto reformado proporciona un tratamiento diferenciado a los casos de concurrencia de más de dos agravantes, o bien de multirreincidencia, en los que *se faculta* al tribunal para imponer la pena superior en grado, esto es, para desbordar el marco penal típico previsto para el delito. Estos son supuestos que ahora deben tratarse como casos de modificación de la pena abstracta o elección del grado de pena, mientras que con anterioridad a la citada reforma, debían mantenerse dentro de la pena abstracta típica y, por tanto, se trataba de supuestos de elección concreta de la pena, en los que las circunstancias agravantes modulaban la pena abstracta sin desbordarla.

*En síntesis, los supuestos contenidos en el artículo 66,1 son los siguientes:*

Regla 2ª: rebaja obligatoria a la pena inferior en uno o dos grados si concurren dos o más atenuantes o una o varias muy cualificadas y no concurre agravante alguna. Las atenuantes se valoran como muy cualificadas si, a criterio del tribunal, concurren con mucha intensidad.

Regla 4ª: facultativamente, imposición de la pena superior en grado, en su mitad inferior, si concurren más de dos agravantes y ninguna atenuante.

Regla 5ª: facultativamente, imposición de la pena superior en grado a la prevista para el delito si concurre la denominada *reincidencia cualificada* o multirreincidencia, consistente en la constancia de, al menos, tres condenas anteriores por delitos comprendidos en el mismo Título del Código penal, siempre que sean de la misma naturaleza. Con esta previsión de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se regresa al régimen preconstitucional de la multirreincidencia (vid. *supra* capítulo XXIX.3.B), conforme al cual la dedicación frecuente al delito es tratada pura y simplemente con un incremento de la pena, en lugar de con otro tipo de medidas que persigan la desvinculación del comportamiento delictivo. El texto legal impone como criterios para decidir este sustancial incremento de la pena, «las condenas precedentes» y la «gravedad del nuevo delito cometido», difíciles de justificar desde el punto de vista del principio de responsabilidad por el hecho cometido, pese a que la Exposición de Motivos, consciente de la grave objeción formulable, proclame lo contrario.

Regla 8ª: establece que «cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado, podrán hacerlo en toda su extensión», es decir, una vez elegida la pena inferior en dos grados, podrán recorrerla en toda su extensión sin atenerse a las reglas del artículo 66,1 Cp. Ello afecta a los casos de la eximente incompleta o de concurrencia de varias atenuantes sin agravantes (art. 68 y 66,1,2ª).

Por otra parte, tampoco se dice nada acerca de si puede acumularse a la rebaja a penas inferiores en grado por la eximente incompleta (art. 68), una nueva rebaja por la regla 2ª (varias atenuantes o una o varias muy cualificadas) del art. 66. Según el artículo 68 (reformado por LO 15/2003, de 25 de noviembre, dos meses después de la modificación del art. 66, en un ejemplo de falta de planificación legislativa), la rebaja por la eximente incompleta se aplicará «sin perjuicio de la aplicación del artículo 66...», lo que supone que puede aplicarse,

además, la regla 2ª del art. 66,1 con una nueva rebaja por atenuación cualificada. Con ello se contradice la anterior interpretación jurisprudencial (STS 28.2.92) por la que no son acumulables las rebajas de la eximente incompleta y la del art. 66,1,2ª por atenuación cualificada. A mi juicio, la remisión del art. 68 a las reglas del art. 66,1 obliga a establecer el alcance de las reglas 2ª (acumulación de rebajas) y 8ª (no sujeción al art. 66,1 cuando se rebajan dos grados) en el siguiente sentido: la pena puede recorrerse en toda su extensión sin sujetarse al art. 66 cuando se rebaje la pena en *dos* grados (art. 66,1,8ª). Por tanto, en estos casos puede prescindirse de la nueva rebaja de la regla 2ª del art. 66,1. En cambio, si se rebaja sólo un grado, no entra en juego la regla 8ª y, por tanto, pueden aplicarse las reglas del art. 66,1, acumulándose una nueva rebaja por atenuación cualificada (regla 2ª).

## ***B) LA PENA INFERIOR O SUPERIOR EN GRADO***

Vistos los supuestos en que debe imponerse una pena inferior o superior en grado a la señalada para el delito, procede ahora exponer el modo en que dicha pena se determina.

Al respecto, las reglas básicas están contenidas en el artículo 70,1, 1ª y 2ª, modificado por LO 15/2003, de 25 de noviembre:

La pena superior en grado está formada por una nueva pena con los siguientes límites: el mínimo de la nueva pena es el límite superior de la pena de la que se parte, incrementado en un día, mientras que el máximo es el límite superior de la pena de partida, incrementado en la mitad de su cuantía (vid. art. 70,1,1ª).

La pena inferior en grado se forma de manera análoga: se toma la cifra mínima de la pena de la que se parte y se deduce de ella su mitad, constituyendo la cantidad resultante el límite mínimo de la pena inferior en grado. El máximo de la nueva pena es el mínimo de la pena de partida, reducido en un día (vid. art. 70,1,2ª).

El aparentemente complicado sistema se desentraña mediante un ejemplo: la pena inferior en grado en el delito de homicidio que tiene señalada una pena de diez a quince años, es una pena de cinco a diez años menos un día. La reforma por LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha recuperado la dosimetría decimonónica que había sido eliminada por el Código penal de 1995, según la cual, la realización de la Justicia parece depender de un sólo día de condena que diferencia la pena inferior de la superior, lo cual constituye la máxima expresión del pensamiento retribucionista simbólico. Así, para que el máximo de la pena inferior y el mínimo de la superior no coincidan, se diferencian en un día de duración.

Junto a este mecanismo básico, el art. 70,3 prevé reglas especiales para los casos en que la determinación de la pena superior *rebase los topos máximos* previstos con carácter general para cada pena en la

definición general de sus efectos (por ej., para las penas privativas de libertad, en el art. 36). En estos casos, se considerarán penas superiores, las mismas, pero con cláusulas que prorrogan su duración: así, la pena superior en grado a una pena de prisión de veinte años, es la prisión hasta treinta años.

En cambio, si por aplicación de las reglas de determinación cualitativa se *rebasa el tope mínimo* previsto con carácter general para la pena de que se trate, el art. 71 libera al tribunal de dicho límite permitiéndole aplicar la pena resultante, con la salvedad de que si resulta una pena de prisión inferior a tres meses, para evitarla, deberá sustituirse con arreglo a lo dispuesto en los arts. 88 y siguientes o suspenderse condicionalmente si procede.

### 3. LA PENA CONCRETA

Determinado el grado de la pena de acuerdo con los criterios anteriores, se procede a establecer dentro de sus límites la cantidad concreta de pena (su extensión) que debe ser impuesta. En dicho proceso, el Código proporciona una serie de reglas que se basan en la consideración de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren, de manera que el recorrido por todo el marco penal no es una tarea absolutamente libre para el juzgador. En general, y como se verá al estudiar el art. 66, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad conducirá al juez, por imperativo legal, a moverse exclusivamente por una de las mitades (inferior o superior) de la pena correspondiente. Esa mitad inferior o superior de la pena, que no debe confundirse con el grado inferior y superior estudiado en el apartado anterior, puede recibir la denominación de marco penal concreto y, una vez determinado en función de las circunstancias modificativas, el juez puede imponer dentro de sus límites la pena en la extensión que estime conveniente puesto que para esta última decisión el Código no proporciona criterio alguno.

La estimación de las circunstancias atenuantes y agravantes se lleva a cabo con arreglo a los siguientes principios:

#### *A) CUESTIONES GENERALES SOBRE LA ESTIMACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS*

El estudio concreto de las diversas circunstancias pertenece a la teoría general de las *circunstancias modificativas de la responsabili-*



*dad criminal*, por lo que ahora veremos su incidencia en las reglas de determinación de la pena. En la teoría general se trata la norma sobre *comunicabilidad* de las circunstancias a los diferentes partícipes intervinientes en el hecho contenida en el art. 65 y la no estimación de las circunstancias que sean *inherentes a la infracción* (art. 67). Recuérdese (*supra* capítulo XXIX.1) que la primera supone la plasmación del principio de culpabilidad y personalidad de la pena en esta materia, mientras que la segunda no hace sino recoger la llamada prohibición de doble valoración, que se resuelve con la técnica propia del concurso de leyes, desplazando la aplicación de la circunstancia que ya ha sido tenida en cuenta al calificar la infracción.

### ***B) REGLAS DE APLICACIÓN DE LA PENA EN ATENCIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD***

Se recogen en el art. 66 y pueden sistematizarse de la siguiente forma:

#### ***a) Concurrencia de circunstancias atenuantes***

Cuando concurriere sólo alguna circunstancia atenuante, los jueces o tribunales no podrán rebasar la *mitad inferior* de la pena fijada para el delito (art. 66,1,1<sup>a</sup>). Como se señaló entre los supuestos de determinación cualitativa, si concurre más de una atenuante, o una muy calificada, puede imponerse la pena inferior en uno o dos grados (art. 66,1,2<sup>a</sup>), debiendo excluirse de este régimen a las eximentes incompletas que poseen regulación especial.

#### ***b) Concurrencia de circunstancias agravantes***

Cuando concurren una o dos circunstancias agravantes, los jueces y tribunales impondrán la pena en la *mitad superior* de la establecida por la ley (art. 66,1,3<sup>a</sup>). Tanto en esta regla como en la anterior, deben concurrir «sólo» circunstancias atenuantes o bien agravantes, puesto que si concurren unas y otras, viene en aplicación la regla 7<sup>a</sup> del art. 66,1.

Recuérdese que si concurren más de dos agravantes y ninguna atenuante, o bien la reincidencia cualificada (reglas 4<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup>), los jueces *pueden* imponer la pena superior en grado (*supra* apartado 2.A). En caso de que no utilice dicha facultad, se aplica esta regla 3<sup>a</sup>, imponiéndose la pena en la mitad superior del marco señalado para el delito.

c) *Concurrencia conjunta de atenuantes y agravantes (art. 66,1,7ª). La compensación racional de circunstancias*

La regla 7ª del artículo 66,1 está prevista para los casos de concurrencia conjunta de circunstancias atenuantes y agravantes, puesto que cuando concurren sólo unas u otras se aplican las reglas 2ª y 3ª. En casos de concurrencia conjunta, los jueces las «valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena». La compensación *racional* significa que debe atenderse a la importancia de unas y otras, sin limitarse a una consideración puramente numérica. Desde la reforma por LO 11/2003, de 29 de septiembre, si tras dicho proceso persiste «un fundamento cualificado» de atenuación u agravación, se aplicará, respectivamente, la pena inferior en grado o en su mitad superior.

La expresión «fundamento cualificado» alude a las atenuantes y agravantes especiales que poseen mayores efectos que las simples (multirreincidencia, etc.), y que pueden subsistir tras esa compensación racional. Dicha expresión recoge la interpretación del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998, sobre la anterior regulación. Si tras la compensación, las atenuantes y agravantes se compensan totalmente, se procede como si no concurrieran circunstancias y se aplica la regla 6ª.

Las circunstancias modificativas que pueden ser compensadas entre sí son las genéricas (reguladas en los arts. 21, 22 y 23 Cp). Por tanto, esta regla no afecta a las circunstancias modificativas específicas previstas en algunos tipos de la Parte Especial (CASTELLÓ NICÁS, 2007).

d) *Ausencia de circunstancias modificativas. Las circunstancias del hecho y del autor*

En esta situación, regulada en la regla 6ª del art. 66,1 los jueces o tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley *en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*.

Cuestión distinta es el valor que deba darse a los criterios proporcionados por esta regla para proceder a determinar la extensión concreta de la pena, esto es, las «circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho», de especial importancia si se tiene en cuenta que nos encontramos ante un supuesto en que el tribunal puede recorrer todo el marco penal y, por tanto, disponer de un estimable margen de arbitrio.

La cuestión de los criterios a utilizar por el juez en la determinación concreta de la pena ha sido objeto de una amplia elaboración en la doctrina alemana especialmente durante los años setenta. Dicha elaboración no es fácilmente

trasladable a la regulación española, en la medida en que el sistema alemán proporciona sus criterios de un modo mucho más laxo y sin sumisión a un régimen estricto de estimación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Sin embargo, sirvió para poner de manifiesto la necesidad de llevar a cabo esta tarea tomando en consideración los fines de la pena, expresados en la adecuación a la *culpabilidad*, la *necesidad preventivo-especial* y la *preventivo-general*, cuya combinación constituye el objeto central del debate.

En el caso español, debe tenerse presente que la adecuación a la culpabilidad del autor y la gravedad del hecho son tomadas ya en consideración a través de la estimación de las circunstancias atenuantes y agravantes que, como se ha visto, proporcionan una primera concreción del marco penal aplicable. En el caso sin circunstancias modificativas se trata, por tanto, de valorar características del hecho y del autor que no están previstas como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La ponderación de las características del hecho y del autor a la luz de los fines de la pena no resulta siempre fácil porque en ocasiones las circunstancias del hecho aconsejan una medida de pena en determinada dirección y las personales del autor conducen a discurrir justamente en la contraria; piénsese en una conducta claramente imprudente que provoque un resultado grave y considerable alarma social (por ej., un incendio), pero cuyo autor haya sido el primero en sufrir sus consecuencias perdiendo sus propiedades y causando la muerte de su familia. En casos como éste, la alarma social empuja a considerar la finalidad preventivo-general y a imponer una pena grave con la que evitar conductas similares, mientras que la ponderación de la necesidad preventivo-especial puede aconsejar la imposición de una pena leve, precisamente porque no es previsible que el sujeto vuelva a cometer un hecho similar.

Situaciones como la anterior han conducido a plantear las denominadas *antinomias de los fines de la pena* que en definitiva suponen el conflicto entre unos y otros. Volviendo a los criterios establecidos por el legislador español en la regla 6ª del art. 66,1, parece correcto partir de la base de que la consideración del hecho debe llevarse a cabo para establecer la pena proporcionada a su gravedad concreta, puesto que el marco penal genérico ya se establece teniendo en consideración la proporcionalidad en abstracto. Por otro lado, la atención a las circunstancias personales del autor debe ser llevada a cabo en clave preventivo-especial, valorando la mayor o menor necesidad de pena para evitar la reincidencia.

En cuanto a la consideración de la prevención general en este momento, también ha sido objeto de debate en España, básicamente entre los partidarios de otorgarle un valor predominante sobre las demás finalidades y los que mantienen su carácter secundario e incluso irrelevante como criterio de individualización judicial. La prevención general podría ser valorada a través de la alarma social que hubiera provocado «la mayor o menor gravedad del hecho», pero debe tenerse en cuenta que cuando el legislador establece el marco penal para el delito ya tiene en cuenta tal necesidad intimidatoria y todas las penas contenidas dentro de dicho marco pueden considerarse adecuadas a dicha finalidad. Ello ha conducido a poner de manifiesto que el *predominio* de la prevención general sobre otras finalidades en el momento de elegir la pena concreta supondría una instrumentalización del reo para fines estatales, lo que, desde luego, puede

ocurrir si se opta por la mayor dureza en casos como el del ejemplo planteado (vid. GARCÍA ARÁN, 1997 y DEMETRIO CRESPO, 1997).

Por último, conviene observar que la ponderación de unos y otros criterios es discrecional para el tribunal y, por tanto, no recurrible, pero en todo caso el Código penal (art. 72) obliga a que la decisión sobre la pena impuesta sea motivada expresamente en la sentencia. La obligación general de motivar las sentencias se establece en el art. 120,3 CE y, por tanto, podría decirse que la previsión específica de esta exigencia en el art. 72 Cp resulta innecesaria; sin embargo, no está de más referirla expresamente a la determinación de la pena para evitar que se limite exclusivamente a la calificación de los hechos.

### *C) CASOS ESPECIALES: LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA MULTA, LAS FALTAS Y LOS DELITOS IMPRUDENTES*

Como se ha visto al estudiar la pena de multa entre las clases de penas, el sistema establecido en el Código penal obliga a establecer la extensión temporal de la multa según la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, determinación que debe llevarse a cabo atendiendo a las reglas contenidas en el Capítulo II del Título III del Libro I del Código penal, es decir, las que acaban de ser expuestas. Fijada la duración temporal, debe establecerse en segundo lugar la cuantía de cada una de las cuotas, para lo cual el art. 50,5 obliga a tomar en cuenta «exclusivamente» la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

En cuanto a la pena de las faltas, el art. 638 faculta a los jueces y tribunales para establecer la pena concreta —dentro de los límites legales— a su prudente arbitrio y sin sujetarse a las reglas de los arts. 61 a 72 Cp, lo que permite recorrer todo el marco penal genérico.

En el caso de los delitos imprudentes, el número 2 del artículo 66 permite también recorrer todo el marco penal sin consideración a las reglas de dicho artículo.

## **4. DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS CASOS DE UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS**

Bajo la rúbrica «Reglas especiales para la aplicación de las penas», la Sección 2ª del Capítulo II del Título III del Libro I (arts. 73 y ss.) recoge una serie de reglas destinadas a determinar la pena en los ca-

sos de *concurso de delitos y delito continuado*. El tratamiento de estas figuras corresponde al estudio de la unidad y pluralidad de delitos, al que nos remitimos. Asimismo, se incluye aquí una regla especial sobre el acceso a los beneficios penitenciarios en determinados casos de acumulación de delitos que establece el *cumplimiento efectivo* de las penas establecidas en la sentencia.

### A) *LOS CONCURSOS IDEAL Y MEDIAL DE DELITOS (ART. 77 CP)*

Como se pone de manifiesto al estudiar tales concursos de delitos, en los casos en que un solo hecho constituye dos o más infracciones (concurso ideal) o si una de ellas es medio necesario para cometer la otra (concurso medial), el art. 77 obliga a imponer la pena del de mayor gravedad en su mitad superior. Esta primera regla se conoce como principio de *asperación* o *exasperación* y se acompaña de una segunda por la que no puede imponerse una pena superior a la que correspondería penando separadamente las infracciones: de superarse este límite, deberán sancionarse por separado (art. 77,2 y 3), lo que constituye una regla de *acumulación* que opera de manera subsidiaria respecto a la anterior. Veamos ahora los problemas que plantea esta regulación.

a) Para proceder a la asperación de la pena debe partirse de la correspondiente a la infracción «más grave», lo que requiere comparar las distintas *penas individuales* que corresponden a las infracciones en presencia. Ésta es una comparación que debe llevarse a cabo en el plano concreto y no sólo a partir de los marcos penales que correspondan a cada tipo en abstracto; sin embargo, el planteamiento concreto no significa que para comparar las penas individuales deban determinarse hasta el final, considerando incluso las circunstancias atenuantes y agravantes. Téngase en cuenta que con la comparación de las penas individuales debemos obtener una pena (la de mayor gravedad) que se conoce como *pena disponible* y que deberemos aplicar en su mitad superior para cumplir con el art. 77, lo que apunta a la necesidad de contar, en esta fase, con un marco penal completo. Ello significa, en otras palabras, que las penas individuales deben determinarse *sólo* en lo que conocemos como determinación cualitativa de la pena (atendiendo a las formas imperfectas de ejecución, participación, etc.). Obtenida la pena disponible, se acudirá a su mitad superior, marco sobre el que operarán las circunstancias modificativas.

Para comparar las penas disponibles cuando son heterogéneas (por ej., una pena de prisión y una de inhabilitación absoluta) puede acudirse a la gradación establecida en el art. 33.

b) Subsidiariamente, el art. 77 obliga a penar separadamente las infracciones en los casos de concurso ideal o medial en que la asperación resulte perjudicial. Para saber si resulta perjudicial no queda más remedio que comparar el resultado de la asperación con el que produciría la acumulación de las penas individuales; por tanto, deberá comprobarse el efecto de tal acumulación, lo que en este caso debe hacerse determinando completamente (también con las circunstancias modificativas) cada una de las penas imponibles. El endiablado proceso que todo ello comporta, concluye con la opción que más beneficiosa resulte: o la pena más grave en su mitad superior, o la punición separada de las infracciones acumulando sus penas, si bien esta última acumulación se encuentra limitada por los topes del art. 76 —que veremos en el concurso real—, aunque no se desprenda del tenor literal del art. 77: lo impone la necesidad de que el concurso ideal no resulte más gravemente tratado que el concurso real.

La redacción del art. 77, al referirse al concurso de «infracciones», ha venido a resolver una vieja polémica sobre la aplicabilidad de estas reglas al concurso entre delitos y faltas o entre faltas (puesto que el Código penal anterior se refería sólo a los «delitos»). Aunque la jurisprudencia se inclinaba por excluir en tales casos las reglas del antiguo art. 71 (ahora, art. 77), procediendo simplemente a la acumulación de las penas, la doctrina apoyaba la aplicación de estas reglas, recordando que si se admite el trato más benigno en el concurso ideal de delitos, no hay razones materiales para excluirlo en las faltas. Lo que ocurre es que, aplicando en tales casos el art. 77, debe tenerse en cuenta también que se han de penar separadamente las infracciones si ello resulta más beneficioso, con lo que, en muchos casos, se llegará de todas formas a la punición separada — y acumulada — de las infracciones.

## *B) EL CONCURSO REAL DE DELITOS: LOS ARTS. 75 Y 76 CP*

La pluralidad de hechos y delitos (el llamado concurso real de delitos, aplicable también a las faltas) se resuelve con la técnica de la *acumulación* de las penas aplicables. Sin embargo, en dicha acumulación se aprecian dos momentos que suelen denominarse *acumulación*

*material* y *acumulación jurídica*. La *acumulación material* supone el cumplimiento simultáneo o sucesivo de todas las penas resultantes (art. 75), pero se encuentra limitado por la *acumulación jurídica* del art. 76, que supone el establecimiento de unos topes de gravedad a la *acumulación material*: el total a cumplir no puede superar el triple del tiempo de la pena más grave ni, en principio, los veinte años; este último tope se amplía a los veinticinco, treinta o cuarenta años en función de los delitos que se hayan acumulado según lo dispuesto en el art. 76.

Las limitaciones de cumplimiento se discuten, en ocasiones, con el argumento de que pueden favorecer la «delincuencia al por mayor» porque, alcanzados dichos topes, algunos delitos pueden quedar sin pena en la práctica. Pero ello ocurriría incluso con la pena de muerte cuando se cometiera más de un asesinato, porque la vida humana es finita y, por tanto, es imposible la absoluta compensación de los delitos mediante las penas. La LO 7/2003, de 30 de junio, ha modificado el anterior límite de 30 años, elevándolo a cuarenta en determinados casos de concurso de delitos, lo que, unido a las previsiones para su cumplimiento «íntegro» y «efectivo» (art. 78. Vid. *infra* apartado D), introducen, en la práctica, la cadena perpetua. El artículo 76,2 consagra la práctica jurisprudencial por la que, a efectos de establecer el límite máximo, pueden acumularse las penas de los delitos cometidos antes de la firmeza («o el momento de su comisión») de la sentencia condenatoria por los hechos que se pretenden acumular (GARCÍA ALBERO/ TAMARIT SUMALLA, 2004).

Volviendo a la *acumulación material*, las penas deben cumplirse simultáneamente si es posible y, en caso contrario, de manera sucesiva (art. 75 Cp). El cumplimiento simultáneo es posible cuando las penas no se vacían de contenido al cumplirse al mismo tiempo (por ej., una pena de prisión y una multa); en cambio, no pueden cumplirse al mismo tiempo dos penas de prisión. El art. 73 apunta a la naturaleza y efectos de las penas para decidir la posibilidad de *cumplimiento simultáneo*; en principio pueden cumplirse simultáneamente una pena de prisión y una privativa de derechos, puesto que el propio Código penal asigna a algunas de éstas carácter accesorio a la pena de prisión en determinados casos.

Cuando el cumplimiento simultáneo no sea posible, deberán cumplirse una detrás de otra (sucesivamente), siguiendo el orden de su respectiva gravedad, para lo que deberá acudir a la gradación del art. 33.

### C) EL DELITO CONTINUADO Y EL DELITO MASA

El art. 74 establece cómo se determina la pena en los casos de delito continuado y delito masa, figuras que han sido estudiadas como casos de pluralidad de acciones y unidad de delito en el capítulo XXVIII.5.

La primera regla (art. 74,1 Cp) se destina al delito o falta continuados, en general. Según ella, se aplica la pena de la infracción más grave en su mitad superior y, además, se faculta al juez o tribunal para imponer hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

La segunda regla (art. 74,2 Cp) se destina a las infracciones patrimoniales y es aplicable tanto al delito continuado como al delito masa (Circular de la Fiscalía General del Estado de 2.12.1988). Según dicha regla, la pena se impondrá teniendo en cuenta el «perjuicio total causado», lo que significa que deben sumarse las cuantías de todas las infracciones aisladamente consideradas. Ello puede llevar a lo que se conoce como «salto de tipo», puesto que varias infracciones de menor entidad pueden convertirse en una más grave por la suma de sus respectivos perjuicios. Por ejemplo, varias estafas inferiores cada una de ellas a 400 euros que, aisladamente consideradas, son constitutivas de falta según el art. 623,4 Cp, se convierten en una estafa continuada constitutiva de delito. La mención a los hechos de notoria gravedad que perjudiquen a una generalidad de personas se corresponde con el delito masa, caso en que la pena es más grave porque se impone la pena superior en uno o dos grados.

La jurisprudencia (STS 24 de septiembre de 2002) considera que en el delito continuado sólo es obligatorio imponer la pena en su mitad superior (regla 1<sup>a</sup>) cuando no se trata de infracciones patrimoniales. En cambio, cuando en las infracciones patrimoniales (regla 2<sup>a</sup>) el delito continuado produce el salto de tipo, no debe aplicarse la pena en su mitad superior, ni la inferior de la superior en grado para evitar el *bis in idem* (STS 23 de septiembre de 2002).

Tal regulación plantea varias cuestiones. En primer lugar, establecer cuál es la pena más grave en el delito continuado (regla 1<sup>a</sup>) puede resultar difícil en muchos de los casos que provocaron la creación jurisprudencial de esta figura, es decir, en aquéllos en que no pueden probarse todas y cada una de las infracciones —lo que la jurisprudencia denominaba «indeterminación procesal de las infracciones»—, porque habrá que conocer todas las penas en presencia para compararlas; con la regulación vigente parece claro que sólo podrán tomarse en consideración las infracciones probadas.

Por otra parte, la acumulación de perjuicios en las infracciones patrimoniales y el mencionado «salto de tipo» conducen a que difícilmente pueda apreciarse en estos casos la «falta continuada» que menciona con carácter general el art. 74,1 Cp, puesto que la suma de perjuicios conducirá casi siempre a la estimación de un delito continuado.



Por último, el apartado 3 del art. 74 Cp parte del principio general de que las reglas anteriores no son aplicables a los delitos contra bienes eminentemente personales (por ejemplo, la vida o la salud), pero añade la salvedad de que —según la naturaleza del hecho y del precepto infringido— puede apreciarse la continuidad delictiva en los delitos contra el honor y la libertad o indemnidad sexual cometidos contra un mismo sujeto pasivo. Así, el delito continuado se aplica a casos de abusos sexuales continuados en el tiempo.

#### *D) EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA PENA EN CASOS DE ACUMULACIÓN DE DELITOS*

El artículo 78 contiene una disposición con la que se pretende que los jueces y tribunales puedan, en la sentencia, establecer un régimen de acceso a los beneficios penitenciarios para determinados sujetos, en caso de acumulación de delitos, distinto del aplicable con carácter general.

Dicho régimen, que era facultativo —y ya criticable— en el Código penal de 1995, ha sido modificado y endurecido por la LO 7/2003, de 30 de junio, denominada de «Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas».

La regla básica del artículo 78 se dirige a eliminar la libertad condicional, los permisos de salida y el régimen abierto en aquellos casos en los que el límite de cumplimiento fijado en el artículo 76 (20, 25, 30 ó 40 años) sea inferior a la mitad del total de las penas impuestas. El procedimiento consiste en realizar los cálculos necesarios para tales concesiones (por ejemplo, las tres cuartas partes de la condena para la libertad condicional) a partir del total de las penas impuestas, en lugar de hacerlo a partir de los límites de cumplimiento. Se mencionan también los «beneficios penitenciarios», que se corresponden con los previstos en los arts. 202 y ss. del Reglamento Penitenciario 190/1996, de 9 de febrero (adelantamiento de la libertad condicional y solicitud de indulto). Con dicho cómputo, en casos de penas totales muy altas (100, 200 años), la libertad condicional, el régimen abierto, etc. desaparecen y el sujeto será excarcelado al llegar al límite de cumplimiento (20, 25 años, etc.), después de cumplirlos *efectivamente*, es decir, sin situaciones de semilibertad.

Este régimen de cumplimiento efectivo *puede* acordarse en la sentencia en aquellos casos en que el límite de cumplimiento sea el triple de la pena más grave, o bien 20 años (art. 78,1). En cambio, *debe im-*

*ponerse* obligatoriamente en los casos de las letras a), b), c) y d) del artículo 76,1, es decir, en los límites de 25, 30 y 40 años (art. 78,2).

El texto vigente no proporciona criterio alguno para decidir el cumplimiento efectivo en los casos en que es facultativo, pues la reforma ha eliminado la referencia a la peligrosidad criminal que contenía el texto anterior. Dicha eliminación no debe interpretarse como el abandono del criterio preventivo especial con triunfo de la prevención general, puesto que la consideración de la intimidación para tan graves restricciones supondría una clara instrumentalización del reo para fines estatales. El criterio no puede ser otro que el pronóstico preventivo especial puesto que éste es el que se utiliza para la revisión del régimen de cumplimiento (art. 78,3). Cuestión distinta es lo absurdo que resulta formular en la sentencia un pronóstico preventivo especial a más de diez años vista.

La regulación vigente y la reforma que la ha traído, constituyen un triunfo de las concesiones a los sentimientos retributivos y de venganza alimentados demagógicamente. La eliminación *de facto* de situaciones de semilibertad orientadas a la reinserción social supone, en la práctica, la introducción de la cadena perpetua que, por definición, contradice dicha orientación constitucional de las penas. Cuarenta años de privación de libertad efectiva sin siquiera permisos de salida es una pena superior a la cadena perpetua de otros Ordenamientos europeos (Alemania o Austria) en los que se puede obtener la libertad condicional tras cumplir quince años. De hecho, los quince años de privación de libertad continuada es el periodo que suele indicarse doctrinalmente como aquél a partir del cual la prisión ya provoca daños irreversibles en la personalidad, por lo que penas de prisión de duraciones tan excesivas como las previstas en el Código penal español, permiten incluso considerarlas penas inhumanas y degradantes contrarias al artículo 15 de nuestra Constitución.

El número 3 del artículo 78 permite el regreso al régimen normal de cumplimiento si lo acuerda el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado de reinserción social, valorando las circunstancias personales y la evolución del tratamiento. Para ello debe oírse al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y «las demás partes», lo que incluye a los perjudicados por el delito. Esto último parece atribuir a las víctimas un cierto derecho al cumplimiento efectivo de la pena, aunque, obviamente, carecen de él. Esta posibilidad de recuperar el régimen normal de cumplimiento es prácticamente inexistente en los casos de terrorismo y crimen organizado, en los que el art. 78,3 sólo permite obtener el régimen abierto cuando reste por cumplir una quinta parte del límite máximo, y la libertad condicional cuando reste una octava parte

(respectivamente, 32 y 35 años si se trata de un límite de 40 años que sea inferior a la mitad del total de las impuestas).

Por último, debe tenerse en cuenta que las condiciones para obtener la libertad condicional se han endurecido en términos generales, como se expondrá en su momento (capítulo XXXIII.4).

**Bibliografía:** ÁLVAREZ CARRASCO, Medición judicial y ejecución de sentencias penales, RDPP 2000; ALONSO ÁLAMO, Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; ASÚA BATARRITA, Pena indeterminada, NEJ XIX, 1989; AYO FERNÁNDEZ, Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias accesorias jurídico-penales del delito, Pamplona 1997; BACIGALUPO ZAPATER, La individualización de la pena en la reforma penal, RFDUC monográfico 3, 1980; BAJO FERNÁNDEZ, Delito masa, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; BARRANCO CEREZO, La reforma de la circunstancia mixta de parentesco y de las reglas para la imposición de las penas en relación con la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; BELESTA SEGURA, El artículo 66 del nuevo Código penal y el arbitrio judicial, RDPP 2004; BOIX REIG, Reglas de determinación de la pena, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, La motivación de la individualización de la pena, en La sentencia penal, CDJ 1992; BOLDOVA PASAMAR, La reducción obligatoria de la pena cuando concurre alguna eximente incompleta, RDPC 1998; BRUALLA SANTOS-FUNCIA, Las reglas de determinación de la pena tras las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003 y 15/2003, en Las penas y sus alternativas, CDJ 2005; BUENO ARÚS, Sobre el cumplimiento «íntegro» de las penas y los beneficios penitenciarios, AJA 2007; BUSATO, Culabilidad y los elementos de determinación de la pena, RGDP 2008; CAMARGO HERNÁNDEZ, El delito continuado, Barcelona 1951; CANTARERO BANDRÉS, Problemas penales y procesales del delito continuado, Barcelona 1990; CASTELLÓ NICÁS, Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código penal), Granada 2007; CASTIÑEIRA PALOU, El delito continuado, Barcelona 1977; CEREZO MIR, Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal, RP 2008; CID MOLINÉ, La elección del castigo, Barcelona 2009; CUELLO CONTRERAS, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. El delito «sui generis», ADP 1978; EL MISMO, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal, ADP 1979; EL MISMO, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y sistema de determinación de la pena, en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; CUERDA RIEZU, Sobre el concurso entre causas de justificación, ADP 1990; EL MISMO, Concurso de delitos y determinación de la pena, Madrid 1992; EL MISMO, El rotundo fracaso legislativo del llamado «cumplimiento efectivo» de las penas y otros aspectos del concurso de delitos, La Ley 1997; EL MISMO, El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot:

observaciones legales y constitucionales, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, CDJ 2006; CHOCLÁN MONTALVO, *La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad*, La Ley 1996; EL MISMO, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid 1997; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*, CPC 1989; DE LA MATA BARRANCO, *El proceso de determinación de la pena en el Código penal español vigente: síntesis de la nueva normativa*, en *Homenaje a Serrano*, Madrid 2006; EL MISMO, *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia*, Navarra 2008; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico de las infracciones contra el patrimonio continuadas*, en *Homenaje a Valle*, Navarra 2001; DELGADO GARCÍA, *Refundición de condenas: la regla 2ª del artículo 70 del Código penal*, La Ley 1995; DEMETRIO CRESPO, *Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995*, ADP 1997; EL MISMO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca 1999; DÍAZ PALOS, *Delito continuado*, en *Comentarios a la legislación penal V*, vol. 1, Madrid 1985; FABREGA RUIZ, *La determinación y sustitución de las penas cortas de prisión en el Código penal*, La Ley 1997; FELIP SABORIT, *La incompatibilidad del art. 61 del Código Penal con las penalidades compuestas de penas facultativas correlativas*, ADP 1990; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *La determinación de la pena en los supuestos de concurrencia de una exigente incompleta en el nuevo Código penal*, AP 1998; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid 1985; EL MISMO, *El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del Código penal de 1995 y las últimas reformas*, Valencia, 2004; EL MISMO, *Los procedimientos para la determinación de la pena superior e inferior en grado y la división de la pena en dos mitades. Un análisis sistemático del artículo 70 del Código Penal*, en *Homenaje a Serrano*, Madrid 2006; EL MISMO, *Beneficios penitenciarios y cumplimiento efectivo de la pena: de la imprecisión a la restricción*, CPC 2007; GARCÍA ALBERO/ TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia 2004; GARCÍA ARÁN, *La prevención general en la determinación de la pena*, ADP 1981; EL MISMO, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona 1982; EL MISMO, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Cp de 1995*, Pamplona 1997; GÓMEZ BENÍTEZ, *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española. (Proyecto 1980 de Código penal)*, RFDUC monográfico 3, 1980; GONZÁLEZ CUSSAC, *Arbitrio judicial y artículo 61,4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986*, PJ 1986; EL MISMO, *La aplicación de la pena en el nuevo Código penal de 1995*, en *Homenaje a Tiedemann*, Castellón de la Plana 1997; GONZÁLEZ FRANCO/ RAGUÉS I VALLÉS, *La refundición de penas en el Derecho penal vigente: a propósito del caso «Henri Parot»*, AJA 2007; GONZÁLEZ RUS, *Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de pena y medida de seguridad*, AP 1999; GUINARTE CABADA, *El concurso medial de delitos*, EPC 1988/1989; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, Buenos Aires 1948; JOSHI JUBERT, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, ADP 1992; JUANES PECES, *La individualización de las penas*, La Ley 1996; LANDROVE DÍAZ, *Comunicabilidad de las circunstancias y atenuación de la pena para*

el partícipe en delito especial propio, RGDP 2006; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena y substitutivos penales, Madrid 1979; LLORCA ORTEGA, Manual de determinación de la pena, Valencia 2004; MANZANARES SAMANIEGO, El art. 78 del nuevo Código penal, AP 1997; EL MISMO, Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al «caso Parot»), en Homenaje a Serrano, Madrid 2006; MESTRE DELGADO, Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal, La Ley Penal 2009; MIR PUIG, El sistema de penas y su medición en la reforma penal, Barcelona 1986; MOLINA BLÁZQUEZ, La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito, 2ª ed., Barcelona 1998; MONTERO HERNANZ, La evolución en los criterios de individualización de la pena: la sentencia 57/2008 del tribunal Constitucional, AJA 2008; MORALES GARCÍA, Cuestiones sobre la constitucionalidad del cumplimiento íntegro de las penas, Actualidad y Derecho 1993; NISTAL BURÓN, ¿Es viable en nuestro Ordenamiento jurídico la pena de «cadena perpetua» como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?, AJA 2008; EL MISMO, El desajuste entre pena impuesta y pena cumplida. Posibles mecanismos para su corrección: a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Burgos que aplica la llamada «doctrina Parot» al interno conocido como «el violador del ascensor», AJA 2009; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación de la pena: sentido y regulación de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy cualificadas, Madrid 1998; PADILLA ALBA, Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena, ADP 1995 (también en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996); PÉREZ PARENTE/ BARRADA FERREIROS, Las reglas para la aplicación de las penas en el Código penal de 1995 y en el Código penal militar, AP 1996; POLAINO NAVARRETE, Notas sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previsto en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal, en Estudios penitenciarios, Córdoba 1988; PUENTE SEGURA, La individualización judicial de la pena: estudio de los artículos 66.4 y 68 del vigente Código penal, La Ley 1998; PUIG PEÑA, Concurso de delitos, NEJ IV, 1981; QUINTERO OLIVARES, Determinación de la pena y política criminal, CPC 1978; REDONDO HERMIDA, La cadena perpetua en Derecho penal español, La Ley Penal 2009; EL MISMO, La «pena natural» en la jurisprudencia penal española, La Ley Penal 2009; REOL SUÁREZ, El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa, ADP 1958; RIGGI, El nuevo artículo 65,3 del Código penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales, RDP 2005; RODRÍGUEZ GÓMEZ, El cumplimiento efectivo de las penas y el papel del tratamiento penitenciario, en Conflicto social y sistema penal, Madrid 1996; RODRÍGUEZ YAGÜE, Algunas consideraciones sobre el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad de los delincuentes sexuales, RGDP 2005; ROXIN, Prevención y determinación de la pena, CPC 1979; RUIZ DE ERENCHUM ARTECHE, El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código penal de 2003, Pamplona 2005; SAINZ CANTERO, El delito masa, ADP 1971; SANZ MORÁN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, Valladolid 1986; EL MISMO, Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995, en Homenaje a Torío, Granada 1999; EL MISMO, Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal, RDPe, 2004; EL MISMO, Refundición

de condenas e imputación de beneficios penitenciarios, RDP 2006; SERRANO MAÍLLO, Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad e individualización de la pena, Madrid 1995; SILVA SÁNCHEZ, La revisión en casación de la individualización judicial de la pena, PJ 1987; SOTO NIETO, Determinación de la pena. Concurrencia de dos o más atenuantes o una muy calificada y alguna agravante, La Ley 1998; VARIOS, La individualización y ejecución de las penas, CDJ 1993; SUANZES PÉREZ, La ejecución de penas privativas de libertad de adultos y de las medidas privativas de libertad de los menores: la refundición de condenas (art. 193,2º RP); la acumulación jurídica y los límites de cumplimiento de las penas privativas de libertad de adultos. Acumulaciones y límites de cumplimiento de las medidas privativas de libertad de los menores, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; VIVES ANTÓN, La determinación de la pena en la imprudencia punible, CPC 1977; EL MISMO, La estructura de la teoría del concurso de infracciones, Valencia 1981; ZIPF, H., Principios fundamentales de la determinación de la pena, CPC 1982; ZUGALDÍA ESPINAR, La prevención general en la individualización judicial de la pena, ADP 1981; EL MISMO, El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena, PJ 1990.



## CAPÍTULO XXXII

### La ejecución de la pena de prisión

1. Los sistemas penitenciarios y los fines de la ejecución penitenciaria
2. El régimen penitenciario
  - A) El sistema progresivo español
  - B) Otros aspectos regimentales
    - a) El trabajo penitenciario
    - b) El régimen disciplinario
    - c) Los contactos con el exterior
3. El tratamiento penitenciario
4. El control judicial de la ejecución penal

#### 1. LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS Y LOS FINES DE LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA

Se entiende por sistema penitenciario el conjunto de normas que regulan el funcionamiento interno de las prisiones, orientadas a una determinada concepción sobre los fines que debe lograr la privación de libertad. Obviamente, no puede hablarse con propiedad de sistemas penitenciarios hasta que la pena de prisión empieza a ser dotada de contenido específico y de aspiraciones más amplias que la mera segregación del condenado. Por ello, los sistemas penitenciarios aparecen vinculados a los movimientos de reforma de las cárceles y su objetivo no es otro que, aparte de asegurar y custodiar a la persona del condenado, procurar educar para la libertad en condiciones de no libertad.

Al exponer la evolución de los sistemas penitenciarios resulta inevitable la referencia a los dos antecedentes históricos más importantes que, si bien aparecieron en Norteamérica, manifiestan una considerable influencia de las ideas de HOWARD sobre la disciplina como medio de reforma del condenado. El primero de ellos es el sistema *pensilvánico o filadélfico* (fines del siglo XVIII), caracterizado por el aislamiento absoluto de los reclusos entre sí y, por supuesto, respecto del exterior. Tal régimen celular estaba dominado por una clarísima inspiración moralizante, que pretendía obtener el arrepentimiento moral mediante la meditación, el silencio y el aislamiento, así como evitar el contagio de las inclinaciones corruptas de los reclusos.

La crisis de tal sistema no vino propiciada tanto por la superación de tan lamentables conceptos como por los efectos absolutamente contraproducentes de semejante régimen de vida, propiciador de suicidios, neurosis y completa irrecuperabilidad del individuo. Pero sobre todo, el recluso en régimen de aisla-



miento celular era un sujeto prácticamente improductivo —aunque en algunos casos se permitió el trabajo individual— y desaprovechado, por lo que progresivamente se avanzó hacia modelos que permitieran el siempre más rentable trabajo colectivo. Éste es el caso del *sistema auburniano* (de Auburn, Nueva York), en el que, manteniéndose el aislamiento nocturno, se permitía la vida —y sobre todo, el trabajo— en común durante el día, aunque sometido a la regla del silencio. El nuevo sistema resulta más rentable para el Estado, pero ello no redundaba necesariamente en una mejora de las condiciones de vida en prisión, puesto que se mantienen los castigos corporales, entre otras cosas para hacer cumplir el riguroso régimen de silencio.

La mayoría de sistemas penitenciarios actuales se encuadran en los denominados *sistemas progresivos*, de origen inglés, aunque unos años antes de su aparición el Coronel Montesinos había realizado experiencias en esta línea en el presidio correccional de Valencia (1836). Los sistemas progresivos suponen un paso adelante respecto a los anteriores desde el punto de vista de su orientación, en la medida en que la idea central es la progresiva preparación del penado para la libertad. Por tanto, participan de las tesis rehabilitadoras más elaboradas y superadoras de la mera expiación y corrección moral del condenado que se encontraba presente en los anteriores.

La característica principal de los sistemas progresivos es el establecimiento de distintos periodos dentro del cumplimiento de la pena, a través de los cuales la dureza del régimen se mitiga progresivamente desde el aislamiento hasta alcanzar el último periodo, que se cumple en libertad condicional. Con ello se pretende, además, favorecer la evolución favorable del recluso, utilizando en ocasiones el avance o regresión de un período a otro como recompensa o castigo.

Tradicionalmente, se ha clasificado al sistema penitenciario español entre los progresivos (expresamente, el art. 84 del Código penal anterior). Al ocuparnos del régimen penitenciario veremos con mayor detenimiento las características de nuestro sistema de cumplimiento, pero en todo caso, no se aparta de las que se acaban de recoger con carácter general para los sistemas progresivos: grados de cumplimiento que abarcan el aislamiento, el régimen ordinario con favorecimiento de contactos con el exterior, la pre-libertad y la libertad condicional.

Por otra parte, la existencia del sistema progresivo en nuestro país resulta, en principio, coherente con las proclamaciones acerca de la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social que se contiene, como sabemos, en el art. 25,2 CE. El art. 1 LOGP ratifica tal criterio, añadiendo la finalidad de la custodia:

«Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados».

El fin de la reeducación y la reinserción social debe ser compatible con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los reclusos que proclaman los arts. 25,2 CE y 3 LOGP, lo que obliga, entre otras cosas, a considerar la dignidad humana, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10,1 CE) como límite infranqueable de la ejecución penitenciaria y la intervención reeducadora.

Por otra parte, para evitar el nuevo delito es imprescindible que el condenado no termine el cumplimiento de la pena en peores condiciones de socialización que las que presentaba antes, por lo que la ejecución penitenciaria debe estar presidida por el criterio de la *no desocialización* del penado y de la conservación de las condiciones mínimamente favorables para su reincorporación a la vida en libertad, con el fomento de las actividades laborales y educativas, los contactos con el exterior que mitiguen la desocialización y, en suma, todas aquellas instituciones de contenido asistencial que deberían disminuir el contenido marginalizador de la pena de prisión.

## 2. EL RÉGIMEN PENITENCIARIO

### A) *EL SISTEMA PROGRESIVO ESPAÑOL*

Como ha quedado apuntado más arriba, el sistema penitenciario español ha sido calificado tradicionalmente como «progresivo». Pero es la LOGP la que regula y desarrolla el cumplimiento de las penas privativas de libertad y, sin embargo, no utiliza esta expresión en su art. 72,1, con arreglo al cual dichas penas se ejecutarán «según el sistema de individualización científica», basado en el estudio de la personalidad; ello no puede interpretarse como algo esencialmente distinto al sistema progresivo, puesto que inmediatamente se añade: «separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional».

La distinción de sucesivos grados en el cumplimiento de la condena tiene su reflejo en los establecimientos *de cumplimiento* de las penas, que se clasifican en: a) establecimientos de régimen cerrado, destinados a los reclusos clasificados en primer grado; b) establecimientos de

régimen ordinario, destinados a los reclusos de segundo grado; y c) establecimientos de régimen abierto, para reclusos en tercer grado, esto es, situación de semi-libertad que permite trabajar fuera de la prisión durante el día.

Junto a los establecimientos de cumplimiento, existen los establecimientos *de preventivos*, destinados a los detenidos de esta clase, y los establecimientos *especiales*, en los que prevalece el carácter asistencial (centros hospitalarios, psiquiátricos y de ejecución de medidas de seguridad; arts. 7 y ss. LOGP).

Volviendo a los distintos regímenes de cumplimiento y su correspondencia con los grados del sistema progresivo, la LOGP regula los establecimientos de régimen cerrado (que corresponden al primer grado) como los destinados a situaciones excepcionales de peligrosidad e inadaptación al régimen ordinario y abierto (art. 10,1 LOGP), lo que conduce a que la mayoría de reclusos son asignados al régimen ordinario (o de segundo grado) caracterizado por la existencia de mayores posibilidades de mantener contactos con el exterior. El régimen abierto, como se ha dicho, supone la permanencia en prisión únicamente durante la noche.

La *clasificación* de los reclusos en uno u otro grado y régimen de cumplimiento se lleva a cabo por los Equipos de Observación y Tratamiento, existiendo control del Juez de Vigilancia sobre las decisiones de progresión o regresión en grado y sobre la clasificación en primer grado (art. 76 LOGP).

El concepto de grado de cumplimiento sólo puede ser aplicado, obviamente, a los que ya han sido condenados, pero no a los preventivos, por lo que éstos se encuentran sometidos a un régimen similar al ordinario, pero excluido de la prestación de tratamiento por ser éste también un concepto que acompaña a la existencia de condena. Por ello, no se les somete a clasificación, sino a la llamada observación directa (art. 64,1 LOGP).

Los penados pueden ser clasificados inicialmente en cualquiera de los grados excepto en el de libertad condicional, dado que para acceder a ella es precisa la extinción de tres cuartas partes de la condena. Sin embargo, el acceso al régimen abierto en penas superiores a cinco años puede verse restringido si el juez o tribunal sentenciador ordena que no se conceda el tercer grado penitenciario hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, lo que puede ser revisado durante la ejecución de la pena por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Dicho periodo de cumplimiento —conocido como «periodo de seguridad»— es obligatorio y no revisable en determinados delitos (terrorismo, delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, abusos y

agresiones sexuales a menores de 13 años y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores; art. 36,2 Cp).

Esta regulación del «periodo de seguridad» procede de la LO 5/2010, de 22 de junio, que suavizó el régimen más estricto introducido en el art. 36,2 Cp por la LO 7/2003, de 30 de junio, según el cual el periodo de seguridad era obligatorio en todas las penas de prisión superiores a cinco años.

## B) OTROS ASPECTOS REGIMENTALES

### a) El trabajo penitenciario

El art. 26 LOGP considera al trabajo penitenciario como un derecho y un deber del interno y, además, como elemento esencial del tratamiento.

El mismo artículo establece las condiciones en que debe ser prestado: no afflictivo ni correctivo, no atentatorio a la dignidad, de carácter formativo, facilitado por la Administración sin supeditarse al logro de beneficios económicos por parte de ésta y sometido a la protección de la legislación vigente en materia de Seguridad Social.

La práctica totalidad de textos internacionales destacan la importancia del trabajo penitenciario, concibiéndolo, con mayor o menor firmeza, como obligatorio: las llamadas Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (Naciones Unidas, 1957) y las Reglas Europeas (Recomendación R (87)3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa) y, asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (N. York, 1966) que, en su art. 8, corrobora esta opción precisando que ello no contradice la prohibición general de trabajos forzados, puesto que no tienen tal consideración «los trabajos o servicios que se exijan normalmente a una persona presa en virtud de decisión judicial legalmente dictada».

Además de un deber para el recluso, el trabajo es un derecho oponible frente a la Administración, que en nuestro país tiene un rango superior al derecho al trabajo para los ciudadanos libres; en efecto, el art. 25,2 CE recoge entre los derechos *fundamentales*, el derecho de los condenados a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, cuestión esta última que expresa el principio de asimilación al trabajo libre que siguen también la mayoría de legislaciones europeas.

Problema distinto es el que plantea la función ejercida por el trabajo penitenciario dentro de los fines generales de la pena privativa de libertad, esto es, la posibilidad de concebir el trabajo penitenciario como *trabajo penitenciario resocializador* o método de tratamiento del

recluso dirigido a su reinserción social. Esta concepción del trabajo penitenciario ha sido frecuentemente criticada por la doctrina en la medida en que supone desproveerlo de su proyección social, esto es: supone considerar al trabajador recluso *no* como sujeto del proceso productivo —con los derechos que le son inherentes—, sino como objeto de una cierta terapia que facilita su «recuperación».

Pero sobre todo, el trabajo penitenciario no puede identificarse absolutamente con el tratamiento porque, mientras el primero es obligatorio, la sumisión al segundo es de carácter voluntario, como veremos más adelante.

En resumen, evitando concepciones moralizantes y asimilando realmente el trabajador recluso al libre, el trabajo en las prisiones debería concebirse, no como actividad resocializadora dirigida a inculcar hábitos en el recluso, sino simplemente como medio para evitar los efectos gravemente desocializadores de la prisión.

### *b) El régimen disciplinario*

Recibe una escasa atención en la LOGP (arts. 41 y ss.), que remite al Reglamento Penitenciario para la definición de las infracciones disciplinarias, materia lo suficientemente importante para que hubiera sido objeto de la ley. Pese a ello la STC 2/1987 entendió que en la definición de infracciones propias de una «relación de sujeción especial», como es la que une al recluso con la Administración Penitenciaria, la reserva de ley «pierde parte de su fundamentación material», con lo que considera suficiente la previsión reglamentaria de las infracciones.

### *c) Los contactos con el exterior*

La LOGP permite a los reclusos, en determinadas circunstancias, contactos con el exterior que suponen una institución de enorme importancia para evitar o mitigar la desocialización e incluso, si sólo se quiere tomar en cuenta la vertiente utilitaria para el Estado, para evitar o disminuir la conflictividad en las cárceles. Los contactos con el exterior más importantes son las comunicaciones y visitas y los permisos de salida.

Los *permisos* de salida se han visto rodeados de polémica en los casos en que han resultado fallidos. Con independencia de que el sistema de concesión podría mejorarse rodeándolo de mayores garantías, debe reconocerse que el porcentaje de fracasos es muy escaso frente a la mayoría de supuestos en los que los permisos de salida contribuyen a facilitar la evolución del recluso. La

concesión de permisos en la LOGP contiene ingredientes de la fórmula premial, por la que se pretende estimular la buena conducta del recluso y, al mismo tiempo, se orientan a la preparación para la puesta en libertad definitiva.

La duración máxima de cada permiso es de siete días, estableciéndose unos topes anuales y determinados requisitos temporales en cuanto al tiempo de condena cumplido, sin que puedan concederse a los clasificados en primer grado (art. 47,2 LOGP). Por tanto, existe una clara relación con el sistema progresivo objetivante y vinculado a requisitos temporales, propio de la legislación española.

### 3. EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

El tratamiento penitenciario, como conjunto de actividades dirigidas a lograr la reeducación del condenado, aparece en la mayoría de legislaciones europeas como institución inseparable del cumplimiento de la pena.

La vinculación entre tratamiento y cumplimiento de la pena es patente en el art. 59 LOGP, al definirlo como «el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados», es decir, a los mismos fines que constitucionalmente se atribuyen a las penas privativas de libertad (art. 25,2 CE).

Sin embargo, esta vinculación no puede llevar a la plena identificación entre tratamiento y cumplimiento de la pena por razones parecidas a las apuntadas en relación al trabajo: el cumplimiento de la pena y la sumisión al *régimen* penitenciario aplicable es, obviamente, un deber para el recluso, mientras que la sumisión al *tratamiento* penitenciario es voluntaria en nuestra legislación, como se apuntaba en el primer apartado de este capítulo y se desprende de los límites impuestos a la ejecución penal por los derechos individuales allí citados. Tales derechos constitucionales no afectados por la condena aparecen como límite específico del tratamiento en el art. 60,2 LOGP, mientras que el art. 61 LOGP se limita a establecer que «se fomentará» la participación del interno en la planificación de su tratamiento, estimulándose el «interés y la colaboración» en el mismo.

La simple lectura de los *principios* que inspiran el tratamiento, en el art. 62 LOGP, obliga a mantener a ultranza su carácter voluntario: basado en el estudio científico y enjuiciamiento de la personalidad, relacionado con un diagnóstico de personalidad criminal, individualizado con utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, etc. en relación con la personalidad del interno, complejo, programado y continuo según las incidencias en la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.

En suma, el tratamiento penitenciario se dirige a la intervención terapéutica sobre la personalidad del interno y ello, en la aplicación de una pena, no puede llevarse a cabo de manera coactiva. Lo contrario sería la confusión absoluta con las medidas de seguridad que, pese a la aproximación de fines y contenidos que han sufrido respecto a la pena, siguen siendo reacciones penales con distinto fundamento.

#### 4. EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN PENAL

Una de las mayores innovaciones que trajo la promulgación de la LOGP fue la introducción del Juez de Vigilancia como órgano judicial especializado en el control de la ejecución penal, lo que supone la consagración del principio de judicialización en esta materia.

La figura del Juez de Vigilancia se encuentra regulada en el Título V de la LOGP, que en su art. 76,1 le atribuye genéricamente funciones en el cumplimiento de la pena, la resolución de recursos, salvaguarda de los derechos de los internos y corrección de abusos y desviaciones en la aplicación del régimen penitenciario. De la larga lista de funciones específicas que se recogen en el art. 76,2 LOGP pueden destacarse: a) las funciones como juez ejecutor de penas, para la aplicación de las resoluciones relativas a la privación de libertad, asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores (art. 76,2,a); b) las funciones de control de las decisiones adoptadas por la Administración Penitenciaria, en la medida en que resuelve los recursos que los internos le presenten contra las mismas, así como lo relativo a peticiones y quejas; c) funciones decisorias sobre algunos aspectos regiminales, que se reservan al juez por su especial trascendencia, como la sanción de aislamiento en celda por tiempo superior a catorce días y la autorización de permisos superiores a dos días; d) la decisión sobre la libertad condicional y su eventual revocación.

**Bibliografía:** ALARCÓN BRAVO, El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España, en Psicología social y sistema penal, Madrid 1986; EL MISMO, La clasificación penitenciaria de los internos, PJ núm. especial III, 1988; ALONSO DE ESCAMILLA, El Juez de Vigilancia Penitenciaria, Madrid 1985; ARRIBAS LÓPEZ, Las nuevas reglas penitenciarias europeas y la regulación del régimen cerrado en el sistema penitenciario español, AJA 2009; EL MISMO, Los programas de tratamiento, modelos de intervención y realización de actividades en el régimen cerrado penitenciario, La Ley Penal 2009; ASENSIO CANTISÁN, La intervención judicial en la ejecución penal desde una perspectiva resocializado-

ra, Poder y Control 1987; ASÚA BATARRITA Y OTROS, Régimen abierto en las prisiones, Vitoria-Gasteiz 1992; BAJO FERNÁNDEZ, Tratamiento penitenciario y concepción de la pena, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; BERISTAIN IPIÑA, El sistema penitenciario: problemas y soluciones, CPC 1986; BOIX REIG/ COBO DEL ROSAL, Derechos fundamentales del condenado. Reeduación y reinserción social, Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; BONA I PUIGVERT, La función rehabilitadora de la pena de privación de libertad: entre el discurso teórico y el fracaso, JD 1993; EL MISMO, El cumplimiento de las penas a partir del nuevo Código penal, JD 1996; BUENO ARÚS, Aspectos sustantivos y procesales de la redención de penas por el trabajo, PJ 1983; EL MISMO, Asistencia al interno carcelaria y postcarcelaria, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; CARMENA CASTRILLO, El juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de las penas, en Derecho penitenciario, CDJ 1995; CERVELLÓ DONDERIS, Restricción de beneficios penitenciarios en el Código penal de 1995, CJ 1996; CONSTANZA FOROUGE, La cárcel, la rehabilitación y la restitución, RGDP 2008; DE LA CUESTA ARZAMENDI, El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva, San Sebastián 1982; EL MISMO, El trabajo de los internos en el derecho penitenciario español, en Derecho penitenciario, CDJ 1995; EL MISMO, El régimen abierto, ADP 1996; EL MISMO, Retos principales del sistema penitenciario hoy, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; DE LAMO RUBIO, El Código penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal, Barcelona 1997; DE MIGUEL MARTÍN, Revisión de sentencias penales: doctrina del Tribunal Supremo respecto al tratamiento de la redención de penas. Sus efectos y consecuencias, La Ley 1997; DE PAIZ SUÁREZ, Algunas consideraciones sobre los permisos penitenciarios, RDPC 1991; EL MISMO, El tercer grado penitenciario, La Ley 1999; DE SOLA DUEÑAS, Principio «non bis in idem» y sanciones disciplinarias en el Ordenamiento penitenciario, RJC. 1989; DIEZ RIPOLLÉS, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC 1986; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ejecución de las penas privativas de libertad y criminalidad sexual, en Delitos contra la libertad sexual, CDJ 1997; FERNÁNDEZ GARCÍA, La ejecución de las penas privativas de libertad, en El nuevo Código penal: primeros problemas de aplicación, Salamanca 1997; FIGUEROA NAVARRO, Los orígenes del penitenciarismo español, Madrid 2000; GARCÍA ARÁN, Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida, RJC. 1983; GARCÍA VALDÉS, Derecho penitenciario español. Notas sistemáticas, Comentarios a la legislación penitenciaria VI, vol. 1, Madrid 1982; EL MISMO, Sobre el concepto y contenido del Derecho penitenciario, CPC 1986; EL MISMO, Derecho penitenciario (Escritos 1982-1989), Madrid 1989; EL MISMO, La Ley penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia, La Ley Penal 2009; GARCÍA VALDÉS (dir.), Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica, Madrid 1997; GARRIDO GUZMÁN, Manual de Ciencia Penitenciaria, Madrid 1983; EL MISMO, Estudios penales y penitenciarios, Madrid 1988; GÓMEZ CASTELLANO, De la necesidad de un procedimiento regulador de la jurisdicción de Vigilancia penitenciaria: consideraciones de *lege ferenda*, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; GÓMEZ DE LA ESCALERA, El control jurisdiccional de la ejecución de las penas privativas de libertad: el Juez de Vigilancia Penitenciaria, AP 1994; GONZÁLEZ CAMPO, El principio de flexibilidad en la ejecución penal, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; GONZÁLEZ CANO, La ejecu-



ción de la pena privativa de libertad, Valencia 1994; GONZÁLEZ CASTRO, La clasificación en tercer grado: la libertad condicional. El abono de la prisión preventiva y nuevas competencias de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; HIGUERA GUIMERA, El arresto de fin de semana, Madrid 1982; LAMARCA PÉREZ, Régimen penitenciario y derechos fundamentales, EPC 1992/1993; LANDROVE DÍAZ, El régimen abierto, EPC 1986/1987; LEGANÉS GÓMEZ, Los permisos de salida: nuevo régimen jurídico, La Ley Penal 2008; EL MISMO, Clasificación en tercer grado y medio abierto (I y II), La Ley Penal 2010; MANZANARES SAMANIEGO, Redención de penas por el trabajo, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, La reforma penitenciaria (el Juez de Vigilancia y la ejecución de las penas carcelarias), AP 1994; MANZANARES SAMANIEGO/ ORDOÑEZ SÁNCHEZ, La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana; MAPELLI CAFFARENA, Principios fundamentales del sistema penitenciario español, Barcelona 1983; EL MISMO, Sistema progresivo y tratamiento, en Derecho penitenciario, Alcalá de Henares 1985; EL MISMO, La clasificación de los internos, REP 1986; EL MISMO, Consideraciones en torno al artículo 10 de la LOGP, REP 1989; EL MISMO, La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso, en Derecho penitenciario, CDJ 1995; EL MISMO, Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento), PJ 1998 (publicado también en Homenaje a Torío, Granada 1999); MONTERO HERNANZ, El marco normativo penitenciario español, La Ley Penal 2008; EL MISMO, El cumplimiento de la pena de prisión: fechas con relevancia jurídica, La Ley Penal 2010; MUÑOZ CONDE, La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, CPC 1979 (también en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982); NISTAL BURÓN, Delincuencia habitual y reincidencia: el nuevo régimen de ejecución penal, AJA 2007; EL MISMO, La discapacidad psíquica en sede de ejecución penal. Principio de resocialización, RGDP 2008; PARÉS I GALLÉS, Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro, PJ 1997; PASCUAL MARTÍNEZ, Régimen disciplinario penitenciario, PJ núm. especial III, 1988; PASTRANA I ICART, Algunas consideraciones en torno a la asistencia social penitenciaria y postpenitenciaria, CPC 1997; POLAINO NAVARRERE, Algunas observaciones críticas sobre el ordenamiento penitenciario español, CPC 1982; EL MISMO, Estudios penitenciarios, Córdoba 1988; REVIRIEGO PICÓN, Centros penitenciarios y personas con discapacidad, La Ley Penal 2009; RÍOS MARTÍN, Mediación penal y penitenciaria, Madrid 2006; EL MISMO, Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel, Madrid 2007; RÍOS MARTÍN/ SEGOVIA BERNABÉ/ PASCUAL RODRÍGUEZ, Las penas y su aplicación, Madrid 2009; RIVERA BEIRAS, La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría, Barcelona 1997; RIVERA BEIRAS Y OTROS, La cárcel en el sistema penal español. Un análisis estructural, 2ª ed., Barcelona 1996; RODRÍGUEZ ALONSO, Lecciones de Derecho penitenciario adaptadas a la normativa legal vigente, Granada 1997; RODRÍGUEZ GÓMEZ, El cumplimiento efectivo de las penas y el papel del tratamiento penitenciario, en Conflicto social y sistema penal, Madrid 1996; RODRÍGUEZ YAGUE, Algunas consideraciones sobre el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad de los delincuentes sexuales, RDGP 2005; ROMERO COLOMA, El recluso y su victimización: nuevas perspectivas ante el recién aprobado regla-

mento penitenciario, AP 1996; RUIZ VADILLO, Ejecución de las penas privativas de libertad, ADP 1979; EL MISMO, Algunas breves consideraciones sobre la re-dención de penas por el trabajo y el nuevo Código penal, La Ley 1996; SÁNCHEZ PARRA, Criterios a valorar para la clasificación en tercer grado penitenciario, RGDP 2008; SANZ DELGADO, Panorámica del sistema penitenciario español, La Ley Penal 2008; EL MISMO, La privatización en el sistema penitenciario: viejos remedios e insatisfactorias soluciones, La Ley Penal 2009; TABARES CABEZÓN, Presupuestos esenciales en la ejecución penal, CJ 1996; TÉLLEZ AGUILERA, Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad, Madrid 1998; VA-RIOS, Ley Orgánica General Penitenciaria, Comentarios a la legislación penal VI, dos vols., Madrid 1986; VARIOS, La individualización y ejecución de las penas, CDJ 1993; VARIOS, La ejecución de la sentencia penal, CDJ 1994; VA-RIOS, Derecho penitenciario, CDJ 1995; VIDA FERNÁNDEZ, Análisis y propuestas para garantizar el derecho a la asistencia sanitaria de los internos en institucio-nes penitenciarias (I), La Ley Penal 2009; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, La responsa-bilidad civil derivada de delito y tratamiento penitenciario: la progresión a ter-cer grado. Especial referencia a la delincuencia económica, CPC 2009 (véase también la bibliografía del capítulo XXX).



## **CAPÍTULO XXXIII**

### **Las alternativas a la privación de libertad**

1. Consideraciones generales
2. La suspensión de la ejecución: la condena condicional
  - A) Concepto
  - B) Requisitos y efectos
  - C) El supuesto de los drogodependientes
3. La sustitución de la pena impuesta
  - A) La sustitución de la pena de prisión
  - B) El quebrantamiento de la pena sustitutiva
  - C) El supuesto de los extranjeros
4. La libertad condicional

#### **1. CONSIDERACIONES GENERALES**

A pesar de todas las precauciones y garantías jurídicas que se contienen en la LOGP, nadie que conozca la realidad penitenciaria duda que el cumplimiento de una pena privativa de libertad puede llegar a producir efectos devastadores sobre la persona del condenado, sin que, por otra parte, se alcancen las pretendidas metas socializadoras. A ello deben añadirse los considerables costes económicos que la ejecución de la privación de libertad supone para el Estado y el incremento de los problemas cuando se alcanzan determinadas cotas de hacinamiento y superpoblación carcelaria.

Tal situación ha conducido a que la mayoría de los sistemas penales actuales incluyan instituciones destinadas a evitar el ingreso en prisión de condenados a penas de escasa gravedad, cuando concurren determinadas circunstancias, o bien a permitir la excarcelación con anterioridad al agotamiento completo de la duración de la pena. Si bien algunas de estas instituciones, como la condena condicional, alcanzan ya una considerable antigüedad, lo cierto es que la propuesta y regulación de la mayoría de las actuales se produce con mayor intensidad a partir de la constatación definitiva de la crisis de la pena de prisión y la inutilidad de las penas de esta naturaleza cuando son de corta duración.

Aunque las formas sustitutivas de la ejecución de la prisión no supongan una superación del actual sistema penal, tampoco son un simple

retoque cosmético. Piénsese que cuando se renuncia a imponer la pena de prisión se está renunciando al mayor efecto preventivo-general que ofrece la privación de libertad y a parte de las aspiraciones retributivas que están presentes en la colectividad social y que, frecuentemente, demandan una mayor dureza de las penas; por mucho que no quepa ocultar el contenido de control presente en este tipo de instituciones, no puede negarse que éste es menor que el ofrecido por la cárcel y si se renuncia a ejercerlo en determinados casos, ello es en beneficio de consideraciones que tienden a evitar la desocialización del condenado, el efecto estigmatizador de la prisión y sus consecuencias sobre la dignidad humana.

Por tanto, una Política criminal orientada a la sustitución de las penas cortas de prisión por reacciones penales de distinta naturaleza se basa fundamentalmente en una concepción del Derecho penal como *ultima ratio*, que en el caso español puede encontrar un válido apoyo en la proclamación constitucional de la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1 CE); en tal medida puede afirmarse que la restricción absoluta de la libertad que conlleva la prisión debe reservarse para aquellos casos en que no resultan suficientes para la prevención de delitos mecanismos menos agresivos.

El Código penal incluye un sistema de alternativas a la privación de libertad que se estudia a continuación y que comprende tres apartados: la suspensión de la ejecución de la pena, la sustitución de la pena y, en el ámbito penitenciario, la libertad condicional.

Como consideración previa y común a todo el sistema de alternativas a la prisión, resulta de interés establecer los criterios generales que presiden su aplicación, puesto que el texto legal no los sistematiza ni somete a principios uniformes. Así, en la suspensión de la pena se mencionan la «peligrosidad criminal» del sujeto (art. 80,1), mientras que en la sustitución de la pena se mencionan «las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño» (art. 88,1). Por otra parte, los requisitos que se establecen para la aplicación de unas u otras instituciones también varían y pueden ser interpretados con arreglo a diferentes claves: la no reincidencia en la condena condicional y la no habitualidad en la sustitución de la pena, las duraciones de las penas que pueden ser suspendidas o sustituidas, etc.

Sin embargo, toda esta amalgama de criterios orientativos y requisitos legales no impide establecer unas líneas generales y comunes a todo el sistema, cuya consideración puede ayudar a solucionar algunos

problemas interpretativos. Así, con independencia de posteriores matizaciones, pueden establecerse las siguientes:

a) El Código penal establece límites en la duración de las penas que pueden ser sustituidas (por ej., uno o dos años de prisión) que se corresponden con lo que puede considerarse como delincuencia menos grave y que suponen una barrera de carácter preventivo-general: el legislador ha entendido que, por encima de dichos límites, la renuncia a la privación de libertad repercutiría negativamente en la eficacia intimidatoria del Derecho penal. Por tanto, respetándose esta limitación, puede entenderse respetada la orientación preventivo-general sin necesidad de tomarla nuevamente en consideración.

b) La decisión judicial sobre la alternativa a la privación de libertad supone la individualización de la sanción oportuna desde un punto de vista preventivo-especial, y considerando si la pena en cuestión es suficiente como para evitar un nuevo delito; la renuncia a la privación de libertad en tales supuestos se basa en la consideración de que la mejor manera de resocializar es evitar la desocialización. Éste es el sentido que preside la valoración de las diferentes orientaciones resumibles en las circunstancias del *hecho* y del *autor*, aunque respecto a este último se haya introducido alguna otra restricción como las relativas a su reincidencia o su habitualidad.

Esta filosofía general del sistema de alternativas a la privación de libertad preside la elección de unas u otras cuando para un mismo presupuesto —como puede ser la imposición de una pena de un año de prisión— el Código penal permite la elección entre varias respuestas: hacerla cumplir, suspenderla, sustituirla por otra, imponer o no reglas de conducta, etc.

## 2. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN: LA CONDENA CONDICIONAL

### A) CONCEPTO

La condena condicional se encuentra regulada en los arts. 80 y siguientes del Código penal. En el marco del Derecho comparado puede incluirse en los sistemas de sometimiento a prueba del condenado, consistentes genéricamente en la *suspensión* del cumplimiento de la condena durante un cierto período en el que se establecen determinadas

condiciones que, si son cumplidas, permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal sin necesidad de ingresar en prisión.

En el caso español, los condenados a penas privativas de libertad no superiores a dos años que carezcan de antecedentes pueden ver suspendida la ejecución de la pena durante un plazo de dos a cinco años (y de tres meses a un año para las penas leves, art. 80,2), imponiéndose el cumplimiento de determinadas condiciones durante el mismo.

Transcurrido el plazo de suspensión y cumplidas las condiciones, la pena suspendida se da por cumplida. La decisión sobre la suspensión de la pena es una facultad del juez o tribunal, que podría también ordenar el cumplimiento. El art. 80,1 establece como principal criterio orientador de la decisión judicial la «peligrosidad criminal» del reo, concepto hasta ahora extraño al sistema de penas y que sólo debería servir para la aplicación de medidas de seguridad. Esto obliga a restringirlo, interpretándolo desde los principios que rigen en la aplicación de las penas, en gran parte distintos a los propios de las medidas de seguridad.

En este sentido, no se trata aquí de la apreciación en sentido positivo del grado de peligrosidad al que debería corresponder, más propiamente, una medida de seguridad destinada a eliminarla, sino de una valoración acerca de si la suspensión de la pena con condiciones es suficiente como para evitar un nuevo delito, lo que, en cierta forma, reduce la peligrosidad a su valoración en sentido negativo; en suma, de lo que se trata es de decidir si las características del autor permiten renunciar al ingreso en prisión. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido la valoración, a estos efectos, de «la existencia de otros procedimientos penales» contra el sujeto. Tratándose de procedimientos penales pendientes, el sujeto se presume inocente de los hechos que se le imputen en ellos, por lo que esta valoración sólo puede tener el efecto de desaconsejar la suspensión si hay pronóstico de que el reo se sustraerá a la acción de la Justicia.

Aunque se suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad, se dicta la condena, produciéndose determinados efectos. Así, no se suspende la responsabilidad civil nacida del delito (art. 80,3) ni tampoco las penas accesorias, aunque el texto legal no lo diga expresamente. Sin embargo, éstas se ejecutan por dos razones: porque el art. 80,1 sólo establece la suspensión de las penas privativas de libertad y porque la tónica general en materia de penas accesorias es que éstas sólo se imponen si los derechos de los que privan tienen relación con el delito cometido (arts. 55 y ss.), es decir, tienen una fundamentación autónoma respecto a la pena privativa de libertad, por lo que no siguen la misma suerte que ésta en el caso de la suspensión.

Los sistemas de sometimiento a prueba con suspensión de la pena se encuentran muy extendidos en la legislación penal europea (Francia, Alemania),

donde suelen acompañarse de la imposición de determinadas reglas de conducta para el sometido a prueba. Lo mismo ocurre con la «probation» anglosajona, aunque, dadas las peculiaridades de su sistema procesal, no sea directamente equiparable a los sistemas continentales.

Respecto a la utilización de la discrecionalidad, es cierto que hasta ahora los tribunales han concedido la suspensión con un cierto automatismo en toda pena que lo permitiera, si no constaban antecedentes penales y, generalmente, sin ponderar las circunstancias y la oportunidad de la medida. Sin embargo, la discrecionalidad puede ejercerse previamente también en la elección de la pena a imponer, de modo que cuando el marco penal y las circunstancias modificativas lo permiten, basta con elegir una pena superior a dos años para evitar la suspensión.

### *B) REQUISITOS Y EFECTOS*

Los requisitos para acordar la suspensión condicional de la pena se recogen en el art. 81, aunque el art. 80,4 permite prescindir de los mismos si el penado padece una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables (por ej., fases avanzadas del SIDA), salvo que ya existiere una condena anterior suspendida por el mismo motivo. Los requisitos generales son los siguientes:

1. Que el reo haya delinquido por primera vez, sin que se tomen en cuenta los antecedentes por delitos imprudentes ni los cancelados o que pudieren serlo con arreglo al art. 136. Para entender que se ha «delinquido» es necesaria la sentencia firme, puesto que hasta ese momento prevalece la presunción de inocencia. «Delinquir» debe interpretarse en sentido estricto como comisión de delitos y, por tanto, no computan a estos efectos los antecedentes por faltas.

2. Que la pena impuesta o la suma de las impuestas en una misma sentencia no supere los dos años de privación de libertad. Son suspendibles todas las penas privativas de libertad, lo que incluye a la prisión y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa (véase art. 35). En el cómputo de los dos años no se incluye la prisión derivada del impago de la multa (art. 81,2ª).

3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, pero sólo en la medida de la solvencia del condenado, puesto que la declaración de insolvencia elimina este requisito.

La suspensión de la pena se acuerda una vez es firme la sentencia condenatoria y se comprueba la concurrencia de los requisitos (art. 82).



La *condición* que debe cumplirse siempre es la de no volver a delinquir durante el plazo de suspensión. Además, si la pena suspendida es de prisión, el juez o tribunal puede imponer como condición el cumplimiento de determinadas *obligaciones* o deberes que se recogen en el art. 83,1.

Estas *obligaciones* (prohibición de acudir a determinados lugares, comparecer ante el juzgado, participar en programas formativos, etc.) acercan la suspensión de la pena a otros sistemas europeos y suponen un mayor control del sometido a prueba por los servicios de la Administración encargados de informar al juez sobre su cumplimiento (art. 83,2). No tienen carácter punitivo ni de medida de seguridad porque no son la consecuencia jurídica de ningún juicio de culpabilidad o peligrosidad, sino que son condiciones añadidas tendentes a asegurar el cumplimiento de la condición principal que es la de no volver a delinquir.

La *revocación* de la suspensión, que obliga a cumplir la pena suspendida, se produce si el condenado delinque durante el plazo establecido (art. 84,1). La infracción de las obligaciones o deberes que, en su caso, se hayan impuesto no conduce irremisiblemente a la revocación, sino que puede provocar la sustitución de la regla de conducta o la prórroga de la suspensión (art. 84,2). Excepto en los malos tratos domésticos, en los que la revocación es obligatoria (art. 84,3 Cp).

Si transcurre el plazo de suspensión habiéndose cumplido las condiciones impuestas y, en todo caso, sin haber delinquido el sujeto, el órgano judicial acordará la *remisión de la pena*, dándola por cumplida.

El Código penal de 1995 deroga la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908 (véase Disposición derogatoria), en la que se regulaban con mayor detalle —aunque no muy satisfactoriamente— tanto la revocación como la remisión en supuestos como la condena por un hecho cometido con anterioridad a la condena condicional, que recaiga durante el plazo de suspensión. La solución de estas cuestiones dependerá ahora de la interpretación del sentido de esta institución y de la presunción de inocencia; así, sólo podrá entenderse incumplida la condición de no delinquir nuevamente si el nuevo delito se ha cometido durante la suspensión, pero no si en ese tiempo recae sentencia condenatoria por un hecho cometido antes de la suspensión de la pena y, puesto que no puede decirse que se ha «delinquido» hasta que no recaea sentencia firme, no puede revocarse la suspensión si se cometen hechos durante su plazo que resultan condenados una vez concluido y remitida la pena.

Se ha planteado si la comisión de un delito imprudente durante el plazo de suspensión debe provocar la revocación y, por tanto, el cumplimiento de la pena suspendida. Aunque el art. 84,1 establece la revocación en caso de delito, sin distinciones, lo cierto es que si ese nuevo delito es imprudente, revocar la suspensión carece de fundamento. Por

un lado, no tiene sentido que los antecedentes por delito imprudente permitan suspender la pena (art. 81,1<sup>a</sup>) y, en cambio, el delito imprudente durante la suspensión obligue a revocarla; y por otro, si suspender la pena supone poner a prueba al condenado, la comisión de una imprudencia en la que no hay intención de infringir la ley no debería ser considerada como un fracaso de dicho sometimiento a prueba (PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES —dir.—, Comentarios).

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha introducido especialidades en la suspensión de la pena en materia de la llamada violencia de género. Según los vigentes arts. 83,1,6<sup>a</sup>, párrafo segundo y 84,3 Cp, en estos casos es obligatorio imponer al condenado condicionalmente los deberes de las reglas 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> (prohibición de aproximarse a la víctima) y 5<sup>a</sup> del art. 83,1. El incumplimiento de dichos deberes durante el plazo de suspensión, determina la revocación de la suspensión (lo que no ocurre en los otros delitos).

Esta reforma ha introducido por primera vez en el Cp el concepto de «violencia de género». Dicho concepto se precisa en el art. 1 de la LO 1/2004: *la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*. Por tanto, esta especialidad en materia de suspensión de la pena no afecta a todos los delitos de maltrato en las relaciones que se indican en el art. 173,2 Cp (violencia habitual, al que se remite el art. 153,2 Cp en materia de lesiones), sino que se limita, en principio, a la violencia del hombre sobre la mujer, cónyuges o en relación similar. Pero además, el concepto de «violencia de género» del art. 1 de la LO 1/2004, incluye, como puede verse, una valoración socio-ideológica de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder, que —al trasladarse al Cp—, deberá ser realizada por los jueces penales para decidir si aplican o no la especialidad penal de los arts. 83 y 84 Cp. Éste es un tipo de valoración hasta ahora insólita en los juicios penales que, sin duda, provocará discrepancias. Según esto, dichas especialidades no deberán aplicarse si el delito en cuestión —pese a cometerse por un hombre sobre una mujer (cónyuges o en relación similar)— no es manifestación de discriminación, desigualdad o relación de poder entre hombres y mujeres, pues eso es la violencia de género según la LO 1/2004, y a tal concepto se remite el Cp.

### C) EL SUPUESTO DE LOS DROGODEPENDIENTES

El artículo 87 Cp regula como supuesto especial la suspensión de la pena en casos en que se haya cometido el hecho delictivo a causa de la dependencia de las drogas, relajando en parte los requisitos de la suspensión, aunque de manera más efectiva que en el Código anterior; con ello se pretende permitir el tratamiento de deshabituación en lugar de la

prisión y, en su caso, no frustrar la deshabitación o la reinserción que pueda haberse logrado desde que se cometiera el delito.

La *pena suspendible* es aquí de hasta cinco años de privación de libertad, sin que la reincidencia o existencia de antecedentes penales vete automáticamente la suspensión puesto que, en tal caso, deberá valorarse expresamente la oportunidad de esta última, pudiendo acordarse si se estima oportuno. Por otra parte, es también requisito de la suspensión que se certifique que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin (art. 87,1,1<sup>a</sup>).

Las *condiciones* que se imponen al condenado condicionalmente son la de no volver a delinquir durante el plazo de suspensión (que como mínimo debe ser de tres años, lo que endurece las condiciones de la condena condicional: véanse arts. 80,2 y 87,3). Asimismo, la remisión definitiva de la pena queda condicionada a que, transcurrido el plazo de suspensión sin que se cometa un delito, se acredite la deshabitación o la «continuidad del tratamiento» (art. 87,5). Obsérvese que la continuidad del tratamiento es requisito de la remisión de la pena transcurrido el plazo, mientras que en el art. 87,4 se recoge como condición de la suspensión «que no abandone el tratamiento» hasta su finalización; al respecto, no cabe esperar especiales éxitos en los tratamientos impuestos coactivamente — con independencia de los inconvenientes que plantean desde el punto de vista de un Derecho penal democrático — y, al mismo tiempo, no puede ignorarse que las recaídas eventuales en el consumo de drogas durante la aplicación del tratamiento no son raras ni excepcionales. Por todo ello, a estos efectos debería entenderse abandonado el tratamiento cuando se trate de un abandono definitivo y estimarse la continuidad del mismo cuando se mantenga, pese a haberse producido alguna recaída esporádica.

En todo caso, la *revocación* de la condena condicional no se produce ineludiblemente cuando se incumplen las condiciones establecidas puesto que, en tal caso, subsiste la posibilidad de estimar necesaria la continuidad del tratamiento y prolongar el plazo de suspensión, oídos los informes correspondientes (art. 87 *in fine*).

### 3. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA IMPUESTA

Como alternativa a la privación de libertad se recoge también la posibilidad de *sustituir* la pena impuesta por otra distinta que se ejecuta inmediatamente. La *sustitución* de la pena está prevista para la prisión

y se regula en los arts. 88 y ss. La sustitución puede producirse en la misma sentencia o posteriormente, en auto motivado, pero antes de iniciarse la ejecución de la pena inicialmente impuesta.

En aplicación del art. 88,3, «En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras».

### *A) LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN*

El supuesto normal se produce en el caso de las penas de prisión inferiores a un año, que pueden ser sustituidas por multa, trabajo en beneficio de la comunidad o —desde la LO 5/2010, de 22 de junio, y para penas de prisión que no excedan de seis meses— localización permanente, conforme a las reglas de conversión establecidas en el art. 88 (cada día de prisión equivale a dos cuotas de multa, una jornada de trabajo o un día de localización permanente). Tanto la consideración de los criterios orientativos (circunstancias del reo, naturaleza del hecho, etc.) como la imposición o no de reglas de conducta del art. 83, es interpretable en clave preventivo-especial, tal como se ha indicado en las líneas introductorias a este tema. Ello alcanza también al «esfuerzo para reparar el daño causado», que, como todas las referencias a la víctima en esta materia (véase también art. 81,3<sup>a</sup> en la suspensión de la pena), no debería llevar a confundir la responsabilidad civil con la penal, otorgando contenidos punitivos a la primera.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha modificado el tercer párrafo del art. 88,1 Cp estableciendo que en casos de violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por trabajo en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, además, se impondrán obligatoriamente las condiciones de las reglas 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> del art. 83,1 Cp y la sumisión a programas específicos de reeducación (sobre el concepto de violencia de género vid. lo dicho en materia de suspensión de la pena *supra* 2.B)

Al igual que con la reincidencia, en la sustitución de la pena la exigencia de que el reo no sea habitual (para el concepto de habitualidad a estos efectos, véase art. 94) podía haberse obviado, puesto que en la valoración sobre la oportunidad de una u otra sanción deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del autor, entre las que se encuentra la existencia de condenas anteriores.

El contenido eminentemente preventivo-especial de esta institución se pone de manifiesto en el supuesto excepcional de sustitución de pe-

nas de prisión de hasta dos años (art. 88,1, segundo párrafo), permitida si la privación de libertad había de frustrar «sus fines de prevención y reinserción social».

Mientras en el caso de la suspensión el Código penal deja claro que el cómputo de la pena a suspender debe sumar todas las penas impuestas en la sentencia (art. 81,2ª), nada se dice en el caso de la sustitución de la pena de prisión lo que, en principio, permite sustituir independientemente varias penas inferiores a un año aunque acumuladas superen dicha duración. Ello podría verse como una burla del límite temporal establecido para la sustitución, pero lo cierto es que dado que la ley no impone la acumulación de las penas a estos efectos — como se hace en la suspensión —, no pueden imponerse requisitos limitadores y perjudiciales para el reo que no estén expresamente previstos. En suma, cabe la sustitución independiente de penas inferiores a un año, aunque sigue siendo una facultad del tribunal, que puede dejar de utilizarla si las penas acumuladas superan considerablemente el año de duración (GARCÍA ARÁN, 1986).

### *B) EL QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA SUSTITUTIVA*

El art. 88,2 establece como efecto del incumplimiento de la pena sustitutiva la aplicación de la pena sustituida e inicialmente impuesta, sin mencionar si debe aplicarse también, en su caso, el delito de *quebrantamiento* de condena. El delito de quebrantamiento y el incumplimiento de la pena sustitutiva son situaciones diferenciables en el Código penal. El primero supone la ineficacia de una resolución judicial con intención de sustraerse definitivamente al cumplimiento de la pena que sólo puede responderse con una condena por delito contra la Administración de Justicia (art. 468), mientras que el segundo es, en realidad, el incumplimiento de una condición implícita — la de cumplir la pena sustitutiva — que determina el regreso a la situación de partida, es decir, la pena sustituida. Las reglas del concurso de normas impiden aplicar *ambas consecuencias* a un único supuesto, lo que permite excluir la pena por quebrantamiento en los supuestos que ahora tratamos (así, PRATS CANUTS, en QUINTERO OLIVARES —dir.—, Comentarios). Ello vale tanto en la sustitución por multa como en la sustitución por trabajo en beneficio de la comunidad, pese a que el art. 49,6ª remite este último caso al posible delito de quebrantamiento de condena (vid. *supra* capítulo XXX,3.C).

La sustitución de la pena puede acompañarse de la imposición de las obligaciones o deberes previstos en la suspensión de la pena (art. 88,1 en relación al art. 83), pero en este caso no se dice cuál es la consecuencia de su incumplimiento. Esta omisión no puede ser suplida por vía interpretativa estableciendo consecuencias sancionadoras no previstas en la ley, ni tampoco aplicarse en este caso el quebrantamiento de condena porque tales obligaciones no son penas ni medidas de seguridad, lo que confirma su carácter predominantemente tutelar y de control añadido a la suspensión o la sustitución.

### C) EL SUPUESTO DE LOS EXTRANJEROS

El artículo 89,1 Cp (reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio) recoge el supuesto especial de los extranjeros no residentes legalmente en España. En tales casos, las penas privativas de libertad *inferiores* a seis años han de ser sustituidas en la sentencia por la expulsión del territorio nacional, aunque se deja una puerta abierta al cumplimiento en España si se aprecian razones que lo justifiquen. En las penas *superiores* a seis años, el apartado 5 del mismo artículo impone su cumplimiento en España, pero estableciendo la expulsión para cuando se alcance el régimen abierto o se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena (necesarias para acceder a la libertad condicional), lo que ha sido criticado como discriminatorio (ASÚA BATARRITA, 2001) porque, cuando ya se ha cumplido gran parte de la pena, el extranjero debería acceder a la libertad condicional en las mismas condiciones que los españoles. Por ello el art. 89,5 Cp deja también una puerta abierta a acordar el cumplimiento en España.

Lo que se plantea es si las razones que justifican el cumplimiento en España deben basarse en el interés del Estado o en el del condenado. En lo primero se incluyen casos de delincuentes que cambian frecuentemente de país (por ejemplo, en delitos de narcotráfico), para quienes la expulsión supone un beneficio y una burla de la ley española. Pero también hay casos en que el condenado puede estar interesado en cumplir la pena en España (arraigo, circunstancias familiares, riesgos humanitarios de regreso al país de origen, etc.), en lo que CANCIO denomina «ambivalencia afflictiva» (2005, pp. 198 y 202 y ss.).

La LO 5/2010, de 22 de junio, suprimió la anterior mención a la «naturaleza del delito» como indicador de dichas razones, por lo que cabe adoptar tal decisión atendiendo a las circunstancias personales del condenado, como ya había interpretado antes la STS de 8 de julio de 2004, adoptando una interpretación amplia y exigiendo la audiencia al

reo, que finalmente incorporó la citada reforma (Vid. TORRES FERNÁNDEZ, 2004; y MUÑOZ LORENTE, 2004).

También se ejecutará la pena en España en aquellos casos en que sea imposible la expulsión —por ejemplo, por desconocerse el país de origen—, permitiéndose en este caso su suspensión condicional o sustitución de acuerdo al art. 88 Cp (art. 89,6, párrafo 2º Cp).

La expulsión de extranjeros no residentes legalmente era facultativa en el primer texto del Código penal de 1995. La LO 11/2003, de 29 de septiembre, la endureció convirtiéndola en obligatoria, pero admitiendo «excepcionalmente» el cumplimiento en España según la «naturaleza del delito» y prohibiendo la suspensión o sustitución de la pena de prisión en estos casos. La LO 5/2010, de 22 de junio, volvió a suavizarla, en parte, en el sentido ya indicado y suprimiendo la expresión «excepcionalmente». Tales avatares y la necesidad de mantener excepciones demuestran las contradicciones en esta materia, en la que se pretende expulsar a extranjeros que delinquen y, al mismo tiempo, evitar tanto la burla de la ley española como las críticas a la discriminación. Por otra parte, los antecedentes penales (no cancelados) por delitos dolosos sancionados con pena superior a un año son motivo de expulsión administrativa (art. 57,2 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, conocida como Ley de extranjería).

#### 4. LA LIBERTAD CONDICIONAL

La libertad condicional se regula en los arts. 90 y siguientes del Código penal y, pese a ubicarse entre los sustitutivos de la prisión, no participa plenamente de su principal característica cual es evitar el ingreso en la cárcel.

La libertad condicional, que acuerda el Juez de Vigilancia, está más próxima a los beneficios penitenciarios al consistir en la posibilidad de *cumplir* en libertad el último período de la condena; aunque se esté en libertad, se sigue cumpliendo la condena, lo que permite establecer especiales condiciones durante ese tiempo, como son la imposición de reglas de conducta (art. 90,2 con relación a los arts. 83 y 96,3 Cp) y la condición básica de no volver a delinquir durante el mismo tiempo, cuyo incumplimiento determina la revocación del beneficio y el ingreso en prisión para cumplir el resto de la pena.

La vigente regulación establece los requisitos de la concesión en el art. 90,1: 1ª) la exigencia de que el reo se encuentre en el último período de la condena se enuncia correctamente como tercer grado de tratamiento penitenciario; 2ª) deben haberse extinguido tres cuartas partes de la condena; y 3ª) la orientación preventivo-especial se formula al mencionarse el pronóstico individualizado de reinserción social.

La LO 7/2003, de 30 de junio, al regular el cumplimiento efectivo de las penas ha endurecido la concesión de la libertad condicional en términos inadmisibles constitucionalmente. El vigente art. 90,1 establece que no se entenderá cumplido el pronóstico de reinserción social si no se ha satisfecho la responsabilidad civil, concepto para el que se remite al también nuevo art. 72,5 y 6 LOGP. La pretensión parece ser compeler a los condenados solventes, que se han enriquecido con sus delitos, a resarcir a los perjudicados, pero para atender ese caso concreto, se introduce una regla general por la que los reos insolventes —que son la mayoría—, no pueden obtener la libertad condicional porque, además, en prisión no pueden incrementar su patrimonio. El trato discriminatorio del condenado insolvente no tiene fundamento razonable si se entiende la satisfacción de la responsabilidad civil como la liquidación plena de una obligación previa. Y ello porque el pago de dicha obligación es una cuestión distinta del pronóstico de futuro que valora las posibilidades de reinserción social en el que se basa la libertad condicional.

Por estas razones es necesaria una interpretación restrictiva de esta exigencia —en tanto en cuanto se mantenga la posibilidad de interpretarla de acuerdo a la Constitución—, basada en los criterios del art. 72,5 y 6 LOGP a los que se remite este art. 90 Cp. Dichos criterios (también introducidos por la LO 7/2003, de 30 de junio) se establecen a los solos efectos de acordar la progresión penitenciaria y se dirigen a valorar la conducta «efectivamente observada», según las «condiciones personales y patrimoniales del culpable» (art. 72,5 LOGP). Es decir, no exigen la plena satisfacción de la responsabilidad civil en términos estrictamente económicos, sino que conducen a valorar los esfuerzos para satisfacerla según las posibilidades concretas del condenado.

De cumplirse las circunstancias primera y tercera, puede otorgarse *excepcionalmente* la libertad condicional a quienes hayan cumplido dos tercios de la condena, si merecen dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (art. 91). Con ello se pretende establecer un incentivo al trabajo penitenciario que compense la eliminación de la redención de penas por el trabajo recogida en el art. 100 del Código penal anterior. Sin embargo, la mención a la excepcionalidad de este supuesto y a la valoración individualizada de su oportunidad, impiden que pueda entenderse recuperada subrepticamente la vieja redención de penas por el trabajo, cuya aplicación automática había sido rechazada unánimemente y ha sido claramente evitada por el legislador.



El artículo 91, modificado por LO 7/2003, de 30 de junio, prevé la posibilidad de adelantar la libertad condicional al momento en que se han cumplido dos tercios de la pena y, aún más (art. 91,2), 90 días por cada año de cumplimiento efectivo cuando se ha cumplido la mitad, en lo que pretende ser un incentivo a las actividades laborales que compense la ausencia de redención de penas por el trabajo. Sin embargo, de dichos beneficios están excluidos los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Estos supuestos reciben un régimen especial incluso para la concesión ordinaria de la libertad condicional tras cumplir tres cuartas partes de la condena (vid. art. 90,1), en el que se exigen manifestaciones de desvinculación de la organización, petición de perdón a las víctimas y colaboración activa con las autoridades. Con esta previsión se endurece todavía más el acceso a la libertad condicional para dichos condenados, que en casos de penas graves también son tratados de manera diferente por el artículo 78 Cp, al fijarse su libertad condicional en el momento en que les quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento. Ello significa que en una pena límite de 40 años (que sea inferior a la mitad de las impuestas. Vid. art. 78), se puede acceder a la libertad condicional tras treinta y cinco años de cumplimiento. Exigir que, en ese momento, se proporcione información útil a las autoridades es ilusorio. Si, además, debe satisfacerse una responsabilidad civil que no se ha podido ejecutar durante treinta y cinco años, es fácilmente deducible que el precepto pretende eliminar la libertad condicional en estos supuestos.

La Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio, establece que lo regulado en los arts. 90 y 93,2 del Código penal respecto a las condiciones para acceder a la libertad condicional, y en el art. 72,5 y 6 de la LOGP (clasificación en tercer grado penitenciario), será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde la entrada en vigor de dicha ley, «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, los requisitos de concesión de la libertad condicional que se han expuesto *son retroactivos* y se exigirán también a los condenados por delitos anteriores a la entrada en vigor de esta ley. Ello contradice la prohibición general de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales contenida en el art. 9,3 de la Constitución, por lo que cabe alegar su inconstitucionalidad.

En efecto, como señalan GARCÍA ALBERO/ TAMARIT SUMALLA, 2004, pp. 27-31, la propia Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, vincula esta reforma a los conceptos de seguridad jurídica y proporcionalidad de la pena, lo que obliga a aplicar todos los límites derivados del principio de legalidad. Rechazan igualmente el argumento de la naturaleza procesal de estas normas, lo que, en aplicación de la regla *tempus regit actum*, evitaría la prohibición de retroactividad (en el mismo sentido, SANZ MORÁN, 2004). Sobre la naturaleza pretendidamente procesal de estas normas, recordemos que el propio Tribunal

Constitucional ha establecido la necesidad de su interpretación de la forma más favorable al derecho fundamental, así como la aplicabilidad del art. 9,3 CE a estos supuestos y la matización de la regla *tempus regit actum* en casos en que se afecta a derechos fundamentales (vid. *supra* capítulo VII.3.B).

Por último, el artículo 92 Cp permite conceder la libertad condicional a los sentenciados mayores de setenta años aunque no hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena (o, en su caso, las dos terceras). Sin embargo, deben cumplir con los restantes requisitos del art. 90 que exigen la clasificación en tercer grado y el pronóstico de reinserción social que —especialmente en cuanto al primero— exigen el ingreso en prisión tras la firmeza de la sentencia.

**Bibliografía:** ALCÁCER GUIRAO, La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código penal, ADP 1995; ASENCIO CANTISÁN, Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional, PJ núm. especial III, 1988; ASÚA BATARRITA, Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal, CPC 1989; EL MISMO, La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración, en LAURENZO (coord.), Inmigración y Derecho penal, Valencia 2001; BACIGALUPO ZAPATER, Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho penal europeo actual, PJ 1996; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del Código Penal, en Las últimas reformas penales, CDJ 2005; CALDERÓN GONZÁLEZ/ FERNÁNDEZ FARALDO, Tercer grado penitenciario y libertad condicional. ¿Cuestión resuelta?, RDPP 2004; CANCIO MELIÁ, La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 Cp), en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; CID MOLINÉ, ¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena, RDPC 2007; CID/ LARRAURI (coords.), Penas alternativas a la prisión, Barcelona 1997; CUÉLLAR OTÓN, ¿Es posible la reeducación en libertad en los casos de violencia intrafamiliar con condena a pena privativa de libertad?: El programa formativo de reeducación para personas condenadas por delitos relacionados con la violencia doméstica de la Audiencia Provincial de Alicante, La Ley Penal 2009; DE LAMO RUBIO, La suspensión condicional de la pena en el nuevo Código penal de 1995, RGD 1996; DE SOLA DUEÑAS, Alternativas a la prisión en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, DJ 1983; EL MISMO, Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código penal, RDPC 1996; DE SOLA DUEÑAS/ GARCÍA ARÁN/ HORMAZÁBAL MALARÉE, Alternativas a la prisión, Barcelona 1986; ESQUINAS VALVERDE, La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?, RP 2006; FÁBREGA RUIZ, La determinación y sustitución de las penas cortas de prisión en el Código penal, La Ley 1997; GARCÍA

ALBERO/ TAMARIT SUMALLA, La reforma de la ejecución penal, Valencia 2004; GARCÍA ARÁN, Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad, RFDUC monográfico 11, 1986; EL MISMO, La suspensión de la ejecución de la pena, en La ejecución de la sentencia penal, CDJ 1994; EL MISMO, El trabajo en beneficio de la comunidad. Una pena alternativa a la prisión, CJ 1996; EL MISMO, Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, Pamplona 1997; GARRIDO GUZMÁN, Nuevas perspectivas de la remisión condicional de la pena, en Comentarios a la legislación penal V, vol.1, Madrid 1985; GIMÉNEZ GARCÍA, La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros, en Las penas y sus alternativas, CDJ 2005; GONZÁLEZ CAMPO, La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código penal y de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; GONZÁLEZ CASSO, La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, La Ley 1996; HIGUERA GUIMERÁ, El arresto de fin de semana, Madrid 1982; HURTADO ADRIÁN, Artículo 89 CP. Formación legislativa y análisis de una línea de aplicación judicial, en Las penas y sus alternativas, CDJ 2005; IZQUIERDO ESCUDERO, Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código penal, La Ley 1997; JUANATEY DORADO, La ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho penal, La Ley Penal 2004; JUANES PECES, La sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense, La Ley Penal 2008; LANDROVE DÍAZ, Prisión y sustitutivos penales, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; LARRAURI PJOÁN, Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal, EPC 1996 (también en JD 1996); LEIVA TAPIA, Retroactividad de la Ley Orgánica 7/2003, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas, AJA 2004; LLORCA ORTEGA, Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General), EDJ 1996; LÓPEZ LORENZO, La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, La Ley Penal 2004; LÓPEZ PEREGRÍN, ¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?, REIC 2003; MAGRO SERVET, La petición de suspensión de ejecución de la pena por tramitación de indulto, La Ley Penal 2007; EL MISMO, Una propuesta de reforma en la ejecución penal para posibilitar el efectivo cumplimiento de las penas alternativas a la prisión y medidas judiciales, La Ley Penal 2010; MANZANARES SAMANIEGO, Individualización científica y libertad condicional, Madrid 1984; EL MISMO, La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General), EDJ 1996; EL MISMO, Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad, Granada 2008; MAQUEDA ABREU, Suspensión condicional de la pena y «probation», Madrid 1985; MARTÍN HERNÁNDEZ, ¿Cabe la sustitución de la pena de privación de libertad por una medida de seguridad en el caso de concurrencia de la atenuante de grave drogadicción?, en Homenaje a Serrano, Madrid 2006; MESA MARRERO, Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico, Pamplona 2006; MUÑOZ LORENTE, La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del Cp tras su reforma por la LO 11/2003, RDPC 2004;

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Soluciones legales alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; NÚÑEZ BARBERO, Suspensión condicional de la pena y «probation», Salamanca 1970; PUENTE SEGURA, Suspensión y sustitución de las penas, Madrid 2009; ROBLEDO RAMÍREZ, Concepto y principios para la aplicación de los substitutivos penales en su regulación en España y México, Madrid 1996; RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Nuevas penas: comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como substitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno, RDPP 2006; ROIG TORRES, La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad en los delitos relacionados con la violencia de género, RDPP 2006; RUIZ VADILLO, El futuro inmediato del Derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración, PJ 1987; SAINZ CANTERO, Sustitución de la pena privativa de libertad, en Estudios penales II, Santiago de Compostela 1978; SANZ MORÁN, Reflexión de vigencia sobre las últimas reformas de la legislación penal, RDPe 2004; SERRANO BUTRAGUEÑO, ¿Cabe o no recurso contra la denegación de la remisión condicional de la pena?, AJA 1996; TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, Hacia una correcta aplicación de la remisión condicional y de la sustitución de penas y otras cuestiones relativas a ellas, AP 1997; TAMARIT SERO, La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?, RGDP 2004; TÉBAR VILCHES, El modelo de libertad condicional español, RDPP 2006; EL MISMO, El modelo de libertad condicional español, Pamplona 2006; TÉLLEZ AGUILERA, Las alternativas a la prisión en el Derecho español, La Ley Penal 2005; EL MISMO, Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión, Madrid 2006; TORRES FERNÁNDEZ, La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario a la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003, RPJ 2004; TOURNIER, Hacia una aproximación global de la cuestión de las alternativas a la detención, RDPC 2007; VALMAÑA OCHAITA, Substitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español, Madrid 1991; VARIOS, La individualización y ejecución de las penas, CDJ 1993; VARIOS, La ejecución de la sentencia penal, CDJ 1994; VARIOS, Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal, Madrid 2007; VIDAL CASTAÑÓN, Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor, Barcelona 2006; VIDALES RODRÍGUEZ, La libertad condicional y la retroactividad de las disposiciones que las regulan: Razones para un debate acerca de su posible inconstitucionalidad, RDPe 2004; VILLACAMPA ESTIARTE, Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico, Navarra 2006; YÁÑEZ ROMÁN, La condena condicional en España. Evolución histórica y presupuestos doctrinales, Madrid 1973; ZUGALDÍA ESPINAR, El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración, Valencia 2007 (véase también la bibliografía del capítulo XXX y XXXI).



# CAPÍTULO XXXIV

## Las medidas de seguridad en el Derecho penal español

1. Introducción
2. Las medidas de seguridad en el Código penal español
  - A) Principios generales
  - B) Estados peligrosos: inimputabilidad y semiimputabilidad
  - C) Las medidas y su aplicación. El límite temporal al internamiento
  - D) La ejecución de la medida: cese, sustitución y suspensión
  - E) La medida de seguridad de libertad vigilada
3. Medidas aplicables a menores
  - A) Ámbito de aplicación
  - B) Principios generales contenidos en la LORPM
  - C) Las medidas y los órganos de aplicación

### 1. INTRODUCCIÓN

En la Primera Parte de esta obra (capítulo II) se abordó el planteamiento general de los sistemas jurídico-penales que, como el español, cuentan con penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas diferenciadas. Esta doble reacción frente al problema de la delincuencia es la característica del denominado *sistema dualista* y, como vimos, se asienta en la diferenciación de las categorías que sirven de fundamento a la aplicación de una y otra consecuencia. Así, mientras la pena constituye la respuesta frente a la culpabilidad del autor, la medida de seguridad lo es frente a su peligrosidad, entendida ésta como probabilidad de comisión de futuros delitos. Recuérdese también que, en ese esquema teórico del dualismo, mientras las penas presentan un contenido retributivo y una orientación preventivo-general, las medidas de seguridad son esencialmente instrumentos para la prevención especial.

Estudiadas las características de las penas, nos corresponde ahora profundizar en la regulación española de las medidas de seguridad. A modo de introducción y para enlazar con las consideraciones generales del capítulo II, conviene recapitular las líneas básicas que allí quedaron expuestas como exigencias a respetar en un moderno sistema de medidas de seguridad, completándolas ahora con las precisiones formuladas por la jurisprudencia constitucional. Téngase en cuenta que dicha doctrina del Tribunal Constitucional fue establecida a partir de la resolu-

ción de recursos de amparo presentados contra la aplicación de la vieja Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, en la que se conculcaban las exigencias mínimas del Estado de Derecho; el Tribunal Constitucional, sin llegar a declararla inconstitucional, formuló las exigencias que se recogen a continuación y que, dirigidas a la línea de flotación de la LPRS, apoyaban la reivindicación de su derogación, que finalmente ha tenido lugar con la promulgación del Código penal (véase Disposición derogatoria).

A grandes rasgos, dichas exigencias pueden sistematizarse en la siguiente forma (véanse SSTC de 27 de noviembre de 1985; 14 de febrero de 1986; 19 de febrero de 1987; 20 de julio de 1987):

a) Las medidas de seguridad se encuentran afectadas por el art. 25,1 CE (principio de legalidad) —aunque éste sólo se refiera a los delitos e infracciones administrativas—, porque *materialmente* equivalen a una sanción por su contenido afflictivo. De esta forma se sientan las bases para evitar el denominado «fraude de etiquetas» que, como se verá, se propicia con la absoluta separación teórica de los contenidos de la pena y la medida de seguridad.

b) Las medidas de seguridad sólo deben aplicarse como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo que revele la peligrosidad de su autor y ser, por tanto, *post-delictuales*. El Tribunal Constitucional entendió que aplicar una medida de seguridad a quien trafica con drogas (aplicando la LPRS) antes de ser condenado por tal delito con arreglo al Código penal, implica una declaración de culpabilidad que viola la presunción de inocencia (STC de 27 de noviembre de 1985). Con ello se desterraban las medidas *pre-delictuales* (contenidas en la LPRS), que eran aplicables al supuesto estado peligroso de quien todavía no había delinquido.

c) Esta exigencia de comisión previa de delito es una importante garantía, pero no la única. La aplicación de las medidas de seguridad debe verse rodeada de las mismas garantías que rigen para las penas, puesto que, en definitiva, se trata también de una intervención coactiva y limitadora de derechos individuales. En esta línea son trasladables aquí todas las exigencias derivadas del principio de legalidad y, entre ellas, las propias del principio *non bis in idem*; según la STC de 14 de febrero de 1986, «no es posible sin quebrantar el principio *non bis in idem*... hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos igualmente definidos y ello aunque se pretenda salvar la validez de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la culpabilidad y en otro la peligrosidad».

d) Directamente vinculado a lo anterior, si a un hecho le corresponde una pena y una medida de seguridad — como en la semiimputabilidad —, no pueden acumularse sin más con el pretexto de que obedecen a fundamentos distintos; lo correcto es aquí el *sistema vicarial*, en el que nos detendremos al estudiar las medidas de seguridad en el Código penal español.

El denominador común a estos principios es, como puede verse, el intento de evitar que el juicio de peligrosidad y la medida de seguridad se conviertan en un instrumento indiscriminado de intervención sobre el individuo, lo que, saludablemente, ha contribuido a poner en crisis el esquema del dualismo tal y como fue concebido en sus inicios.

Efectivamente, cuando Carl Stoos propone la previsión de medidas de seguridad en el Anteproyecto de Código penal suizo de 1893, éstas se configuran como algo totalmente distinto de las penas en su fundamento y orientación, diferenciación que hoy sólo conservan de manera absoluta en cuanto al fundamento.

El esquema «culpabilidad-pena-retribución», por un lado, y «peligrosidad-medida de seguridad-prevención especial», por otro, no aparece ya de forma tan nítida como cuando el dualismo pretendió llegar a un compromiso entre las orientaciones retribucionistas y las preventivistas. Actualmente, las revisiones a que han sido sometidas tanto la pena como la medida de seguridad han producido una cierta aproximación de unas y otras que, sin llegar a confundirlas, redundan en el respeto de los derechos individuales.

Por un lado, el rechazo de la retribución como única justificación de la pena la ha acercado un tanto a la medida de seguridad desde el momento en que una y otra incorporan la orientación a la prevención especial, lo que se expresa claramente en el art. 25,2 CE y su proclamación de la reeducación y reinserción social como orientación *común* a las penas y las medidas de seguridad. Y en dirección contraria, las medidas se han aproximado a las penas al constatarse la injusticia del puro defensismo que representaban las originarias medidas de seguridad (pre-delictuales, indeterminadas) y exigirse para éstas, como hemos visto, las garantías propias del Derecho penal de las penas: comisión previa de delito, legalidad, límites temporales, etc.

En todo este proceso ha jugado un papel fundamental el reconocimiento del carácter aflictivo de las medidas de seguridad. En efecto, éstas no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas «benefactoras» dirigidas a «curar» al peligroso, porque ése es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de lími-



tes, con el que se llega al denominado «fraude de etiquetas», es decir, a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en la aplicación de las medidas de seguridad, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos. Por el contrario, debe partirse de que las medidas de seguridad son un instrumento más de control social, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado, razón más que suficiente para tratarlas como a las penas desde el punto de vista de las garantías.

A continuación estudiaremos el sistema de medidas de seguridad regulado en el Título Preliminar y el Título IV del Libro I del Código penal.

Las medidas aplicables al menor de dieciocho años presentan características distintas a las medidas de seguridad y serán estudiadas en el apartado 3 de este capítulo.

## 2. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El Código penal contiene una considerable revisión del sistema de medidas de seguridad que, dado lo impresentable de la LPRS, no puede sino ser considerado como un saludable avance por la supresión de estados peligrosos sin delito y medidas de seguridad indeterminadas. En los supuestos que quedan (eximentes completas e incompletas de exclusión de la imputabilidad), que ya estaban recogidos en el Código anterior, las diferencias son menores puesto que habían sido objeto de reformas post-constitucionales y el camino por recorrer era menor.

### A) PRINCIPIOS GENERALES

Se encuentran recogidos en el Título Preliminar del Código penal (art. 6) y en los arts. 95 y ss.

1. *Post-delictualidad*. La exigencia de comisión previa de hecho delictivo (aunque el sujeto no sea plenamente responsable del mismo) resultaba ineludible a partir de la ya citada jurisprudencia constitucional y se recoge —por duplicado— en el art. 6,1 Cp («Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, *exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*») y en el art. 95,1,1<sup>a</sup>: es requisito «Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito».

Ello significa que la comisión de una falta no fundamenta la aplicación de una medida de seguridad, al entenderse que la escasa gravedad de las faltas no constituye suficiente índice de peligrosidad. Por otra parte, la comisión de un hecho previsto como delito (típico), pero no antijurídico por concurrencia de una causa de justificación, resulta aprobada por el Ordenamiento jurídico tanto para los imputables como para los inimputables y, por tanto, en el caso de estos últimos difícilmente puede sostenerse que exteriorice su peligrosidad ni demande una medida de seguridad.

2. *Pronóstico de peligrosidad criminal.* La peligrosidad criminal como fundamento de la aplicación de la medida de seguridad supone la formulación de un pronóstico de comisión de futuros delitos basado en el estado que presenta el sujeto, tal como se desprende del art. 95,1,2<sup>a</sup>. La referencia a futuros delitos y no a un genérico comportamiento peligroso es lo que caracteriza a la peligrosidad como «criminal», por oposición a la «peligrosidad social», desterrada de nuestro Ordenamiento.

La peligrosidad criminal no puede presumirse por el hecho de estar el sujeto en uno de los supuestos de peligrosidad (por ej., por padecer una anomalía mental que le exime de responsabilidad), sino que debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia, sin que la aplicación de la medida deba llevarse a cabo de manera automática.

3. *Proporcionalidad de la medida.* Aunque la proporcionalidad es un concepto propio de las penas, la opción del Código penal permite aplicarlo a las medidas en tanto en cuanto se establece como principio que éstas no podrán resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena señalada al hecho cometido ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 6,2).

Como puede verse, al art. 6,2 contiene, en realidad, tres garantías: las medidas no pueden ser más *gravosas* que la pena abstracta, ni resultar de mayor *duración* que éstas, ni superar lo *necesario para la peligrosidad*. En cuanto a la gravosidad, resulta fácil compararla en las medidas de internamiento, que no podrán imponerse si la pena no es privativa de libertad, pero plantea problemas de comparación entre las penas y las medidas no privativas de libertad, puesto que son heterogéneas. Orientativamente cabe apuntar a la valoración de las circunstancias personales del sometido a la medida y la finalidad específicamente perseguida por ésta.

La *adecuación a la peligrosidad* como garantía recoge el auténtico fundamento de la medida y constituye el límite mínimo de la misma.

Ello tiene también su reflejo en las disposiciones sobre el cese o la sustitución de las medidas que se recogen en el art. 97 (*infra* apartado D).

En cuanto a la *duración de la medida*, el art. 6,2 opta por la correspondiente a la *pena abstracta* prevista para el delito, lo que rige como principio general. Al respecto, parte de la doctrina (GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN —coord.—, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*) ha puesto de manifiesto la contradicción que supone el hecho de que la medida se fundamente en la peligrosidad pero, en cambio, deba ser proporcionada a la gravedad del delito en cuanto a su duración máxima, apreciando en ello un fondo retributivo y de reconocimiento del carácter afflictivo a las medidas.

Sin embargo, aun debiendo reconocerse un grado de contradicción, el Código penal se ha decantado aquí por la proporcionalidad con la pena correspondiente al delito en una opción por la *garantía objetiva* y probablemente como reacción frente al sistema anterior, caracterizado por la total ausencia de límites. La cuestión del límite temporal plantea especiales problemas en el caso de las medidas de internamiento, que no pueden superar la pena que hubiera correspondido al delito, lo que será abordado más adelante (*infra* apartado C).

## B) ESTADOS PELIGROSOS: INIMPUTABILIDAD Y SEMIIMPUTABILIDAD

En el Código penal se regulan medidas de seguridad para dos grupos de supuestos: 1) en los arts. 101, 102 y 103, para los casos de inimputabilidad consistentes en anomalía mental (art. 20,1º), intoxicación plena o síndrome de abstinencia (art. 20,2º) y alteración de la percepción (art. 20,3º); y 2) en el art. 104, para los casos de semiimputabilidad en que se atenúa la pena por concurrir las anteriores eximentes de manera incompleta (art. 21,1ª, en relación al art. 20,1º, 2º y 3º).

1) En el caso de los inimputables, las medidas de seguridad son *alternativas a la pena*, puesto que ésta no cabe frente a un sujeto exento de responsabilidad. La medida de seguridad deberá basarse en el pronóstico de peligrosidad criminal, y sólo será aplicable el internamiento si resulta necesario, pudiendo acudir a cualquiera de las medidas no privativas de libertad del art. 96,3 (véanse arts. 101, 102 y 103). El tipo de centro (psiquiátrico, de deshabitación o educativo) se corresponde con la naturaleza de la exención. Sobre los presupuestos y límites del internamiento volveremos en el apartado siguiente.

2) En el supuesto de los semiimputables, el art. 104 del Código penal establece que en los casos de eximente incompleta de alteración mental, intoxicación plena y alteración de la percepción, el juez o tribunal *podrá* imponer, además de la correspondiente pena (atenuada), las medidas previstas para inimputables en los arts. 101, 102 y 103. Esta posible acumulación de pena y medida se aplica con el denominado *sistema vicarial* y prohíbe la aplicación de una medida de internamiento si la pena impuesta no es privativa de libertad (art. 104).

El sistema vicarial, regulado en el art. 99, se aparta del dualista puro —por el que se acumularían sin más la pena y la medida— ya que consiste en evitar que la duración de la pena y la de la medida se sumen e incrementen así la afflictividad de la privación de libertad. Básicamente, el sistema vicarial consiste en comenzar por la aplicación de la medida y computar el período de internamiento como cumplimiento de la pena; la aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena prevista por el Código penal para el delito (art. 104, es decir, en abstracto; véase apartado siguiente). Si se alza la medida de seguridad antes de alcanzar ese tope y todavía resta pena por cumplir, el juez o tribunal podrá *suspenderla* o imponer alguna medida no privativa de libertad (véanse arts. 99 y 96,3).

Con esta previsión se da respuesta a los casos en que el sujeto es responsable del delito, pero se le reconoce una imputabilidad disminuida que desaconseja el ingreso en prisión y requiere la sumisión a tratamiento. Piénsese en anomalías que no siempre alcanzan la exención total (por ejemplo, las psicopatías, según la jurisprudencia tradicional, o las toxicomanías), pero que sería funesto remitir a la cárcel. En el sistema vicarial, por tanto, la pena y la medida no se acumulan matemáticamente, sino que se integran mutuamente. Ello permite evitar los inconvenientes que el Tribunal Constitucional advierte en relación al *non bis in idem* si la pena y la medida se aplicaran acumulativamente, ya que en el sistema que ahora analizamos no se produce un «intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social unos hechos ya sancionados», lo que según la STC de 27 de noviembre de 1985 infringiría dicho principio.

### C) LAS MEDIDAS Y SU APLICACIÓN. EL LÍMITE TEMPORAL AL INTERNAMIENTO

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha reordenado el catálogo de medidas de seguridad aplicables, agrupándolas en el artículo 96 Cp, en el que se distingue entre las medidas privativas de libertad (internamientos en centros de tratamiento. Vid. art. 96,2), y las no privativas de libertad (seis modalidades entre las que se incluyen la inhabilitación

profesional, la custodia familiar y, desde la LO 5/2010, de 22 de junio, la libertad vigilada. Vid. art. 96,3 e *infra*, apartado E).

En todo caso, por imperativo del art. 95,2, «Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96,3», es decir, las medidas no privativas de libertad allí previstas. Dicho a la inversa, ello significa que sólo cuando la pena es privativa de libertad cabe acudir a cualquier medida de seguridad.

La elección de la medida debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los principios recogidos en el art. 6,2 (gravosidad, duración y adecuación a la peligrosidad) que quedaron expuestos al tratar la proporcionalidad (*supra* A.3). Pero como también se apuntó allí, aquella norma general presenta determinadas particularidades cuando se trata de las *medidas de internamiento*. Además de no poder imponerse si la pena no es privativa de libertad, los arts. 101 a 103 exigen que éste sea estrictamente necesario, debiendo acudir a una medida no privativa de libertad en el caso contrario. Pero la mayor especialidad aparece en relación a los *límites temporales del internamiento* y la consideración de la pena correspondiente al delito, cuestión en la que debe distinguirse entre las eximentes completas y las incompletas, como se desarrolla a continuación.

1. En las *eximentes completas*, los arts. 101, 102 y 103 no especifican a qué pena debe atenderse para comprobar si es privativa de libertad y permitir con ello el internamiento, por lo que es válida la regla general del art. 6 (la medida no puede ser más gravosa que la pena «abstractamente» aplicable) y del art. 95,2 (si la pena que «hubiere podido imponerse» no es privativa de libertad, no cabe medida de internamiento), lo que claramente conduce a comprobar si la pena *abstractamente* señalada al delito es o no privativa de libertad.

Si la pena abstracta es privativa de libertad y el internamiento resulta necesario, los arts. 101 a 103 establecen que éste no podrá superar el tiempo que «habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo». El redactado legal apunta, por tanto, a que el límite temporal de la medida es el de la *pena concreta*.

Esta interpretación ha sido especialmente criticada por GRACIA MARTÍN (en GRACIA MARTÍN —coord.—, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*) quien propone utilizar la pena abstracta como límite, porque ésta incluye a la que «habría podido imponérselo al sujeto» y, además,

porque es coherente con el principio general establecido para todas las medidas en el art. 6,2.

Sin embargo, la ley no menciona la pena que «hubiera podido imponerse» sino el «tiempo que habría durado» la pena, que, además, debe ser fijado expresamente por el juez. Entendemos que con ello se rechaza que el límite común a todos estos supuestos sea siempre la pena abstractamente señalada para el tipo delictivo (que se impone al autor del delito consumado), porque se pretende que el inimputable sea tratado como el responsable en cuanto al tiempo de privación de libertad, tomando en consideración las características del hecho como si lo hubiera cometido un sujeto responsable. El problema se sitúa en la contradicción propia de establecer la proporcionalidad de la medida en relación al delito (*supra* A.3) y obliga a plantearse hasta qué punto el inimputable puede ser tratado como el responsable a estos efectos.

Al estudiar la determinación de la pena (*supra* capítulo XXXI.2) mantuvimos que las reglas para la tentativa y la complicidad se establecen en la Parte General para evitar su repetición en todos los tipos; desde este punto de vista, la pena rebajada, en su caso, atendiendo a la tentativa y la complicidad es también una pena abstracta, porque dichas situaciones son, en realidad, extensiones de la tipicidad. La pena que opera como límite para la medida de seguridad en la eximente completa debe rebajarse en los casos de tentativa y complicidad para respetar la voluntad de la ley de considerar las características del hecho como si lo hubiera cometido un sujeto responsable, aun reconociendo que el grado de ejecución alcanzado y la forma de participación pueden no tener nada que ver con la peligrosidad del sujeto. Ahora bien, una mayor concreción de la pena resulta prácticamente irrealizable.

En efecto, los arts. 101 a 103 obligan a fijar la pena como si el sujeto hubiera sido declarado responsable, esto es, a determinar concretamente la pena de un sujeto inimputable «como si» no lo fuera. Por tanto, en puridad, deberían aplicarse las circunstancias atenuantes y agravantes que «hubieran concurrido» en un sujeto responsable, pero estimando «si concurren» en uno que no lo es. El juez está operando con un hecho concretamente realizado, pero no puede hacerlo con un sujeto imaginario y ello ha de conducir, en la práctica, a que la mayoría de las circunstancias atenuantes y agravantes no puedan ser estimadas (más ampliamente, GARCÍA ARÁN, 1997; véanse también GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES —dir.—, Comentarios y SILVA SÁNCHEZ, 1997, pp. 37 y ss.; críticamente MUÑOZ CONDE, 1998).

2. El régimen de las eximentes incompletas es contrario al anterior y viene establecido, como regla especial, en el art. 104: la pena privativa de libertad como *presupuesto* de la medida de internamiento debe considerarse *concretamente* (el internamiento sólo cabe si la «pena impuesta» es privativa de libertad), lo que, obviamente, conduce a su completa determinación; ello es explicable si se recuerda que estamos ante un sujeto responsable y acreedor de una pena que podría hacerse cumplir sin aplicación de medida alguna. Ello tampoco es contradictorio con el régimen general del art. 6, del que supone una concreción.

En cambio, según el art. 104 la pena que juega como *límite temporal* al internamiento en la eximente incompleta es la pena «prevista por el Código para el delito», lo que parece apuntar a la pena abstracta. En principio, resulta extraño que para los inimputables completos opere la pena concreta (con las matizaciones del apartado anterior) y para sujetos responsables, pero con eximente incompleta, una pena más amplia como es la prevista para el delito. La razón se encuentra en que, al aplicarse la eximente incompleta, habrá resultado una pena concreta muy atenuada, por lo que el legislador la ha considerado como un límite excesivamente bajo.

Sin embargo, obsérvese que aquí el art. 104 no utiliza la expresión «pena abstracta» para fijar el límite máximo, sino la de «pena prevista para el delito». Ello permite interpretar que el límite no es siempre la pena abstractamente señalada en el tipo penal para el autor de delito consumado (art. 61), sino que para los supuestos de complicidad o tentativa deberá atenderse a la resultante de aplicar las correspondientes rebajas (arts. 62 y 63).

En efecto, como se desprende del apartado anterior «la pena prevista para el delito» es, bien la señalada en el tipo penal cuando se trate de un autor de hecho consumado, bien la que resulte de aplicar las rebajas correspondientes al cómplice y la tentativa, que, se denomine o no «pena abstracta», está prevista legalmente para el delito en estos casos. Con esta interpretación se obtiene, además, un sistema de limitación más próximo al de las eximentes completas.

La limitación temporal de las medidas de internamiento en casos de exención completa responde a la preocupación porque el enfermo mental termine internado de por vida o por tiempo muy superior al que le hubiere correspondido de haber sido declarado responsable. La preocupación está justificada sobre todo por los problemas médicos y judiciales que rodean al internamiento terapéutico: las dudas sobre la eficacia de los tratamientos, la burocracia que dificulta la revisión judicial de la situación de los internos y que puede provocar que queden abandonados a su suerte y las dificultades de formular una

prognosis sobre la desaparición de la peligrosidad que permita conceder el alta médica.

Sin embargo, los problemas del límite temporal tampoco pueden ignorarse: la peligrosidad del enfermo mental puede subsistir después de finalizar la medida y, asimismo, estamos frente a sujetos que han sido declarados exentos de responsabilidad por el delito cometido y, por tanto, el único fundamento de la medida es la peligrosidad; estas medidas son *alternativas* a la pena en casos en que no hay reproche penal pero sí necesidad de tratamiento médico o educacional.

Por otra parte, la utilización de criterios de proporcionalidad respecto del delito cometido puede propiciar una dinámica que conduzca a medidas superiores a las que exige la peligrosidad, pero permitidas por la duración de la pena que correspondería al delito. Si realmente se trata de un problema médico y no penal, la gravedad del delito (asesinato, agresión sexual...) es un dato para el diagnóstico de peligrosidad y fijación del tratamiento, pero no debería tener el mismo valor decisivo en la fijación de la consecuencia jurídica —la medida— que cuando se trata de aplicar una pena.

La limitación temporal del internamiento terapéutico de los inimputables se ha introducido para evitar la inseguridad jurídica de la indeterminación y el trato desigual respecto a los semiimputables, aunque el Tribunal Constitucional ha entendido que la indeterminación no lesiona el principio de legalidad (STC 24/1993, de 21 de enero). Pese a todo, concluido el internamiento acordado en el proceso penal, nada impide que el sujeto sea nuevamente internado en aplicación de una decisión judicial emitida en el oportuno procedimiento civil (véase Disposición adicional primera del Código penal) que se rige por los arts. 199 y ss. Cc y que deberá ser revisada cada seis meses.

Así las cosas, parece que el problema viene planteado por la consideración *penal* del internamiento aplicable a los enfermos mentales; el enfermo mental peligroso que no ha delinquido puede ser internado indefinidamente por un juez civil, con las correspondientes revisiones de su situación. Si el internamiento del enfermo mental que delinque se basa en su peligrosidad criminal y no en el delito, posiblemente resultaría más realista excluirlo del internamiento penal y remitirlo al acordado civilmente, evitando el fraude de etiquetas.

#### ***D) LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA: CESE, SUSTITUCIÓN Y SUSPENSIÓN***

La ejecución de la medida de seguridad se encuentra presidida por la individualización y adecuación a la evolución del sujeto sometido a ella, teniendo en cuenta que su fundamento es la peligrosidad y que el internamiento es el último recurso, sólo para casos necesarios.



A tal efecto, el Código penal permite distintos cambios de situación *durante la ejecución*, que se recogen en el art. 97.

Las decisiones sobre la situación durante la ejecución de la medida que el art. 97 permite al juez sentenciador a propuesta del Juez de Vigilancia son: a) el mantenimiento de la medida; b) el cese de toda medida si desaparece la peligrosidad; c) la sustitución de la medida por otra más adecuada; y d) suspender la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido, sometiéndola a condiciones de manera paralela a la suspensión de la ejecución de la pena. Cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia está obligado a revisar al menos anualmente la situación del sometido a medida (art. 97 en relación al art. 98,1).

En la sustitución de una medida por otra durante la ejecución el art. 97,c) Cp obliga a que la medida sustitutiva se seleccione «entre las previstas para el supuesto de que se trate», lo que debe interpretarse de acuerdo con los presupuestos exigibles para la medida de internamiento que han quedado explicados: sólo si el delito cometido tiene prevista pena privativa de libertad, tiene «prevista» también cualquiera de las medidas del art. 96,2. Esta advertencia parte de que en el art. 97 no se impide sustituir una medida por otra más restrictiva; sin embargo, parece que se piensa en la sustitución por medidas más benignas cuando se establece que, ante una evolución desfavorable, se dejará sin efecto la sustitución (último inciso del art. 97,c).

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo en el art. 105 Cp la posibilidad de imponer medidas no privativas de libertad en el mismo momento de imponer una de internamiento, o bien durante la ejecución de éste. Ello ha sido interpretado como un refuerzo de la efectividad del internamiento (GRACIA MARTÍN, en *Lecciones de Consecuencias Jurídicas*, p. 412; URRUELA MORA, 2009, p. 87), aunque, lógicamente, no pueden cumplirse mientras el sujeto está privado de libertad. Si se imponen en la sentencia se basan en el pronóstico de peligrosidad deducido del delito cometido, aunque pueden ser modificadas durante la ejecución de la misma. Si se imponen durante la ejecución del internamiento, responden a las posibilidades de sustituirlo por otras medidas que permite el art. 97 Cp.

### *E) LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA*

La LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal introdujo entre las medidas de seguridad no privativas de libertad la de libertad vigilada (art. 96,3,3ª Cp), consistente en el sometimiento del condenado a control judicial a través de la obligación de cumplir alguna o algunas de las medidas indicadas en el art. 106,1 Cp, que con anterioridad a dicha reforma constituían medidas independientes: localización

permanente mediante aparatos electrónicos, presentación periódica, comunicación de cambio de residencia, prohibiciones de acercamiento a la víctima, sometimiento a programas formativos o de tratamiento médico externo, etc.

El control judicial al que se somete al sujeto se ejerce por el juez o tribunal sentenciador, a partir de los informes elaborados por los órganos competentes, que se indicarán a continuación.

La medida de libertad vigilada está prevista para dos grupos de casos que conllevan regímenes distintos.

a) Como las restantes no privativas de libertad, es aplicable a supuestos de inimputabilidad o semiimputabilidad según el régimen general propio de las de esta naturaleza, ya expuesto. El art. 105,1 Cp permite imponerla también de forma acumulada a una medida de internamiento, por un tiempo no superior a cinco años, lo que remite a las consideraciones formuladas en el apartado anterior sobre la acumulación de internamiento y medidas no privativas de libertad. En estos casos, las decisiones del juez o tribunal sentenciador sobre la ejecución de la medida se basan en los informes de las Administraciones encargadas de su seguimiento, según lo dispuesto en el art. 98,2 y 3 Cp.

b) Como medida de seguridad añadida a penas privativas de libertad, en los delitos expresamente indicados en el Código (contra la libertad e indemnidad sexual, art. 192,1 Cp, y terrorismo, art. 579,3 Cp), el art. 106,2 *obliga* al juez o tribunal sentenciador a imponer la medida de libertad vigilada por un tiempo de hasta diez años (art. 105,2 Cp). En estos casos, la libertad vigilada debe cumplirse *después* del cumplimiento de la pena de prisión, pero debe ser impuesta ya en la sentencia condenatoria, porque el Código penal español sólo admite medidas de seguridad post-delictuales y, por tanto, la ahora comentada debe basarse en la peligrosidad que expresa el delito cometido y enjuiciado. Si esta clase de libertad vigilada se impusiera después de cumplirse la pena de prisión, se trataría, en realidad, de una medida pre-delictual basada exclusivamente en el pronóstico de nuevos delitos. Sin embargo, al poder recaer sobre delitos con penas muy largas, el pronóstico de peligrosidad formulado en la sentencia condenatoria no puede mantenerse durante tanto tiempo y debe ser revisado al concluir la pena de prisión, momento en que el juez o tribunal sentenciador, a partir del informe del Juez de Vigilancia Penitenciaria, decidirá sobre el mantenimiento, suspensión o sustitución de la medida y, en caso de mantenerla, concretará las obligaciones que debe cumplir el condenado (art. 106,2, en relación a los arts. 97 y 98 Cp). Durante su ejecución, es también el Juez de

Vigilancia quien informa al órgano judicial sentenciador y formula las propuestas correspondientes (art. 98,1 Cp).

La libertad vigilada como medida de seguridad post-penitenciaria se introdujo como consecuencia de la alarma mediática generada por la excarcelación de algunos delincuentes sexuales y terroristas, tras el cumplimiento de sus penas de prisión. Las principales críticas recibidas por esta reforma se basan en que —obedeciendo a casos aislados y minoritarios— establece una prolongación general de la privación de derechos después de haberse cumplido penas muy graves cuyos efectos prácticos pueden alcanzar a los de una cadena perpetua, con la consiguiente afectación al principio de proporcionalidad. Por el contrario, deberían mejorarse los instrumentos de tratamiento penitenciario y otros destinados a la reinserción, para disminuir el riesgo de reincidencia, así como los dedicados a la asistencia social post-penitenciaria. Asimismo, aunque el discurso legitimador de esta reforma se basaba en los casos de delincuencia grave y de gran peligrosidad, el art. 192,1 Cp ha terminado por prever la libertad vigilada para todos los delitos contra la libertad sexual sancionados con pena de prisión.

Por otra parte, el Código penal no dice nada sobre aquellos reclusos que hayan disfrutado de libertad condicional durante el cumplimiento de su condena. El art. 90,2 Cp permite imponer las medidas de seguridad del art. 96,3 Cp (entre ellas, la libertad vigilada) durante el último período de la condena, cumplido en libertad condicional; para ello, además, el recluso habrá alcanzado previamente el tercer grado penitenciario (régimen abierto, art. 90,1,a Cp), en el que ya se habrá comprobado su capacidad para vivir en libertad. En tales supuestos, prolongar la libertad vigilada durante un período de hasta diez años más no puede basarse en el pronóstico de peligrosidad que exige el art. 6,1 Cp para todas las medidas de seguridad y debería renunciarse a ella en el momento de extinguirse la pena.

### **3. MEDIDAS APLICABLES A MENORES**

La LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM —sometida a múltiples reformas que se citarán—) establece la reacción penal aplicable a sujetos mayores de catorce años y menores de dieciocho que han cometido delitos o faltas previstos en el Código penal, pero que quedan fuera del ámbito del Derecho penal de los adultos.

Sin embargo, pese a que hasta los dieciocho años no se es responsable penalmente con arreglo al Código penal, el menor de esa edad que comete un ilícito penal no es equiparable a un inimputable. Lo que fundamenta la aplicación del Derecho penal de menores o del de adultos no es el momento cronológico en el que teóricamente se adquiere la capacidad de discernimiento —lo que resulta discutible biológica y psicológicamente—, sino una decisión político-criminal por la que se considera que los menores de esa edad deben recibir una respuesta penal

diferente y fundamentalmente educativa, sin entrar en contacto con las instituciones represivas propias de los adultos. Por esta razón el menor es responsable penal para la LORPM —y se le aplican sus consecuencias—, pero no lo es con arreglo al Código penal hasta la mayoría de edad (art. 19 Cp; véase *supra* capítulo XXIII.3).

Esta consideración del menor delincuente como sujeto responsable se destina, además, a superar las viejas concepciones tutelares que, con el pretexto de la protección y la irresponsabilidad del menor, le privaban de todas las garantías propias del concepto de responsabilidad penal (determinación legal de los ilícitos y sus consecuencias, garantías procesales y derecho de defensa, etc.). Esta ausencia de garantías ya había sido declarada inconstitucional (STC 36/1991) y se había paliado parcialmente con la LO 4/1992, de 5 de junio, derogada por la LORPM.

El Derecho penal de menores es, por tanto, un Derecho penal especial por razón de los sujetos a quienes se aplica. La Exposición de motivos de la LORPM afirma que el procedimiento y las medidas aplicables a los menores infractores son de naturaleza «formalmente penal pero materialmente sancionadora educativa» y con ello se apunta a que, por un lado, las medidas aplicables están sometidas al principio de legalidad, se fundamentan en la responsabilidad, atienden a la gravedad del hecho y son determinadas temporalmente, y, por otro, a que en su aplicación predomina el interés del menor por encima de la pretensión punitiva, lo que permite que tanto la elección de la medida como su ejecución sean mucho menos rígidas que en el caso de las penas aplicables a los adultos.

Todo ello obliga a encontrar un difícil equilibrio entre los principios propios de la responsabilidad penal, que imponen taxatividad, y la orientación individualizadora y educacional de las medidas, que aconseja flexibilidad. El contenido fundamental de la LORPM se resume en los siguientes apartados.

La LORPM ha sido objeto de numerosas reformas (la primera de ellas, incluso, antes de su entrada en vigor), por las siguientes Leyes Orgánicas: 7/2000, de 22 de diciembre, 9/2000, de 22 de diciembre, 9/2002, de 10 de diciembre, 15/2003, de 25 de noviembre y 8/2006, de 4 de diciembre. Progresivamente se han ido debilitando los principios fundamentalmente educativos que originariamente la inspiraron, en beneficio de una mayor presencia del interés punitivo, defendido, sobre todo, en campañas mediáticas producidas después de algunos delitos graves cometidos por menores. La Exposición de Motivos de la —por ahora—, última reforma en el año 2006, reconoce abiertamente que esta delincuencia grave no aumenta, pero justifica la reforma aludiendo al «fuerte impacto social» producido por dichos delitos graves. Entre otras reformas a las

que se aludirá en los siguientes apartados, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, ha suprimido la posibilidad de aplicar el Derecho penal de menores, en casos especiales, a jóvenes de 18 a 21 años (después de que la LO 9/2002, de 10 de diciembre, la suspendiera durante un año). Por otra parte, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo la acción penal privada (art. 25 LORPM), que en el texto originario no se había incluido precisamente porque supone el ejercicio de pretensiones punitivas por parte de particulares que difícilmente pueden perseguir el interés del menor como interés preponderante.

## A) ÁMBITO DE APLICACIÓN

La LORPM se aplica a los sujetos de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años (art. 1).

Los menores de catorce años que cometan ilícitos penales no son acreedores de ningún tipo de responsabilidad, por entenderse que sólo procede una intervención educativa y asistencial. Serán remitidos a las entidades de protección de menores y les serán de aplicación las disposiciones del Código civil en esta materia (art. 3 LORPM). Todas las edades mencionadas en la ley se entienden referidas a la que tuviera el menor en el momento de comisión de los hechos.

En caso de que el menor alcance la mayoría de edad durante la aplicación de la medida, en principio, seguirá cumpliéndola hasta alcanzar los objetivos propuestos (art. 14,1 LORPM). En la primera versión de la Ley el traslado a una prisión de adultos sólo era posible al alcanzar los veintitrés años de edad, pero la LO 8/2006, de 4 de diciembre, ha endurecido el régimen de las medidas de internamiento en estos casos en el siguiente sentido: si el menor alcanza los dieciocho años, el Juez de Menores *puede* decidir su traslado a un centro penitenciario de adultos, y si alcanza los veintiuno, *debe* trasladarlo a uno de dichos centros (art. 14,2 y 3 LORPM), lo que puede suponer una frustración de los resultados educativos alcanzados hasta entonces (LANDROVE DÍAZ, 2007).

## B) PRINCIPIOS GENERALES CONTENIDOS EN LA LORPM

Desde el punto de vista material pueden destacarse los siguientes:

1. *Principio de responsabilidad.* Tratándose de una Ley de responsabilidad *penal* del menor, sólo se aplica cuando éste ha cometido hechos descritos como delito o falta en el Código penal o las leyes penales especiales (art. 1). El paralelismo con la responsabilidad penal de los adultos se demuestra en el hecho de que resultan aplicables al menor todas las causas de exención de responsabilidad criminal previstas en

el art. 20 Cp (art. 5 LORPM). El presupuesto para la aplicación de la medida (la responsabilidad del menor) se rige por los mismos criterios que en el caso de los adultos y, por tanto, la expresión «hechos descritos como delito o falta» en el Código penal debe entenderse integrada con todas las normas que en dicho Código fundamentan la atribución de responsabilidad, es decir, también aquéllas que, por ejemplo, exigen la presencia de dolo o imprudencia o definen la comisión por omisión, etc.

2. *Principio de proporcionalidad.* La Exposición de Motivos de la primera versión de la LORPM afirmaba que no se pretendían las finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad, pero su articulado buscaba un equilibrio entre la responsabilidad del menor y la flexibilidad de la intervención educativa, introduciendo algunos criterios de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la dureza de la medida (por ejemplo, mayor duración del internamiento —entonces, hasta cinco años— en casos de violencia o intimidación). Las sucesivas reformas han ampliado el criterio de la proporcionalidad, agravando las medidas e imponiendo algunas de ellas en función de la gravedad de los delitos. Este criterio se antepone a la flexibilidad originaria en la elección de la medida más adecuada al interés preponderante del menor y, por tanto, hace prevalecer el interés punitivo.

Tras la última versión debida a la LO 8/2006, de 4 de diciembre, la duración de las medidas de internamiento depende de los niveles de gravedad del delito cometido, pudiendo llegar hasta los ocho años en jóvenes mayores de dieciséis años (ya introducido por la LO 7/2000, de 22 de diciembre) condenados por delitos de homicidio, asesinato, agresión sexual o terrorismo (vid. arts. 9 y 10 LORPM).

3. *Principio del preponderante interés del menor.* Es el que más claramente diferencia el Derecho penal de los menores respecto del de los adultos y significa que la finalidad de promover el desarrollo del menor preside todas las decisiones que le afectan, predominando especialmente sobre la realización de la pretensión punitiva que, en cambio, resulta preponderante en el Derecho penal de los adultos. Resumidamente, puede decirse que aunque el menor es tratado como responsable penal, la finalidad sancionadora es secundaria respecto al interés por favorecer su evolución personal.

Este principio es el que, como se ha visto, ha resultado más perjudicado en las sucesivas reformas. Sin embargo, sigue proclamándose en la Ley e inspira instituciones como las siguientes: cabe sobreseer el expediente y desistir del proceso acudiendo a la conciliación o a la reparación entre el menor y la víctima, lo que se configura como una actuación educativa que puede incluir

realización de prestaciones en beneficio de los perjudicados o la comunidad (art. 19 LORPM), o bien, cabe desistir de la incoación del expediente en casos menos graves si ya se ha logrado la corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORPM).

### *C) LAS MEDIDAS Y LOS ÓRGANOS DE APLICACIÓN*

Pese a su denominación legal, las medidas aplicables al menor que delinque no tienen la misma naturaleza que las medidas de seguridad contenidas en el Código penal, aplicables a inimputables que presentan peligrosidad criminal. Como se ha dicho, el menor es tratado como sujeto responsable y, por tanto, el presupuesto de la medida no es la peligrosidad sino la responsabilidad.

De todas formas, téngase en cuenta que cuando en el menor concurre una causa de inimputabilidad del art. 20,1º, 2º y 3º Cp, se le aplicarán medidas de contenido terapéutico recogidas en el art. 7,1,d) y e) (art. 5,2 LORPM). En este caso el menor no es responsable y pueden ser concebidas como medidas de seguridad, aunque la ley las regula junto a las restantes y no menciona el pronóstico de peligrosidad que se exige en el caso de los adultos. Sin embargo, el propósito garantista de la ley obliga a exigir que dicho pronóstico sea también un requisito de estas medidas concretas, como ocurre en el Código penal.

El fundamento en la responsabilidad, así como la relativa proporcionalidad respecto del hecho aproximan las medidas que ahora tratamos a las penas; si se entiende que basta con compartir el fundamento para compartir también la naturaleza, debería concluirse que las medidas aplicables al menor son, realmente, penas; sin embargo, el contenido educativo y, nuevamente, el predominio del *interés del menor* sobre la finalidad punitiva determinan diferencias que superan lo puramente formal y que impiden compartir dicha conclusión.

Estas diferencias se reflejan, fundamentalmente, en la forma de individualización y aplicación de las medidas que el juez debe elegir entre las contenidas en el art. 7 de la Ley, sin que ésta indique cuál corresponde a cada delito como ocurre con las penas. Esa elección se hará de «modo flexible» atendiendo especialmente a las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (art. 7,3). Es obligatorio el informe de un equipo técnico sobre las características del menor y la oportunidad de una u otra medida (art. 27) y ésta puede ser dejada sin efecto, reducida o sustituida en cualquier momento siempre que resulte beneficioso para el menor (art. 13).

Las medidas aplicables y su contenido se recogen en el art. 7 LOR-PM:

- a) Internamiento en régimen cerrado.
- b) Internamiento en régimen semiabierto.
- c) Internamiento en régimen abierto.
- d) Internamiento terapéutico.
- e) Tratamiento ambulatorio.
- f) Asistencia a centro de día.
- g) Permanencia de fin de semana.
- h) Libertad vigilada.
- i) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con otras personas que determine el juez.
- j) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
- k) Prestaciones en beneficio de la comunidad.
- l) Realización de tareas socioeducativas.
- m) Amonestación.
- n) Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas de caza o de armas.
- ñ) Inhabilitación absoluta.

Por último, las medidas son aplicadas por el Juez de Menores tras un proceso en el que rige el derecho de defensa y las sentencias son recurribles ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia. En el ámbito administrativo la ejecución de las medidas es competencia de las Comunidades Autónomas, aunque se encuentra sometida al control judicial del Juez de Menores que haya dictado la sentencia (arts. 44 y 45 LORPM).

**Bibliografía:** ALARCÓN FRASQUET, Algunas consecuencias no deseadas del principio de legalidad respecto a las medidas de seguridad privativas de libertad, EDJ 2007; ALMELA VICH, El tratamiento penal del delincuente toxicómano, La Ley 1997; ALONSO RIMO, Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido: a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad, EPC 2009; ANCEL, Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado, ADP 1956; BARBERO SANTOS, Las medidas de seguridad en el Proyecto de Código Penal, en La Reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J., Posibilidad de aplicar la medida de seguridad de internamiento en un centro terapéutico como forma de sustitución de la pena por dicha medida al penado con atenuante de responsabilidad criminal, 21,2, la analógica 21,6. Criterios jurisprudenciales, RGDP 2004; BERISTAIN IPIÑA, Medidas penales en Derecho contemporáneo, Madrid 1974; BIGERIEGO



GONZÁLEZ-CAMINO, El sistema de medidas de seguridad, La Ley 1996; CÁCERES GARCÍA, Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: del fraude a la crueldad innecesaria, EDJ 2007; CARBONELL MATEU/ GÓMEZ COLOMER/ MENGUAL LULL, Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales, Madrid 1987; CEREZO MIR, Medidas de seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; CÓRDOBA RODA, La enajenación y sus consecuencias jurídicas, en Jornadas sobre Psiquiatría forense, Madrid 1990; CUÉLLAR OTÓN, ¿Es posible la reeducación en libertad en los casos de violencia intrafamiliar con condena a pena privativa de libertad?: El programa formativo de reeducación para personas condenadas por delitos relacionados con la violencia doméstica de la Audiencia Provincial de Alicante, La Ley Penal 2009; CHOCLÁN MONTALVO, Las medidas de seguridad y corrección en el nuevo Código penal, PJ 1996; DE LAMO RUBIO, Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código, Barcelona 1997; DE SOLA DUEÑAS, Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código penal, RDPC 1996; ENCINAR DEL POZO, Las medidas de seguridad posdelictuales: nuevas orientaciones. Análisis especial de la «custodia de seguridad», EDJ 2007; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ejecución de las medidas de seguridad, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; FERREIRÓS MARCOS, La indicación de peligro para terceros como causa de imposición de tratamiento ambulatorio en salud mental y dependencias. La intervención del juzgado de vigilancia penitenciaria, EDJ 2007; GARCÍA ARÁN, Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, Pamplona 1997; GIMÉNEZ GARCÍA, Los internamientos psiquiátricos en el orden penal. Medidas de seguridad acordadas en sentencia, AP 1993; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Algunas cuestiones sobre la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico, EDJ 2007; GONZÁLEZ RUS, Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de pena y medida de seguridad, AP 1999; HIGUERA GUIMERÁ, Penados con deficiencias psíquicas en establecimientos «no psiquiátricos» penitenciarios, en Homenaje a Serrano, Madrid 2006; JORGE BARREIRO, Agustín, Las medidas de seguridad en el Derecho español, Madrid 1976; EL MISMO, Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español, JD 1996; EL MISMO, Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el Cp de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; LANDROVE DÍAZ, La reforma de las medidas de seguridad, La Ley 2004; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, El internamiento de los enajenados, PJ 1986; MAZA MARTÍN, Medidas de seguridad: incidencia de las últimas reformas, en Las penas y sus alternativas, CDJ 2005; MENA ÁLVAREZ, Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; MIR PUIG, La imputabilidad en Derecho penal, en Curso de Psiquiatría Forense del Centro de Estudios Judiciales, Madrid 1990; MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad ¿requiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?, La Ley 1991; MUÑOZ CONDE, Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español, EPC 1981/1982 (también en Derecho penal y control social, Jerez 1985); EL MISMO, Las medidas de seguridad: eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Cons-

titucional, La Ley 1991; EL MISMO, Una nueva imagen del Derecho penal español, recensión a Quintero Olivares (dir.), Comentarios al nuevo Código penal, RDPC 1998; NAVARRO/ SEGOVIA BERNABÉ, Reflexiones y propuestas en torno a las medidas de seguridad, EDJ 2007; OLESA MUÑIDO, Las medidas de seguridad, RJCcat. 1980; ORTS BERENQUER, La medida de internamiento para determinadas eximentes incompletas, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; PÉREZ GÁLVEZ, La intervención penal desde el punto de vista de los servicios de atención al drogodependiente, EDJ 2007; PRIETO RODRÍGUEZ, Delitos sexuales y castración química: anteproyecto de reforma del Código penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales, La Ley Penal 2010; PUJOL ROVINAT/ PUIG BAUSILI, Concepto de peligrosidad criminal: evolución histórica del concepto, CPC 2008; QUINTERO OLIVARES, Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980; ROMEO CASABONA, Peligrosidad y Derecho penal preventivo, Barcelona 1986; SÁNCHEZ LÁZARO, Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad, RP 2006; SANZ MORÁN, Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; EL MISMO, De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso, en Homenaje a Serrano, Madrid 2006; SIERRA LÓPEZ, Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal, Valencia 1997; EL MISMO, Los nuevos planteamientos en la imposición y aplicación de las medidas de seguridad, AP 1997; EL MISMO, Las consecuencias jurídico-penales en materia de drogodependencias, en Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente, Martos Núñez (dir.), Sevilla 1997; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona 1997; SUANZES PÉREZ, La ejecución de penas privativas de libertad de adultos y de las medidas privativas de libertad de los menores: la refundición de condenas (art. 193.2º RP); la acumulación jurídica y los límites de cumplimiento de las penas privativas de libertad de adultos. Acumulaciones y límites de cumplimiento de las medidas privativas de libertad de los menores, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; TERRADILLOS BASOCO, Peligrosidad social y Estado de Derecho, Madrid 1981; EL MISMO, Tratamiento jurídico-penal de la enajenación, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; URRUELA MORA, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica, Granada 2009; VARIOS, La imputabilidad en general en el Derecho penal, CDJ 1992; VARIOS, Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General), EDJ 1996; VARIOS, Las penas y medidas de seguridad, CDJ 2007; VIVES ANTÓN, Constitución y medidas de seguridad, PJ 1986; ZUGALDÍA ESPINAR, La aplicación de medidas de seguridad a drogodependientes en los casos no previstos expresamente por la ley. (Atenuante de grave adicción a las drogas y atenuante analógica de drogadicción), AJA 1997; EL MISMO, Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena, RDPC 2009.

Sobre Derecho penal de menores: ABEL SOUTO, Internamientos penales de menores en la LO 5/2000 y su reglamento de 30 de junio de 2004, ADP 2004;

AGUIRRE ZAMORANO, Medidas aplicables en la legislación de menores, en Menores privados de libertad, CDJ 1996; ALONSO DE ESCAMILLA, La minoría de edad penal, La Ley Penal 2005; ALTAVA LAVALL, Estudios sobre la responsabilidad penal del menor, Barcelona 2006; BERISTAIN IPIÑA, Delincuencia de tráfico y delincuencia juvenil, RGLJ 1965; EL MISMO, Delincuencia juvenil y sociedad, en Estudios de Deusto, Bilbao 1968; BUSTOS RAMÍREZ, Imputabilidad y edad penal, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; CAMPO BELTRÁN, El tratamiento penal del menor de edad, RDPe 2003; CANTARERO BANDRÉS, Delincuencia juvenil y sociedad en transformación, Madrid 1989; CARMONA SALGADO, Algunas consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000, La nueva Ley 8/2006, La Ley Penal 2008; CERVELLÓ DONDERIS, La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor, Valencia 2009; COQUILLAT VICENTE, Ley de responsabilidad penal de los menores, Valencia 2005; CRUZ MÁRQUEZ, La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil, Madrid 2007; EL MISMO, El régimen penal del joven adulto-mayor de dieciocho y menor de veintiuno, CPC 2008; CUELLO CONTRERAS/ MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable, La Ley 1997; CUERDA ARNAU, Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del menor, RP 2008; CHOCLÁN MONTALVO, Hacia un Derecho penal juvenil en España. A propósito del Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, BIMJ 1996; DE LA CUESTA ARZAMENDI, El abandono del sistema tutelar: evolución del derecho español en materia de protección y de tratamiento de los menores delincuentes y en peligro, Anales Internacionales de Criminología 1999; DE LA ROSA CORTINA, Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre medidas imponibles y sus reglas de determinación, La Ley Penal 2007; DEL CARPIO DELGADO/ GARCÍA ÁLVAREZ, El menor y el Derecho penal, en Los derechos del niño: estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del niño, Madrid 2002; DEL ROSAL BLASCO, Joven delincuente y Derecho penal, CPC 1994; DE URBANO CASTRILLO, La subjurisdicción de menores: principios informadores y especialidades en materia de recursos, La Ley Penal 2007; DE URBANO CASTRILLO/ DE LA ROSA CORTINA, La responsabilidad penal de los menores, Navarra 2007; DÍAZ MAROTO VILLAREJO/ FEJOO SÁNCHEZ/ POZUELO PÉREZ, Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Madrid 2008; DOLZ LAGO, Algunos aspectos de la legislación penal de menores, La Ley 1998; EL MISMO, Comentarios a la Legislación Penal de Menores. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006, Valencia 2007; EL MISMO, Breve comentario sobre la discutida vigencia del anterior art. 4 de la Ley penal del Menor, La Ley Penal 2007; EL MISMO, ¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?, La Ley Penal 2007; FALCÓN CARO, Intervención penal y menor de edad, CPC 2008; FERNÁNDEZ ALBOR/ CASTILLO CASTILLO/ SAINZ CANTERO/ BARBERO SANTOS/ RODRÍGUEZ DEVESEA, Delincuencia juvenil, Santiago de Compostela 1973; FERNÁNDEZ MOLINA, Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores, Valencia 2008; FERNÁNDEZ MOLINA/ RECHEA ALBEROLA, El proceso de democratización y reforma de la Justicia de menores entre 1978 y 1991, RDPC 2007; FERRÉ OLIVÉ, Otro experimento legislativo en materia de Derecho penal de menores, La Ley Orgánica 8/2006, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; GARCÍA PÉ-

REZ, Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: Un análisis crítico, RDPC 1999; EL MISMO, El delincuente menor de edad enfermo mental en la ley de responsabilidad penal del menor, en *Enfermo mental y proceso penal*. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006; GARCÍA RIVAS, Aspectos críticos de la legislación penal del menor, RP 2005; GIMÉNEZ SALINAS, *Delincuencia juvenil y control social*, Barcelona 1981; EL MISMO, La mayoría de edad penal en la reforma, en *Homenaje a Del Rosal*, Madrid 1993; GISBERT JORDA, La entrada en vigor de la elevación de la mayoría de edad penal. Una nueva interpretación, La Ley 1996; GÓMEZ RIVERO, La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000, RP 2002; EL MISMO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor*. (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006), Madrid 2007; GONZÁLEZ TASCÓN, Aproximación a los diferentes modelos de intervención con los menores infractores desde una perspectiva de Derecho comparado, CPC 2008; EL MISMO, ¿Está vigente el artículo 69 de la 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal?, AJA 2009; LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, Valencia 2001; EL MISMO, *Introducción al Derecho penal de menores*, Valencia 2003; EL MISMO, La acusación particular en el proceso penal del menor, en *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, Madrid 2005; EL MISMO, Réquiem por la Ley penal del menor, *Diario La Ley* 2006; EL MISMO, *Introducción al Derecho Penal de Menores*, Valencia 2007; LÓPEZ RIOCEREZO, La delincuencia juvenil, Madrid 1956-1960; MARTÍN CRUZ, *Minoría de edad penal*, CPC 1997 (también en RGD 1997); EL MISMO, Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad, Granada 2004; MARTÍN LÓPEZ (coord.), *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Cuenca 2000; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, La minoría de edad penal, CPC 1983; MESTRE DELGADO, ¿Qué hacemos con los menores infractores?, La Ley Penal 2007; MONTERO HERNANZ, *La justicia penal juvenil en España: legislación y jurisprudencia constitucional*, Alicante 2007; EL MISMO, *La justicia juvenil en España*, Madrid 2009; EL MISMO, *Justicia penal juvenil frente a Derecho penitenciario*, AJA 2009; EL MISMO, El marco normativo de la justicia penal juvenil en España: legislación, jurisprudencia y otros instrumentos de relevancia jurídica, La Ley Penal 2009; EL MISMO, La asistencia a centro de día en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores, RGDP 2009; MORILLAS CUEVA/ NAQUIRA RIVEROS, *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Madrid 2010; MUERZA ESPARZA, *Reforma de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores*, AJA 2006; NAKAHIRA, *La Ley Japonesa de Menores*, RP 2002; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, Barcelona 2007; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico penal de los menores infractores —LO 8/2006— (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Valencia 2007; ROVIRA TORRES, *La responsabilidad penal de los menores*, Barcelona 2007; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Granada 1998; SÁNCHEZ LÁZARO, *Respuestas jurídico-penales a la criminalidad de los menores*, RP 2007; SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España: estudio criminológico*, Madrid 1970; SOLA RECHE, *Derecho penal y psicología del menor*, Granada 2007; SUANZES PÉREZ, *La ejecución de penas privativas de libertad de adultos y de las medidas privativas de libertad de los menores: la refundición de condenas (art. 193,2º RP); la acumulación jurídica y los límites de cumplimiento de*

las penas privativas de libertad de adultos. Acumulaciones y límites de cumplimiento de las medidas privativas de libertad de los menores, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal 2003; TAMARIT SUMALLA, El nuevo Derecho penal de menores ¿creación de un sistema penal menor?, RP 2001; VAELLO ESQUERDO, La edad en la Parte General del Proyecto de Código Penal de 1980, CPC 1981; VALLÉS, La protección del menor, Valencia 2009; VARIOS, Menores privados de libertad, CDJ 1996; VARIOS, Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas, Martín López (coord.), Cuenca 2000; VARIOS, Revista Penal (RP), número 5, enero de 2000, con informes sobre el Derecho penal de menores en varios países; VARIOS, Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores, Valencia 2000; VARIOS, Justicia penal de menores y jóvenes, González Cussac/ Tamarit Sumalla/ Gómez Colomer (coord.), Valencia 2002; VARIOS, Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial, Valencia 2004; VARIOS, Derecho penal juvenil, Madrid 2007; VARIOS, La responsabilidad penal de los menores (adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre), Pamplona 2007; VARIOS, Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?, Barcelona 2008; VARIOS, La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores, Valencia 2008; VARIOS, El derecho penal de menores a debate, Madrid 2010; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Derecho penal juvenil, Madrid 2008.

## CAPÍTULO XXXV

### La responsabilidad civil derivada de delito y las consecuencias accesorias a la pena

1. Concepto y naturaleza de la responsabilidad civil
2. Extensión de la responsabilidad civil derivada de delito
3. Personas civilmente responsables
  - A) Responsabilidad civil en caso de determinadas eximentes
  - B) Responsables civiles principales y subsidiarios
4. La reparación del delito, ¿una pena alternativa?
5. Las consecuencias accesorias
6. Excurso: la cancelación de antecedentes delictivos

#### 1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

De la comisión de un hecho delictivo no se deriva sólo la responsabilidad penal, estudiada hasta aquí, sino que también puede derivarse la denominada responsabilidad civil *ex delicto*. Como hemos visto, al responsable penal de un delito se le impone el cumplimiento de una pena proporcionada al mismo y destinada a fines colectivos y/o estatales, como son la finalidad preventivo-general y especial. En cambio, esa relación de carácter imperativo entre el Estado y el responsable penal no es la que caracteriza a la responsabilidad civil derivada del delito, aunque también se declare en la sentencia y sea exigible ejecutoriamente. En efecto, mientras que con la pena el responsable penal responde frente al Estado y la colectividad, con la responsabilidad civil se pretende, a grandes rasgos, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados por el mismo.

En algún momento histórico la naturaleza (civil, penal o mixta) de la responsabilidad civil *ex delicto* ha sido un tema controvertido, pero lo cierto es que el único punto en común que tiene con la responsabilidad penal es, precisamente, la comisión de un hecho descrito en la ley penal; en otras palabras, la responsabilidad civil —como su propio nombre indica— incluye una serie de obligaciones *de carácter civil* que nada o muy poco tienen que ver con el contenido de la responsabilidad penal. Para apoyarlo basta señalar principios como los siguientes:

a) En la responsabilidad civil no rige el principio de personalidad propio de la pena. Mientras que la responsabilidad penal se extingue por la muerte del reo (art. 130,1,1° Cp), a falta de declaración expresa, debe entenderse que la responsabilidad civil derivada de delito se extingue como las obligaciones civiles (como establecía el Código penal anterior; véanse arts. 1156 y ss. Cc) y, por tanto, que la obligación de compensar a la víctima se trasmite a los herederos del responsable. Asimismo, como veremos, el responsable civil y el penal no siempre coinciden.

b) La responsabilidad civil derivada de delito no se establece de manera proporcional a la gravedad del delito — como ocurre con la pena — sino a partir de los *efectos* producidos por el mismo (básicamente, los daños y los perjuicios). De esta forma, un delito de muy escasa gravedad o incluso una falta que conlleva una pena leve (por ej., una imprudencia leve del art. 621,2 que cause la muerte de una persona) puede originar el pago de cuantiosas responsabilidades civiles en función de los perjuicios ocasionados.

c) Mientras que la acción penal para perseguir el delito no se extingue por renuncia del ofendido (excepto en los delitos que exigen su querrela; art. 106 LECrim), la acción civil es plenamente renunciabile por quien tenga derecho a ejercerla.

Art. 108 LECrim: «...si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables».

En suma, la responsabilidad civil es transmisible a terceros, no proporcionada con el delito y disponible por el perjudicado, características suficientes como para afirmar su naturaleza civil.

La distinta naturaleza de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto* no significa que el ilícito penal y el ilícito civil sean *esencialmente* distintos; es más, en muchos casos la frontera entre uno y otro es prácticamente imperceptible, como por ejemplo entre el fraude o engaño que configura el tipo penal de estafa (art. 248 Cp) y el dolo que determina la nulidad de un contrato (art. 1269 Cc). En general, el que un hecho sea regulado como ilícito penal o civil depende del interés político-criminal del Estado y de cómo se aplique el principio de *ultima ratio*. Así, en 1989 se despenalizaron los daños imprudentes provocados por imprudencia simple porque, de hecho, constituyen supuestos de culpa extra-contractual solucionables civilmente. Lo que ocurre es que, cometido un ilícito penal — un delito o una falta — nacen o pueden nacer tanto responsabilidad penal como responsabilidad de naturaleza civil.

Ello viene corroborado por la redacción del art. 109 Cp: la obligación de reparar los daños y perjuicios nace con la ejecución de un hecho

típico penalmente, de manera objetiva y con independencia de si existe o no responsable penal. La naturaleza civil de esta clase de responsabilidad, además, queda confirmada por el art. 1092 Cc, pese a que remita su desarrollo al Código penal:

Art. 1092 Cc: «Las obligaciones *civiles* que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal».

Además de este precepto, deben tenerse en cuenta los arts. 100 y 107 a 117 LECrim.

Efectivamente, esta regulación de obligaciones civiles en el Código penal ha podido contribuir a enturbiar doctrinalmente su naturaleza, pero lo cierto es que tiene una explicación histórica clara: el Código civil fue el último en promulgarse dentro del proceso codificador español (1889), tras el Código penal, el de comercio y las Leyes de Enjuiciamiento, de modo que al promulgarse los primeros Códigos penales debieron incluir la responsabilidad civil derivada de delito, por inexistencia de Código civil que la regulara. Al promulgarse éste, se remitió al Código penal en esta materia.

Por otra parte, el sistema español de exigencia de la responsabilidad civil por delito presenta una peculiaridad importante en materia procesal, respecto a otros sistemas jurídicos próximos. La acción penal y la acción civil se ejercen conjuntamente en el mismo proceso penal en el que se enjuicia el delito y son resueltas por el mismo juez o tribunal, en la misma sentencia (art. 742 LECrim).

Esta unidad en el ejercicio de las acciones penales y civiles supone enormes ventajas para los perjudicados por el delito, ya que en los sistemas donde se ejercen y resuelven separadamente, concluido el proceso penal, el perjudicado debe incoar un nuevo proceso civil para obtener la declaración de esta naturaleza y el resarcimiento. Es cierto que, en nuestro sistema, se ha producido en ocasiones una torcida utilización del proceso penal con la única finalidad real de obtener el resarcimiento civil, pero ello no elimina las enormes ventajas de economía procesal que se obtienen.

En todo caso, el art. 109,2 Cp faculta al perjudicado para exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil, pero teniendo en cuenta que se dice que podrá «optar» por hacerlo y optar significa elegir entre varias alternativas, con ello renunciará al ejercicio de la acción de responsabilidad civil en el proceso penal por el delito o falta.

El principio general en esta materia es el de que la responsabilidad civil sigue a la responsabilidad penal y depende de ella:



Art. 116,1 Cp: «Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios».

Sin embargo, esta correspondencia entre responsabilidad criminal y civil es sólo aparente, como se confirma inmediatamente por varias excepciones que destacan la independencia de ambas clases de responsabilidad: a) se dan casos en que *hay responsabilidad penal, pero no la hay civil*, como por ejemplo, en delitos no consumados que no llegan a causar perjuicio, en delitos de peligro, que tampoco lo producen y en la mayoría de los delitos contra el Estado; b) a la inversa, *hay casos en que no existe responsabilidad penal, pero se exige responsabilidad civil*, como los que veremos en relación a determinadas eximentes (art. 118 Cp); y, por último, c) el Código penal regula supuestos de *responsabilidad civil subsidiaria*, en los que, existiendo un responsable penal, la responsabilidad civil recae sobre persona distinta (art. 120 Cp).

Como última precisión de carácter general, téngase en cuenta que el concepto de perjudicado no siempre coincide con el de víctima del delito, ni siquiera con el de sujeto pasivo del mismo. Si el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por el delito, el perjudicado es todo aquél a quien se extienden sus efectos y está legitimado para ejercer la acción civil correspondiente; esta distinción es apreciable, por ejemplo, en el art. 113 Cp donde se precisa que la indemnización de perjuicios no sólo comprende los causados «al agraviado», sino también «a sus familiares o a tercero».

A continuación veremos cuál es, en el Código penal español, la extensión de la responsabilidad civil y quiénes son las personas responsables. Téngase presente, además, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*infra*, capítulo XXXVI) llevará consigo la responsabilidad civil de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos (art. 116,3 Cp).

## **2. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO**

Con arreglo al art. 110 del Código penal, la responsabilidad civil derivada del delito o falta comprende: 1) la restitución; 2) la reparación del daño; y 3) la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La *restitución* es el concepto más claro, aunque no es aplicable a todos los delitos, puesto que se refiere a la devolución del «mismo bien» siempre que

sea posible, «con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen» (art. 111,1 Cp).

La restitución no puede hacerse cuando un tercero haya adquirido el bien de forma legal de manera que sea irreivindicable (véase art. 111,2 Cp). Ésta es una de las muchas materias en la que debe acudirse a los conceptos del Código civil para integrar los utilizados por el Código penal (véanse entre otros, arts. 464 y 1940 y ss. Cc).

La *reparación del daño* puede consistir en obligaciones de hacer o no hacer que establecerá el juez o tribunal atendiendo a las condiciones del «culpable» y determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa (art. 112). Obsérvese que se menciona al «culpable» y no al responsable civil, lo que resulta una poco tranquilizadora confusión entre la responsabilidad penal y civil, sobre todo si se establece que el juez puede obligar al culpable a que las cumpla por él mismo y no a su costa; con ello se proporciona un cierto contenido punitivo a la responsabilidad civil, antes que restaurador de la situación anterior. La crítica a planteamientos de este tenor se aborda en el último apartado de este capítulo.

La *indemnización de perjuicios* incluye los materiales y los morales (art. 113 Cp). Al incluirse los perjuicios materiales puede producirse una cierta confusión con la reparación del «daño», por lo que sigue siendo útil acudir a la distinción entre *daño emergente* —equiparable al daño—, como el que resulta efectiva y materialmente en el objeto del delito, y *lucro cesante*, como equivalente al perjuicio (beneficios que dejan de obtenerse como consecuencia del delito, etc.).

Incluyendo, pues, los daños y los perjuicios en una categoría general acogedora de los efectos perjudiciales producidos por el delito, uno de los mayores problemas radica en la valoración de esos «perjuicios morales» cuya indemnización se reconoce. Y ello porque no sólo se incluyen aquí los perjuicios morales evaluables económicamente (por ej., la lesión del honor que repercute en la profesión o en los beneficios económicos de la víctima), sino también los que no presentan una repercusión económica y son, por ello, de difícil evaluación.

También resulta relevante para establecer la extensión de la responsabilidad civil, la denominada *compensación de culpas* (art. 114 Cp), por la que se puede moderar la reparación o indemnización si la víctima hubiere contribuido a la producción del daño o el perjuicio. Éste es un principio que la jurisprudencia ha utilizado tradicionalmente en materia de tráfico automovilístico, no sólo para establecer las cuantías indemni-

zatorias sino también para rebajar la gravedad de la imprudencia (SSTS 25.10.1988, 18.12.1986), lo que podría alcanzarse también aplicando los criterios propios de la imputación objetiva del resultado si la víctima ha contribuido al incremento del riesgo.

### 3. PERSONAS CIVILMENTE RESPONSABLES

Como ya se ha dicho, en principio el responsable penal es también el responsable civil (art. 116,1 Cp) y, en caso de concurrencia de varios responsables penales (autores y cómplices), se fijarán las cuotas que corresponden a cada uno de ellos. Los distintos intervinientes en el delito o falta responden solidariamente entre sí por sus respectivas cuotas y subsidiariamente respecto de las correspondientes a los demás, sin perjuicio del derecho a repetir contra ellos (art. 116,2 Cp).

También son responsables civiles directos los aseguradores respecto de las responsabilidades pecuniarias derivadas de hechos típicos, hasta la cuantía asegurada y en los términos del art. 117 Cp.

Sin embargo, existen supuestos en los que no coincide la responsabilidad penal con la civil derivada del hecho delictivo; al respecto, debe distinguirse entre: a) supuestos en los que no existe responsabilidad penal; y b) supuestos de responsable civil distinto y subsidiario del responsable penal.

#### A) RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASO DE DETERMINADAS EXIMENTES

El art. 118 Cp contiene las siguientes reglas destinadas a cubrir la responsabilidad civil en casos de inimputabilidad, estado de necesidad, miedo insuperable y error, que suponen la exención de responsabilidad penal:

*Primera:* En los casos de realización del hecho típico por quien padece alteración mental o alteración de la percepción (eximentes 1º y 3º del art. 20), exentos de responsabilidad penal, son responsables civiles quienes los tuvieren bajo su potestad o guarda *siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia*. Se trata de supuestos de la denominada «culpa in vigilando» atribuible a quien es responsable del inimputable, pero que debe ser demostrada y no puede presumirse. Esta responsabilidad civil de quien tiene la guarda del sujeto inimputable es compatible con la que pueda tener por sus propios hechos si son calificables

autónomamente como hechos delictivos (normalmente, imprudentes. Último inciso del art. 118,1,1<sup>a</sup>).

*Segunda:* Son responsables civiles directos el ebrio y el intoxicado declarados exentos de responsabilidad penal con arreglo al art. 20,2º Cp (art. 118,1,2<sup>a</sup>). Aquí no hay desplazamiento de la responsabilidad civil a otras personas, puesto que no suele existir en estos casos una situación de incapacidad que permita atribuir culpa o negligencia a sujetos encargados de la guarda o tutela.

*Tercera:* En caso de estado de necesidad (art. 20,5º Cp), responden civilmente aquéllos en cuyo favor de haya evitado el mal, proporcionalmente al perjuicio que les hubiere evitado (art. 118,1,3<sup>a</sup>).

*Cuarta:* En caso de miedo insuperable del art. 20,6º, responde civilmente el que hubiere causado el miedo y, subsidiariamente, quien hubiere ejecutado el hecho (el atemorizado; cfr. art. 118,1,4<sup>a</sup>).

*Quinta:* En supuestos de error (art. 14 Cp), la posible exención de responsabilidad penal no elimina la responsabilidad civil de quienes, padeciéndolo, hayan ejecutado el hecho (art. 118,2).

Como puede verse, la mayoría de supuestos son casos de *ausencia de culpabilidad*, pero que dejan subsistente un hecho antijurídico (los inimputables y el miedo insuperable), con lo cual, el principio general es que sólo las causas de justificación eliminan tanto la responsabilidad penal como la civil o, en otras palabras, para que haya responsabilidad civil debe haber un hecho antijurídico penalmente. Así, si el hecho está justificado (por ej., en la legítima defensa o el cumplimiento de un deber), no se genera tampoco responsabilidad civil, del mismo modo que ésta subsiste si lo que concurre es una causa de exculpación.

Junto a estos casos, se encuentran el estado de necesidad y el error, en los que pueden incluirse supuestos de inexistencia de injusto, casos de justificación y de exculpación (error de tipo o de prohibición, estado de necesidad justificante o exculpante). Respecto al estado de necesidad, la mayoría de la doctrina entiende que la regla sobre responsabilidad civil no obliga a entender que subsista en todo caso un ilícito penal, sino que tiende a evitar el *enriquecimiento injusto* de quien se beneficia de la resolución favorable de la situación de necesidad.

En cuanto al error, aquellos casos en los que la inexistencia de dolo supone la ausencia de injusto (error invencible de tipo) son los únicos en que subsiste la responsabilidad civil pese a no existir ilícito penal, lo que puede explicarse a partir del carácter predominantemente objetivo de la responsabilidad civil *ex delicto*, que permite mantenerla cuando sólo está ausente el componente subjetivo de la ilicitud penal.

La observación anterior sólo resulta obligada si se parte de una sistemática del delito que considere el dolo como elemento integrante del tipo de injusto. Por otro lado, en los supuestos tradicionalmente considerados como fuerza irresistible y obediencia debida (eximentes que desaparecen en el Código penal), quien ejerce la fuerza y quien da la orden pueden ser responsables penales — y civiles directos— si su comportamiento es calificable como *autoría mediata* (art. 28 Cp).

## B) RESPONSABLES CIVILES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIOS

Los arts. 120 y 121 Cp establecen algunos supuestos de responsabilidad civil subsidiaria que recae sobre determinadas personas *en defecto del responsable penal*, es decir, existe un responsable penal que es el principal responsable civil, pero si no hace efectiva su responsabilidad, ésta recaerá sobre quien aparece como responsable subsidiario.

En el art. 120 Cp se recogen hasta cinco situaciones de responsabilidad civil subsidiaria, algunas de las cuales sólo podían incluirse en la anterior regulación (arts. 21 y 22 del anterior Código penal) forzando considerablemente sus términos e incurriendo en aplicación cuasi analógica de la ley. Tal es el caso del art. 120,1º Cp, acogedor de la responsabilidad civil subsidiaria de padres y tutores por hechos cometidos por mayores de dieciocho años sometidos a patria potestad o tutela, que había generado una considerable jurisprudencia en torno a la comisión de infracciones por hijos que utilizan el vehículo de los padres. En este supuesto, la responsabilidad civil subsidiaria del padre o tutor sólo tiene lugar si por su parte ha habido culpa o negligencia, esto es, lo que se conoce como *culpa in vigilando*.

Tampoco es automática la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 120,3º para los titulares de establecimientos en que se haya cometido un hecho punible *como consecuencia* directa de la infracción de reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad por parte de dichos titulares o sus dependientes. La doctrina establecida en torno al art. 22 del anterior Código penal, antecesor de este art. 120,3º, solía fundamentar esta responsabilidad subsidiaria en la infracción del deber de diligencia, en la llamada *culpa in eligendo* (al elegir a los dependientes) y en la *culpa in vigilando* (al supervisar su actuación), pese a que, como en el nuevo texto, sólo se exigía infracción objetiva de determinadas disposiciones no penales. Por tanto, cabe seguir entendiendo dicha infracción como expresiva de una actuación negligente, con lo que se evita un excesivo objetivismo de la responsabilidad civil

en estos casos, sobre todo porque lo que se contempla aquí son hechos punibles cometidos *en* el establecimiento y no por personas que en él trabajan, que se recoge en el art. 120,4º. En todo caso, la relación entre la infracción y el hecho punible cometido que se exige ahora es mucho más estrecha, puesto que deberá establecerse que, sin dicha infracción, el hecho no se hubiera cometido.

Si en los supuestos anteriores es exigible la comprobación de un cierto grado de negligencia en el responsable civil subsidiario, en los restantes dicha responsabilidad está establecida en términos mucho más objetivos: junto a las infracciones cometidas mediante los medios de comunicación (art. 120,2º) y mediante vehículos utilizados por dependientes de sus titulares (art. 120,5º), el art. 120,4º recoge el supuesto de empresas, industrias o comercios que son responsables civiles subsidiarios en el caso de hechos punibles cometidos por sus empleados, etc. «en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Con una redacción similar, en la que tampoco se exigía expresamente la infracción de un deber general de diligencia por el responsable civil subsidiario, el art. 22 del anterior Código penal había propiciado una clara tendencia jurisprudencial a la objetivización de dicha responsabilidad, de manera que ésta se declaraba aunque no existiera o no se demostrara la negligencia del empleador o de quien dirigiera la actividad en cuestión.

En suma, la lógica que preside la exigencia de culpa en el responsable civil subsidiario o bien la atribución objetiva de dicha responsabilidad parece girar en torno al principio *cuius commoda, eius incommoda* (quien se beneficia de un servicio, debe soportar los perjuicios): así, en los supuestos de personas naturales o jurídicas respecto de los hechos punibles de sus empleados, se establece una responsabilidad civil objetiva por la mera disposición de la fuente de riesgo, lo que no ocurre en los casos de patria potestad o tutela y de hechos punibles cometidos en el espacio físico del establecimiento por personas ajenas al mismo.

El art. 121 Cp contiene la regulación expresa de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los empleados públicos que resulten sus responsables penales, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. El hecho de que aquí se utilicen indistintamente los términos «daño» y «lesión» permite concluir que no se refieren a calificaciones penales estrictas (de delitos de daños o de lesiones), sino que son interpretables como perjuicio material en sentido amplio, puesto que de ello se trata cuando se regula la responsabilidad civil *ex-delicto*.

El texto recoge sólo la responsabilidad civil subsidiaria por *delitos dolosos o imprudentes*, con exclusión de las faltas. Esta exclusión resulta criticable en el plano de los principios, puesto que el carácter objetivante de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado debería alcanzar, como en el anterior Código, a todo tipo de infracción penal, tal como sucede con los sujetos privados. Podría decirse que con ello se tiende a evitar el forzamiento de la responsabilidad penal para calificar el hecho como falta con la única finalidad de establecer la responsabilidad civil. No obstante, ello debería evitarse estableciendo mecanismos ágiles de indemnización estatal de los perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos que hicieran innecesario el forzamiento de la vía penal.

Los supuestos en que no sea posible obtener el resarcimiento en un proceso penal deberán reconducirse a la exigencia de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, conforme a las normas de procedimiento administrativo (art. 121, primer párrafo). En el caso de los agentes de policía, lo anterior debe ser completado con lo dispuesto en la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

#### **4. LA REPARACIÓN DEL DELITO, ¿UNA PENA ALTERNATIVA?**

Una de las cuestiones que ha estado presente en el debate político-criminal de los últimos tiempos es la de atribuir un papel importante en el sistema punitivo a la reparación a la víctima del delito. Ésta es una orientación que ya había sido adoptada por el positivismo criminológico en su intento de superación del Derecho penal «clásico» y como medida ejemplificadora en casos de sujetos no necesitados de rehabilitación.

Actualmente, tal propuesta parte de lo que se considera una necesidad de «volver la mirada» hacia la víctima, convirtiéndola también en objeto de atención para el Derecho penal; a dicho argumento se une, en ocasiones, la invocación del Derecho penal como *ultima ratio*, lo que aconsejaría sustituir las penas tradicionales por una intervención menos agresiva cual es la reparación a la víctima. Asimismo, se dice, la reparación a la víctima ejerce un beneficioso efecto preventivo-especial sobre el autor del delito, que de esta forma entiende mejor el alcance de su comportamiento. El debate ha llegado a adquirir una considerable

resonancia en Alemania, donde se ha elaborado un Proyecto Alternativo sobre la reparación (1992).

Pese a haber sido defendida por autores de merecido prestigio, como ROXIN (1992), la propuesta está plagada de inconvenientes y conduce a una peligrosa confusión entre los contenidos de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto* que, como se ha visto, difieren considerablemente en su contenido y alcance.

La reparación a la víctima del delito como *pena* aplicable al mismo (sea principal o alternativa) se asienta en un punto de partida que, como mínimo, es dudoso: el de que el Derecho penal deba destinarse a «resolver el problema» de la víctima.

No entramos aquí en otras posibilidades, como es la de establecer la reparación como condición para suspender la pena privativa de libertad, que, con matizaciones, se contiene en el art. 81,3<sup>a</sup> Cp y que resultaría abiertamente criticable si condicionara totalmente la decisión judicial a las posibilidades económicas de resarcimiento.

El Derecho penal está presidido por fines preventivos y de regulación social y no por una finalidad compensatoria de los males infligidos a las víctimas. Ello no impide, desde luego, que las penas deban ser proporcionadas a la gravedad de los hechos ni que para valorarla se atienda al grado de afección de la víctima, como se hace, por ejemplo, en los delitos contra el patrimonio (véanse arts. 235,4<sup>o</sup> y 250,1,4<sup>o</sup> Cp). En otras palabras, la pena no se aplica *para* reparar el daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar ante los ciudadanos la vigencia del Derecho penal como protector de bienes jurídicos y, en definitiva, para constatar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia, como únicas vías para lograr la realización de los fines preventivos.

La responsabilidad penal es responsabilidad frente al Estado y no una forma de resolver conflictos entre sujetos privados (el autor y la víctima); cuestión distinta es que de la responsabilidad penal se deriven *obligaciones civiles* (la responsabilidad civil) y que el Estado deba establecer mecanismos para hacerlas efectivas, línea en la que puede formularse como *desideratum* que el propio Estado se constituya en responsable civil subsidiario en casos de insolvencia o imposibilidad de resarcimiento (véase RD 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo). Pero la necesaria tutela del Estado sobre la efectividad de las obligaciones civiles no puede llevar a confundirlas con la responsabilidad penal.



Pretender superar el carácter público de la relación jurídico-penal y su independencia respecto a la relación jurídico-privada no constituye un paso hacia delante sino un retroceso hacia etapas históricas superadas por el Derecho penal moderno y puede propiciar la mercantilización de la responsabilidad penal, favoreciendo a quienes disponen de medios económicos. Como todas las sanciones económicas, la «pena-reparación» sería, esencialmente, una pena desigual.

El argumento más importante en favor de la separación de los ámbitos de la responsabilidad penal y civil radica en los distintos criterios que rigen en su ponderación y a los que antes se ha aludido: mientras la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, la responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o el perjuicio ocasionado por el mismo, que puede ser inferior o superior a la gravedad del delito. Pueden compararse ejemplos como los siguientes: el terrorista que coloca un explosivo en un establecimiento provocando la rotura de sus cristales y la imprudencia de tráfico que provoca una tetraplejía en la víctima; evidentemente, la reacción penal no podría atender sólo a la reparación del daño porque sería abiertamente desproporcionada: o bien se impone una pena excesiva en una conducta leve o bien se impone una pena ridícula en una conducta grave. Ante ejemplos como el presente se dirá que la reparación debe acompañarse de otra pena en los casos graves, para distinguir entre la gravedad de la conducta y la del daño: pues bien, eso es, ni más ni menos, lo que se hace distinguiendo netamente entre la responsabilidad penal y la civil.

La LORPM prevé la posibilidad de sobreseer el expediente y desistir del proceso cuando se ha producido la reparación a la víctima del delito.

## **5. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS**

Los arts. 127 a 129 Cp recogen bajo la rúbrica «De las consecuencias accesorias» una serie de instituciones de difícil clasificación entre las tradicionales consecuencias jurídicas del delito, puesto que no pueden ser consideradas como medidas reparadoras de los daños y perjuicios, ni como penas, ni como medidas de seguridad.

No son penas porque no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor; tampoco pueden considerarse medidas de seguridad porque no se asientan en un juicio sobre la peligrosidad personal del responsable.

Por todo ello, el Código penal ha optado por agruparlas bajo esta categoría, con la que se indica que son consecuencias (del delito), acce-

sorias a la pena que se imponga a su responsable. Pueden recaer sobre determinados bienes o sobre actividades relacionadas con la comisión del delito y, en general —salvo alguna matización—, se orientan a evitar que continúe la actividad delictiva. Debe distinguirse entre el comiso (arts. 127 y 128 Cp) y las restantes consecuencias accesorias que están reguladas en el art. 129 Cp. Estas últimas se aplican a grupos y organizaciones sin personalidad jurídica y, por su relación con las penas aplicables a personas jurídicas, se estudian *infra*, en el capítulo XXXVI.6.

El comiso se reguló hasta el Código penal de 1995 como *pena pecuniaria*, aunque tal naturaleza resultaba controvertida. Consiste en privar al responsable de los «efectos» provenientes del delito, los «bienes» utilizados en su comisión y las «ganancias» obtenidas. Si el comiso de los bienes no fuera posible, se decomisa su «valor equivalente» (art. 127,1 y 3). El comiso de los efectos y ganancias del delito pretende evitar el enriquecimiento injusto del responsable, fundamento tradicional del comiso (STS 4 de junio de 2007), pero el de los bienes o instrumentos utilizados en el delito se orienta más propiamente a contrarrestar la peligrosidad objetiva de dichos bienes para evitar la repetición del delito (Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, 2005). El comiso se acuerda aunque los objetos hayan sufrido transformaciones, a no ser que pertenezcan a terceros de buena fe que los hayan adquirido legalmente.

La regulación reciente del comiso, en aplicación de normas europeas previstas para determinados delitos como el blanqueo de dinero (Decisión Marco del Consejo de la UE de 26 de junio de 2001), se ha ampliado considerablemente al incluir el comiso del «valor equivalente» a los bienes utilizados para delinquir, cuando éstos no puedan decomisarse (LO 15/2003 de reforma del Cp), lo que se aparta del fundamento del comiso en estos casos porque ya no recae sobre objetos potencialmente peligrosos, sino sobre una cantidad dineraria o unos bienes equivalentes a su valor. Ello lo aproxima a una pena pecuniaria, recuperándose parte de la naturaleza de pena que se había pretendido superar.

En todo caso, el art. 128 Cp concede arbitrio judicial para renunciar al comiso si los objetos son de lícito comercio y su privación puede resultar desproporcionada.

La LO 5/2010, de 22 de junio, amplió nuevamente el comiso introduciendo el segundo párrafo del art. 127,1, relativo a delitos cometidos por organizaciones criminales o terroristas, en el que se presume que provienen de delitos todos los bienes de valor desproporcionado respecto de los ingresos legales de los condenados. También se añade el comiso en delitos imprudentes (que tengan señalada pena privativa de libertad superior a un año), que había sido eliminado

en el Código penal de 1995, básicamente, porque resulta difícil imaginar que un delito imprudente produzca el enriquecimiento de su autor y también porque, al no existir intención de delinquir, la pena impuesta puede ya ejercer el suficiente efecto admonitorio para evitar futuros delitos imprudentes.

## 6. EXCURSO: LA CANCELACIÓN DE ANTECEDENTES DELICTIVOS

Los denominados antecedentes penales, existentes por la inscripción de las condenas en el Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia, no constituyen propiamente una consecuencia del delito pero pueden llegar a suponer un considerable gravamen para el condenado, ya que el carecer de antecedentes penales es un requisito que se exige para ingresar en la Administración, desempeñar determinados trabajos, etc.

Para mitigar el exceso de estos efectos, el Código penal regula como un *derecho* la cancelación de los antecedentes delictivos, que podrá llevarse a cabo de oficio o a instancia de parte si se cumplen los requisitos del art. 136: tener satisfechas las responsabilidades civiles salvo en casos de insolvencia y haber transcurrido determinados plazos sin delinquir. El plazo se cuenta desde el día siguiente a aquél en que hubiere quedado extinguida la pena; y en caso de suspensión de la ejecución de la pena (que aquí se denomina «remisión condicional»), a partir del día siguiente al de su otorgamiento.

Si transcurren los plazos de cancelación sin que ésta se produzca, el Código penal trata a los antecedentes como si estuvieran cancelados en aquellos casos en que su existencia perjudica al reo; así, en la agravante de reincidencia (art. 22,8ª) o en la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 81,1ª).

En aplicación del art. 136,4 Cp, las inscripciones no son públicas y sólo se librarán certificaciones a los jueces o tribunales o bien en los casos previstos por la ley (véase Ley 68/1980, de 1 de diciembre, sobre Expedición de Certificados e Informes de Conducta Ciudadana).

Pese a la reducción de efectos que se ha producido en materia de antecedentes delictivos, no se ha dado el paso —reclamado por algunos sectores doctrinales— de eliminar esta institución por sus efectos estigmatizadores del condenado, limitándola a los meros efectos judiciales que, de todas formas, serían prácticamente inexistentes si se renunciara también a los efectos de la reincidencia, circunstancia en torno a la cual gira la principal virtualidad de los antecedentes.

**Bibliografía:** AGUADO CORREA, La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal, REPC 2003; ALBERT PÉREZ, Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad, Granada 2007; ASENSIO MELLADO, La responsabilidad civil derivada del delito en el Código penal, en Homenaje a González-Cuéllar, Madrid 2006; ATIENZA NAVARRO, La responsabilidad civil, EDJ 2008; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Responsabilidad civil del Estado: en especial, actuación de las fuerzas de seguridad del Estado, en Responsabilidad civil «ex delicto», CDJ 2004; BOIX REIG, La responsabilidad civil derivada de delito por lesiones del derecho al honor, EPC 1982/1983; BONE PINA, La indemnización de perjuicios materiales y morales. Comentario al artículo 113 del nuevo Código penal, AP 1997; BUSTO LAGO, La indemnización debida por los daños causados en estado de necesidad, Revista de Derecho Privado 1997; CABALLERO GEA, Las responsabilidades penal y civil dimanantes del accidente de circulación, Pamplona 1984; CAVANILLAS MÚGICA, Responsabilidad por hechos ajenos, en Responsabilidad civil «ex delicto», CDJ 2004; CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, La responsabilidad civil subsidiaria del Estado: especial referencia a los delitos cometidos por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo), AP 1997; CEREZO DOMÍNGUEZ, Análisis jurídico penal de la figura del comiso, Granada 2005; COLÁS TURÉGANO/ VILARDELL MIR, Aspectos sustantivos y procesales del régimen de responsabilidad civil en la LO 5/2000 (modificada por LO 8/2006, de 4 de diciembre), reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, EPC 2007; CORTÉS BECHIARELLI, Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre), en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; CUÉLLAR OTÓN, La experiencia en mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante, La Ley Penal 2009; DE ÁNGEL YÁGUEZ, La responsabilidad civil, Bilbao 1988; DE LAMO RUBIO, Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código penal de 1995, RGD 1997; DE VICENTE MARTÍNEZ, El comiso del vehículo a motor y los delitos cometidos en el contexto de la circulación vial, AJA 2010; ESQUINAS VALVERDE, Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género, Valencia 2008; GALAIN PALERMO, Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces, RP 2009; GALAIN PALERMO/ ROMERO SÁNCHEZ, Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; GARCÍA LARAÑA, La responsabilidad civil ex delicto en el Anteproyecto de Código Penal de 1992, La Ley 1992; GARCÍA VICENTE, La responsabilidad civil en el nuevo Código penal, AP 1996; GIL ESTELLES, La responsabilidad civil derivada de la pena en la doctrina y en la legislación, Valencia 1949; GONZÁLEZ CUSSAC, Decomiso y embargo de bienes, BIMJ 2006; GONZÁLEZ RUS, El artículo 444 y el régimen general de la responsabilidad derivada de delito, ADP 1979; GORDILLO SANTANA, La Justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid 2007; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal y a la Criminología, Valencia 1989; HIRSCH, La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación, CPC 1990; IZQUIERDO MARTÍN, Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil, en Responsabilidad civil «ex delicto», CDJ 2004; LAMARCA PÉREZ, Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal, La Ley Penal 2007;

LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Valencia 1990; LEGANÉS GÓMEZ, *La reparación penitenciaria del delito*, *La Ley Penal* 2008; LÓPEZ LÓPEZ, *Sobre la responsabilidad civil ex delicto y responsable civil subsidiario*, *La Ley* 1997; MADLENER, *La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal*, en *Homenaje a Rodríguez Devesa II*, Madrid 1989; MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso*, *REP* 1977; EL MISMO, *El comiso*, en *Comentarios a la legislación penal V*, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, *El comiso*, en *Comentarios a la legislación penal XIV*, Madrid 1992; EL MISMO, *Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros*, *AP* 1997; EL MISMO, *La responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos en el artículo 121 del nuevo Código penal*, *AP* 1998; MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, *Efectos de la responsabilidad civil «ex delicto»: indemnización de los daños materiales corporales y morales*, en *Responsabilidad civil «ex delicto»*, *CDJ* 2004; OCAÑA RODRÍGUEZ, *Una propuesta de regulación del comiso*, *RDPP* 2005; PÉREZ CEPEDA, *Las víctimas ante el Derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación*, en *Homenaje a Barbero*, Cuenca 2001; PÉREZ GINÉS, *La mediación penal en el ámbito de la violencia de género: o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento*, *La Ley Penal* 2010; PIPAÓN PULIDO, *Responsabilidad civil de los padres por los delitos y faltas cometidos por los hijos*, *AJA* 2008; QUERALT, *Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación*, *ADP* 1996; QUINTERO OLIVARES, *La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena*, en *Homenaje a Fernández-Albor*, Santiago de Compostela 1989; EL MISMO, *La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea*, en *Responsabilidad civil «ex delicto»*, *CDJ* 2004; REYES MONTE-RREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Madrid 1955; RIOS MARTÍN, *La mediación instrumento de diálogo para la reducción de la violencia penal y penitenciaria*, *La Ley Penal* 2007; EL MISMO, *La mediación penal y penitenciaria*, Madrid 2008; ROIG TORRES, *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Valencia 2010; ROXIN, *La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones*, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid 1992; RUIZ ANTÓN, *Pena de comiso*, *Comentarios a la legislación penal II*, Madrid 1983; RUIZ VADILLO, *Responsabilidad civil*, en *Comentarios a la legislación penal V*, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil procedente de delito. Especial referencia a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *AP* 1987; SÁEZ VALCÁRCEL, *La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*, *BIMJ* 2008; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La responsabilidad civil derivada del delito*, en *Comentarios a la legislación penal XVI*, Madrid 1994; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid 1981; EL MISMO, *La responsabilidad civil «ex delicto»*, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro* 1997; SERRANO BUTRAGUEÑO, *La responsabilidad civil derivada del delito*, en *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Madrid 1996; SILVA MELERO, *El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal*, *RGLJ* 1950; SOTO NIETO, *Declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes Públicos en el procedimiento penal*, *La Ley* 1996; EL MISMO, *Responsabilidad civil directa en el proceso penal de las compañías del seguro de responsabilidad civil. Seguro voluntario (artículo 117 del Código penal)*, *La Ley* 1996; EL MISMO, *El tema de la responsabilidad subsidiaria del Estado y*

Entes Públicos en supuestos de faltas, La Ley 1997; TAMARIT SUMALLA, La reparación de la víctima en el Derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales), Barcelona 1994 (traducción del texto original en catalán de Maldonado/ Villacampa); EL MISMO, La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española, RGDP 2007; VARIOS, La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño personal, CDJ 1994; VARIOS, La mediación penal y penitenciaria, Madrid 2008; VARONA MARTÍNEZ, La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica, Granada 1998; VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Presunción de inocencia, mediación y conformidad. Algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal de adultos, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; VIDALES RODRÍGUEZ, El comiso ampliado: consideraciones constitucionales, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; VIZUETA FERNÁNDEZ, El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas, RP 2007; EL MISMO, El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?, La Ley 2007; ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, La responsabilidad civil derivada de delito y tratamiento penitenciario: la progresión a tercer grado. Especial referencia a la delincuencia económica, CPC 2009; ZUBIRI DE SALINAS, Responsabilidades civiles en el Código Penal, JD 1996.

Sobre la cancelación de antecedentes penales: BAEZA AVALLONE, La rehabilitación, Madrid 1983; BUENO ARÚS, La cancelación de antecedentes penales, Madrid 2006; GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, La cancelación de antecedentes penales, RFDUC monográfico 6, 1983; GROSSO GALVÁN, Los antecedentes penales, Barcelona 1983; EL MISMO, Los antecedentes delictivos: su cancelación tras la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, DJ 1983; MUÑOZ CONDE, La cancelación de antecedentes penales de los condenados condicionalmente, BIMJ 1969.



# CAPÍTULO XXXVI

## La responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. Consideraciones generales: el nuevo Derecho penal de las personas jurídicas
2. Sujetos
3. La responsabilidad penal de la persona jurídica
4. Eximentes de la persona física y atenuantes de la persona jurídica
5. Las penas, su determinación y la responsabilidad civil
6. Consecuencias accesorias aplicables a colectivos sin personalidad jurídica

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES: EL NUEVO DERECHO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El Derecho penal español se había basado tradicionalmente en el principio de corte romano germánico según el cual las personas jurídicas no pueden delinquir (*societas delinquere non potest*). Dicha concepción parte de que las categorías penales aplicables a las personas físicas (capacidad de acción, capacidad de culpabilidad) entendidas como facultades psíquicas, no son trasladables a la persona jurídica, ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a efectos distintos de los penales. Sin embargo, la extensión de la actividad de las personas jurídicas, sobre todo en forma de sociedades mercantiles, y los abusos que pueden cometer especialmente en el ámbito económico condujeron hace ya tiempo a destacar la necesidad de que el Derecho penal pudiera reaccionar frente a los mismos, revisando las categorías dogmáticas para adecuarlas a la persona jurídica con el fin de evitar la impunidad que puede proporcionar el principio *societas delinquere non potest* (más detalles en 7ª edición, capítulo XII.5). Muchas de las legislaciones penales europeas han regulado ya la responsabilidad penal de la persona jurídica, siguiendo las orientaciones de los textos emanados de la Unión Europea y, concretamente, de varias Decisiones Marco (2005/667, 2005/222, 2004/757).

En España, el Código penal anterior y la primera versión del Código de 1995 introdujeron algunos instrumentos que, por un lado, solucionaron la actuación en nombre de una persona jurídica en los delitos especiales (art. 31 Cp. Vid. *supra*, capítulo XXVII.4) y, por otro, establecieron las denominadas «consecuencias accesorias» en el hoy modificado



art. 129 Cp, que podían imponerse a personas jurídicas junto a la pena aplicable a la persona física. Pese a su naturaleza controvertida, tales consecuencias accesorias constituyeron un embrión de sistema sancionador penal aplicable a la persona jurídica. Con todo, en dichas etapas el Código penal no declaraba expresamente la responsabilidad penal de la persona jurídica y ni siquiera establecía con claridad los presupuestos de la aplicación de las consecuencias accesorias que podían recaer sobre ella. Por estas razones, el principio *societas delinquere non potest* no podía darse por derogado.

La situación cambia radicalmente a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se introdujo el art. 31 bis Cp regulando la responsabilidad penal de la persona jurídica y las penas que le son aplicables (art. 33,7 Cp), con los contenidos que se expondrán en los apartados siguientes. En este punto conviene advertir que el nuevo Derecho penal construido para las personas jurídicas no puede utilizar los conceptos propios de la teoría del delito con el mismo contenido con que se utilizan para las personas físicas, precisamente porque si ha sido necesaria esta regulación, es porque se parte de que no les son plenamente aplicables. Pese a que tales categorías se revisen doctrinalmente, la forma en que se imputa la responsabilidad a la persona jurídica tiene características distintas a la de las personas físicas, lo que conduce a un Derecho penal de bases parcialmente diferentes. Ésta es la razón por la que abordamos el tema en un capítulo independiente al final de esta obra, que permita estudiar todos sus elementos conjuntamente y de forma separada respecto de la responsabilidad penal de la persona física.

## 2. SUJETOS

La responsabilidad penal regulada en el art. 31 bis Cp afecta sólo a entidades dotadas de personalidad jurídica reconocida por las vías dispuestas legalmente (art. 35 Cc, que se completa con las regulaciones específicas de cada tipo de sociedad: asociaciones, fundaciones, sociedades mercantiles, etc.). Las organizaciones, grupos o entidades que carezcan de dicha personalidad son objeto del art. 129 Cp, conforme al cual pueden recibir la imposición de consecuencias accesorias a la pena de la persona física que resulte responsable del delito (vid. *infra*, 6).

Por otra parte, el número 5 del art. 31 bis parte del principio general de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es aplicable al Estado ni a los organismos de Derecho público que allí se mencio-

nan y que incluyen tanto organismos que ejercen potestades públicas (Administraciones territoriales e institucionales, etc.), como otros que no las ejercen (partidos políticos y sindicatos, sociedades mercantiles estatales, etc.). Respecto del Estado y sus organismos ejercientes de potestades públicas, la exclusión de responsabilidad penal se basa, entre otras razones, en lo anómalo de que el Estado ejerza la potestad punitiva sobre sí mismo o sobre los organismos mediante los cuales ejerce otras potestades.

En cambio, ello no puede mantenerse en todo caso respecto de otras entidades también mencionadas en el art. 31 bis,5 que, pese a ser de régimen jurídico público como los partidos políticos o los sindicatos, no forman parte del aparato institucional estatal mediante el que se ejercen potestades públicas. Por esta razón, el art. 31 bis,5 concluye con un párrafo en el que, como excepción, se permite declarar la responsabilidad penal de entidades de Derecho público en aquellos casos en que hayan sido creadas con el propósito de eludir tal responsabilidad, propósito que, en cambio, no puede darse en los organismos integrados en el aparato institucional del Estado.

### 3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Según el apartado 1º del art. 31 bis Cp, la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede declararse en los supuestos previstos en el Código, esto es, en sistema de *numerus clausus* de los delitos en que así se declara expresamente.

Entre otros, las personas jurídicas pueden responder penalmente por los delitos de utilización de menores para la pornografía (art. 189 bis Cp), estafa (art. 251 bis), contra el mercado y los consumidores (art. 288), contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), delito urbanístico (art. 319), contra el medio ambiente (art. 327) o el tráfico de drogas (art. 369 bis). En cambio, no se ha previsto en los delitos contra los derechos de los trabajadores, lo que resulta extraño teniendo en cuenta su directa conexión con la actividad empresarial. El art. 318 Cp incluso reconoce que tales delitos pueden ser atribuidos a personas jurídicas, pero lo hace para imputar la responsabilidad a quienes sean sus administradores o encargados del servicio, sin que la reforma haya previsto penas para la persona jurídica en cuyo nombre actúan. Cabe atribuirlo a un olvido del legislador, puesto que se mantiene el anterior redactado del art. 318 Cp, por el que pueden imponerse las consecuencias accesorias del art. 129 Cp, pero éstas, tras la reforma, sólo son aplicables a entes sin personalidad jurídica (*infra*, apartado 6).

Para que la persona jurídica pueda ser declarada responsable penalmente deben darse los siguientes requisitos: en primer lugar, el delito debe haberse cometido por una persona física vinculada a la persona jurídica que se encuentre en una de estas dos situaciones: a) representante, administrador de hecho o de derecho o empleado con facultad para obligar a la persona jurídica, o bien, b) empleados sometidos a la autoridad de los anteriores, que hayan podido cometer el delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. En segundo lugar, el delito debe haberse cometido *en nombre o por cuenta* de la persona jurídica y, además, en *su provecho*, lo que constituye la base de la imputación y excluye a los delitos individuales desvinculados de la actividad de la persona jurídica o cometidos en beneficio propio o de terceros.

Por tanto, en el modelo español, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se basa exclusivamente en su actuación social como tal (denominada responsabilidad propia o, en ocasiones, directa) sino que es responsable por los delitos cometidos por personas físicas que actúan en su ámbito y para beneficiarla. Sin embargo, siempre que se dé tal comportamiento individual, la responsabilidad de la persona jurídica es independiente porque se mantiene incluso aunque las personas físicas no resulten condenadas (art. 31 bis,3); asimismo, la actuación de la persona jurídica se valora —como veremos— en el caso de la falta de control. Según las personas físicas autoras materiales del delito, se establece un sistema de *doble vía*, con contenidos distintos:

– En el caso de los representantes y otras personas mencionadas en primer lugar (a), la responsabilidad de la persona jurídica se basa en la capacidad que se ha otorgado a dichas personas para obligarla (responsabilidad *por representación*). Según el art. 31 bis,2 Cp, basta demostrar que se ha cometido el delito aunque no sea posible individualizar a la persona física en concreto o no pueda dirigirse el procedimiento contra ella.

– En el caso de los empleados sometidos a la autoridad de los anteriores (b), además de la comisión de delito se requiere que no se haya ejercido sobre ellos el debido control. Tal control es el que debería haber ejercido la persona jurídica y que puede equipararse a la *culpa in vigilando*. Suele identificarse con lo que se conoce como culpabilidad *por defecto de organización*, concepto elaborado doctrinalmente para fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica (TIEDEMANN, 1993), aunque para otro sector doctrinal el defecto de organización es, en realidad, un concepto que afecta al injusto (PÉREZ MANZANO, 1995; FEIJOO SÁNCHEZ, Madrid 2002; GUARDIOLA, 2004).

Por otra parte, dicha falta de control también puede atribuirse a personas físicas (art. 31 bis,3 Cp), de modo que cabe que quien no controla sea responsable por los delitos cometidos, si se dan todos los requisitos de la comisión por omisión (art. 11 Cp).

Gran parte del debate se centra en cómo adecuar las categorías tradicionales elaboradas para las personas físicas, a la distinta realidad de la persona jurídica. Especialmente el elemento de la culpabilidad como algo diferenciado de la antijuricidad plantea problemas porque se trata de un concepto construido para valorar las concretas circunstancias personales en las que la persona física ha cometido el hecho injusto, lo que se vincula con el principio de personalidad de las penas por el que sólo la persona a quien se imputa el hecho puede recibir la sanción penal. En cambio, en el Código penal español la persona jurídica responde por el hecho de otro (la persona física que actúa en su nombre o por su cuenta y en su beneficio), lo que fue criticado por el CGPJ en su Informe de 26.2.09. Además, la transformación, absorción o escisión de la persona jurídica —incluso si es encubierta— no extingue su responsabilidad penal «que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida» o a la que «resulte de la escisión» (art. 130,2 Cp). La transferencia de responsabilidad de una persona jurídica a otra jurídicamente «distinta» supone reconocer que el principio de personalidad de las penas, irrenunciable para las personas físicas, no es aplicable a las personas jurídicas. La renuncia al principio de personalidad de la pena plantea si, realmente, es exigible en la persona jurídica un concepto de culpabilidad propio y paralelo al manejado para la persona física, sobre el que existen varias propuestas doctrinales (entre otros, BACIGALUPO SAGGESE, 1998; GÓMEZ-JARA, 2005, 2006). En el caso de las personas jurídicas, la diferenciación entre injusto y culpabilidad no es tan nítida como en las personas físicas. En éstas, el concepto de culpabilidad se destina a valorar la concreta posición individual frente a las normas, en la que se incluyen las circunstancias de imputabilidad y exigibilidad. Pero a las personas jurídicas les es exigible una posición común e igual frente al ordenamiento jurídico, sin que parezca aplicable a los entes colectivos una concreta valoración de sus circunstancias «personales» e «individuales» que son atributo y exigencia de los seres humanos. Por ello, la elaboración de un concepto de culpabilidad propio de la persona jurídica parte de bases distintas y fundamentalmente preventivas (ZÚÑIGA, 2007, 2009).

#### **4. EXIMENTES DE LA PERSONA FÍSICA Y ATENUANTES DE LA PERSONA JURÍDICA**

La responsabilidad de la persona jurídica y la de las personas físicas no se excluyen entre sí. Por tanto, cabe que ambas sean responsables, con la particularidad de que si la pena impuesta a ambas es de multa, los Tribunales deberán modular las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos (art. 31 bis,2 Cp).

Por otra parte, las circunstancias «que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad» (e incluso el hecho de que haya fallecido o no esté a disposición de la justicia) no excluyen ni modifican la responsabilidad de la persona jurídica (art. 31 bis,3 Cp). Así, es posible que el acusado (persona física) sea absuelto por una eximente que anule su culpabilidad (por ejemplo, miedo insuperable), pero se mantenga la responsabilidad penal de la persona jurídica. El texto legal se refiere a las circunstancias que afecten a la *culpabilidad* lo que puede ser interpretado en el sentido de que si en el autor material concurre una eximente que justifique el hecho, lógicamente no debe deducirse responsabilidad penal para la persona jurídica.

El art. 31 bis Cp no prevé eximentes propias de la persona jurídica porque, como se ha dicho, el sistema español establece su responsabilidad a través de la de las personas físicas que actúan vinculadas a ella. Sin embargo, el apartado 4º del art. 31 bis Cp prevé como circunstancias atenuantes de la pena de la persona jurídica varios comportamientos realizados por sus representantes legales (confesión, colaboración en el proceso, reparación o disminución del daño y medidas preventivas de futuros delitos).

Al no partirse de una responsabilidad propia y plenamente autónoma de la persona jurídica, sus circunstancias atenuantes no reflejan una disminución de su culpabilidad y, por ello, las que se prevén son todas hechos posteriores al delito que pueden interpretarse como supuestos de menor necesidad preventiva de la pena. No se prevén agravantes generales para la persona jurídica, aunque en la determinación de la pena (art. 66 bis Cp) se indica la reincidencia como requisito para la imposición de algunas penas.

## **5. LAS PENAS, SU DETERMINACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Las penas aplicables a las personas jurídicas se encuentran enumeradas en el art. 33,7 Cp y todas tienen la consideración de graves. Además de la multa, se incluyen restricciones de la actividad de la persona jurídica por un tiempo determinado (suspensión, clausura de locales, prohibición de actividades, etc.), la disolución definitiva de la persona jurídica y su intervención judicial (con una minuciosa regulación de la actuación de los interventores que no debería ser materia del Código penal).

Para la determinación concreta de las penas, el art. 66 bis Cp se remite en general a las reglas que el art. 66,1 Cp establece para las per-

sonas físicas (excepto la regla 5ª, dedicada a la reincidencia) y enuncia reglas específicas para las penas de las personas jurídicas. La primera regla orienta la imposición y extensión de la pena tomando en cuenta la necesidad de prevenir futuros delitos, las consecuencias económicas y sociales de la pena (especialmente para los trabajadores) y el puesto ocupado por la persona física o el órgano que omitió el control. La segunda regla exige para imponer penas de determinada duración, que la persona jurídica sea reincidente o que haya sido instrumentalizada para cometer ilícitos penales.

El art. 66 bis Cp establece estas reglas especiales de determinación de la pena para todas las penas, excepto la de multa. Puesto que, en general, son reglas restrictivas, puede entenderse que se fijan para imponer las penas que se consideran de efectos más graves, mientras que la multa aparece como la pena de aplicación más general, a la mayoría de casos. Sin embargo, ya que la multa puede ser por cuotas (art. 33,7,a), nada impide valorar sus consecuencias económicas, especialmente para los trabajadores, como criterio de valoración de la situación económica de la persona jurídica, a los efectos del art. 50,5 Cp. Por último, el art. 53,5 Cp permite fraccionar el pago de la multa y acordar la intervención judicial de la persona jurídica en caso de impago.

La responsabilidad civil *ex delicto* debe ser satisfecha solidariamente por la persona física y la jurídica (art. 116,3 Cp).

## **6. CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A COLECTIVOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA**

El art. 129 Cp faculta a los jueces para imponer, motivadamente, las sanciones previstas en los apartados c) a g) del art. 33,7 Cp a las «empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas» que *no* tengan personalidad jurídica cuando en su seno, con su colaboración o a través o por medio de ellas se cometan los delitos expresamente indicados por el Código. Por tanto, coinciden en contenido con las penas previstas para las personas jurídicas, pero se denominan «consecuencias accesorias» porque se considera que los colectivos sin personalidad jurídica no pueden recibir la imposición de una pena.

Por carecer de personalidad jurídica, tales colectivos no entran en la regulación del art. 31 bis Cp. Entre ellos se incluyen, por ejemplo, las asociaciones ilícitas (vid. art. 520, 570 quáter Cp) pero también algunos casos en que por la forma de constitución, no se reconoce personalidad jurídica a la entidad, como las sociedades mercantiles irregulares (art.

16 Ley de Sociedades Anónimas). Las consecuencias que recaen sobre dichos colectivos son accesorias a la pena del autor del delito y se fundamentan en el carácter instrumental que el ente en cuestión haya tenido para la actuación delictiva individual.

El art. 129 bis Cp no menciona la finalidad de dichas consecuencias accesorias, al contrario que el texto anterior a la reforma en el que se indicaba su orientación a la prevención de futuros delitos. Es importante precisar tal finalidad porque la imposición de estas consecuencias accesorias es facultativa para los jueces y éstos deben motivar su decisión de imponerlas, argumentando sobre su necesidad en el caso concreto. Si el fundamento de estas consecuencias radica en que el ente colectivo ha servido para favorecer la comisión del delito, su aplicación debe orientarse a evitar que siga cumpliendo tal función.

**Bibliografía:** ÁLVAREZ GARCÍA, El nuevo artículo 31,2 del Código Penal, RDPe 2004; BACIGALUPO SAGGESE, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona 1998; EL MISMO, La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma del Código penal de 2006 (Art. 31 bis), EDJ 2007; BAJO FERNÁNDEZ, De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, ADP 1981; EL MISMO, La responsabilidad penal colectiva, en Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal, CDJ 2006; EL MISMO, La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro, en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; BARBERO SANTOS, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Revista de Derecho Mercantil 1957; EL MISMO, ¿Responsabilidad penal de la empresa?, AP 1987; CARBONELL MATEU, Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; CUADRADO RUÍZ, ¿Hacia la erradicación del principio «*societas delinquere non potest*»? , en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; DE LA CUESTA ARZAMENDI, Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; DE URBANO CASTRILLO, El impacto de la reforma del Código penal en relación a las personas jurídicas, La Ley Penal 2009; FEIJOO SÁNCHEZ, Empresa y delitos contra el medio ambiente, La Ley 2002; EL MISMO, Sanciones para la empresa por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas, Madrid 2002; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho penal español, en El nuevo Código penal: primeros problemas de aplicación, Salamanca 1997; FERNÁNDEZ TERUELO, Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Cp, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; EL MISMO, La aplicación jurisprudencial del art. 31 del Código Penal Español, RDPe 2001; FOFFANI, Bases para una imputación subjetiva de la persona moral, RGDP 2008; FUENTE HONRUBIA, Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal: medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas e individuales, Madrid 2004; GALÁN MUÑOZ, ¿*Societas delinquere non potest*?, Algunas consideraciones críticas so-

bre el art. 31,2 Cp, RDPC 2006; GARCÍA ARÁN, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Homenaje a Torío, Granada 1999; EL MISMO, Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007, EDJ 2007; GÓMEZ-JARA DÍEZ, La culpabilidad penal de la empresa, Madrid 2005; EL MISMO, ¿Imputabilidad de las personas jurídicas?, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; EL MISMO, El nuevo art. 31,2 del Código Penal: cuestiones de «lege lata» y de «lege ferenda», La Ley Penal 2006; EL MISMO, Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, RECPC 2006; EL MISMO, La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU, Madrid 2006; GRACIA MARTÍN, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, AP 1993; GRANADOS PÉREZ, Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal, EDJ 2007; GUARDIOLA LAGO, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código penal, Valencia 2004; GUÉREZ TRICARICO, Algunas notas sobre el fundamento de las consecuencias accesorias para las empresas del artículo 129 del Código penal, en Homenaje a González-Cuéllar, Madrid 2006; LÓPEZ PEREGRÍN, La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal once años después, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; MAGRO SERVET, La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: art. 31 bis del CP y preceptos que se modifican, La Ley Penal 2007; MAPELLI CAFFARENA, Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal, RP 1997; MARTÍNEZ GARAY/ MIRA BENAVENT, Ámbito de aplicación del artículo 129 del código penal y anulación de derechos fundamentales en procedimientos penales por integración en organización terrorista: el caso del derecho de reunión y manifestación, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; MORALES PRATS, La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español: de lo accesorio a lo principal, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; MUÑOZ CONDE, Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos, RP 1997; MUÑOZ LORENTE, Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: su contradictorio presente y su incierto futuro, en Homenaje a Serrano, Madrid 2006; EL MISMO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de ley de 2007 de reforma del Código penal de 1995, La Ley Penal 2007; NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid 2008; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal, en Homenaje a Cerezo, Madrid 2002; PÉREZ MANZANO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, AP 1995; QUINTERO OLIVARES, Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas, EDJ 2007; RAMÓN RIBAS, La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa, Granada 2009; REYES ALVARADO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, RGDP 2009; RODRÍGUEZ RAMOS, ¿Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión, La Ley 1996; SCHÜNEMANN, Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, ADP 1988; SILVA SÁNCHEZ, Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos



en derecho español, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1995; SOLER PASCUAL, La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos, EDJ 2007; TAMARIT SUMALLA, Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en *Homenaje a Cerezo*, Madrid 2002; TIEDEMANN, Lecciones de Derecho penal económico, Barcelona 1993; VARELA GARCÍA, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un debate necesario en el Derecho español y alternativas, AP 1995; VARIOS, La responsabilidad penal de las sociedades, CDJ 1994; VARIOS, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Valencia 2001; VARIOS, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas, Madrid 2006; VARIOS, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario, EDJ 2007; VERVAELE, La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda, Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica, RDPC 1998; EL MISMO, «Societas/ Universitas delinquere ed puniri potest», ¿La experiencia holandesa como modelo para España?, EDJ 2007; WALING, La criminalidad medio-ambiental en el ámbito del Derecho penal general. La responsabilidad de las personas jurídicas y sus representantes: la necesidad de definir límites, CPC 1997; ZUGALDÍA ESPINAR, Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional «societas delinquere non potest», CPC 1980; EL MISMO, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, CPC 1994; EL MISMO, Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas, PJ 1997; EL MISMO, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal), en *Homenaje a Valle*, Navarra 2001; EL MISMO, Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica, CPC 2003; EL MISMO, La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Presupuestos sustantivos y procesales, Valencia 2008; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: principales problemas de imputación, EDJ 2007; EL MISMO, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 3ª ed., Navarra 2009. Véanse también los trabajos al respecto de GRACIA MARTÍN, SCHÜNEMANN y ZUGALDÍA ESPINAR en VARIOS, *Hacia un Derecho penal europeo*, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid 1995.

# ÍNDICE DE MATERIAS

## — A —

- Aberratio ictus: 277
- Abolicionistas: 69, 526
- Abuso de confianza: 479, 489
- Accesoriedad de la participación: 439, 536
- Acción esperada: 218, 238,
- Acción típica: 219
- Acción y resultado: 225
- Aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras: 246
- Actio ilícita in causa: 327
- Actio libera in causa: 221, 375, 427, 486
- Actos copenados: 473
- Actos ejecutivos: 191, 417, 436
- Actos en cortocircuito: 221
- Actos preparatorios: 191, 417
- Actos pro magistratu: 340
- Actuar en cumplimiento de un deber: 335, 601
- Actuar en nombre de otro: 223, 455
- Actuar precedente: 245
- Acuerdo previo: 437
- Acumulación jurídica: 546
- Acumulación material: 546
- Adecuación social: 255, 310, 333
- Aeronaves: 153
- Agente provocador: 400, 445
- Agotamiento: 412
- Agravantes: 478, 488
- Agresión ilegítima: 323, 327, 338, 391, 485
- Alevosía: 480, 489
- Alteración en la percepción: 366
- Alteración psíquica: 367
- Alternativas a la privación de libertad: 567
- Alternatividad: 473
- Ámbito espacial: 151
- Ámbito o fin de protección de la norma: 229, 285, 290
- Ámbito personal: 175
- Amnistía: 403
- Análoga relación de afectividad: 123, 392, 493
- Analogía: 121
- Analogía in bonam partem: 107, 123, 449
- Analogía in malam partem: 123
- Antijuricidad e injusto: 300
- Antijuricidad formal: 300
- Antijuricidad material: 300, 305
- Antijuricidad: 42, 202, 252
- Antinomias de los fines de la pena: 542
- Aplicación de las normas jurídicas: 128
- Apología: 449
- Arrebato u obcecación: 486
- Arrepentimiento: 425, 486
- Arresto sustitutorio: 514, 524
- Aseguramiento: 48
- Asilo: 167
- Asperación: 544
- Ataques de menores o inimputables: 323
- Atenuantes análogas: 487
- Atenuantes ordinarias: 485
- Atenuantes: 478, 484
- Aumento de un riesgo: 229
- Ausencia de acción: 219, 435
- Ausencia de interés: 312
- Ausencia del elemento subjetivo de justificación: 313
- Autopuesta en peligro: 262
- Autor: 432
- Autoría: 432
- Autoría accesoria: 439
- Autoría alternativa: 439
- Autoría directa: 434
- Autoría en los casos de actuación en nombre de otro: 455
- Autoría en los delitos cometidos por procedimientos que faciliten la publicidad: 456
- Autoría mediata de sí mismo: 375
- Autoría mediata: 435
- Auxilio necesario: 389

## — B —

Beneficios penitenciarios: 544, 548  
 Bien jurídico: 59, 78, 246  
 Bienes jurídicos comunitarios, colectivos o universales: 60, 83, 303, 324  
 Bienes jurídicos individuales: 59, 261, 303, 324  
 Buques: 153

## — C —

Calamidad: 490  
 Cambio social: 46  
 Cancelación de antecedentes penales: 622  
 Capacidad de culpabilidad: 361, 363  
 Capacidad de elección: 351  
 Capacidad de evitación: 273  
 Capacidad de motivación: 362, 369  
 Capacidad de poder actuar de un modo diferente: 351  
 Capacidad individual: 286  
 Carácter contrafáctico: 34  
 Carácter fragmentario del Derecho penal: 80  
 Carácter secuencial de la teoría del delito: 205, 254  
 Carácter subsidiario del Derecho penal: 73  
 Caso: 128  
 Caso fortuito: 232, 293, 385  
 Casuismo: 257  
 Catálogo de las causas de justificación: 310  
 Causa de exculpación: 343, 389, 392, 615  
 Causa personal de exclusión de la pena: 426  
 Causación adecuada: 227  
 Causalidad: 226  
 Causalidad de la omisión: 243  
 Causalidad general: 232  
 Causalidad hipotética: 244  
 Causas de exclusión de la antijuricidad específicamente penales: 311  
 Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad: 363  
 Causas de exclusión de la omisión: 238  
 Causas de exclusión de la tipicidad: 255, 337  
 Causas de exclusión o anulación de la culpabilidad: 358  
 Causas de extensión de la pena: 414  
 Causas de extinción de la responsabilidad criminal: 402  
 Causas de inimputabilidad: 363  
 Causas de justificación: 309, 321, 337  
 Ciencia auxiliar del Derecho penal: 193  
 Ciencia del Derecho penal: 42, 187  
 Cifra oscura: 194  
 Circunstancia mixta: 493  
 Circunstancias agravantes: 488  
 Circunstancias atenuantes: 484  
 Circunstancias del hecho y del autor: 541  
 Circunstancias específicas: 478  
 Circunstancias genéricas: 478  
 Circunstancias modificativas de la responsabilidad: 477, 539  
 Circunstancias objetivas: 489  
 Circunstancias que disminuyen la culpabilidad: 485  
 Circunstancias subjetivas: 491  
 Clases de autoría: 434  
 Clases de omisión: 239  
 Clases de penas: 504  
 Clasificación de los delitos: 205  
 Clasificación de los tipos penales: 256  
 Cláusula de equiparación o equivalencia: 242  
 Cláusulas generales: 257  
 Cláusulas legales de analogía: 122  
 Clausura de locales: 632  
 Coacción jurídica: 62  
 Coacción organizada: 62  
 Coacción psicológica: 48  
 Coautoría: 436  
 Comisión por omisión: 240  
 Comiso: 504, 621  
 Compatibilidad: 483  
 Complicidad: 445  
 Complicidad moral o psíquica: 445  
 Comportamiento humano: 213

- Comunicabilidad: 481  
 Comunidad de peligros: 246  
 Concepción dualista del bien jurídico: 60  
 Concepción monista del bien jurídico: 61  
 Concepción normativa de la culpabilidad: 351  
 Concepción personalista del bien jurídico: 61  
 Concepción psicológica de la culpabilidad: 351  
 Concepto de acción: 214  
 Concepto de bien jurídico: 59, 78  
 Concepto de cuidado objetivo: 284  
 Concepto de delito: 201  
 Concepto de función: 57  
 Concepto de motivación: 62  
 Concepto de territorio: 154  
 Concepto dialéctico de culpabilidad: 352  
 Concepto dogmático de delito: 202  
 Concepto formal de consumación: 412  
 Concepto formal del delito: 41  
 Concepto material de antijuricidad: 44, 416  
 Concepto material de culpabilidad: 354  
 Concepto material del delito: 45  
 Concepto significativo de acción: 215  
 Concepto tradicional de culpabilidad: 350  
 Concepto unitario de autor: 432, 440  
 Concepto unitario de dolo: 267, 271  
 Concreción: 132  
 Concurso de delitos: 463  
 Concurso de leyes: 470  
 Concurso ideal: 466, 544  
 Concurso real: 468, 545  
 Condena condicional: 569  
 Condiciones objetivas de penalidad: 204, 401  
 Condiciones objetivas de procedibilidad: 181, 401  
 Conducta desviada: 193  
 Configuración y redacción de los tipos: 256  
 Confirmación del reconocimiento normativo: 65  
 Conflicto de bienes de desigual valor: 389  
 Conocimiento actual: 268  
 Conocimiento de la antijuricidad: 358, 381  
 Conocimiento nomológico: 302  
 Conocimiento ontológico: 302  
 Conocimiento potencial: 382  
 Consecuencias accesorias: 620, 627, 633  
 Consecuencias jurídicas del delito: 31, 499  
 Consentimiento: 343  
 Consideración abstracta: 202  
 Consideración concreta: 424, 437  
 Consideración objetiva ex ante: 422  
 Conspiración: 448  
 Consumación formal: 412  
 Consumación material: 412  
 Consumación: 411  
 Consunción: 472  
 Contenido de la voluntad: 215, 271  
 Control judicial de la ejecución penal: 562  
 Control social: 29, 31, 61  
 Cooperación en el delito con acciones neutrales: 441  
 Cooperación judicial: 169  
 Cooperación necesaria: 438, 441  
 Corte Penal Internacional: 168  
 Costumbre: 115  
 Creación de un riesgo no permitido: 229  
 Creencia errónea en la existencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: 314  
 Creencia jurídica diferente: 395  
 Crímenes contra la humanidad: 166  
 Crimina culposa: 292  
 Criminalidad oficialmente registrada: 195  
 Criminalidad organizada: 450  
 Criminalidad real: 195  
 Criminología: 192  
 Criminología etiológica: 194  
 Criterio de lo razonable: 286, 314  
 Criterio objetivo-material: 433  
 Criterios selectivos: 228  
 Cuadrilla: 490  
 Cuestiones prejudiciales: 77  
 Culpabilidad y prevención: 352  
 Culpabilidad: 42, 92, 202, 349, 357, 361

Cumplimiento de la condena: 402, 519, 557, 569,

Cumplimiento simultáneo: 546

Cumplimiento sucesivo: 407

— D —

Daño emergente: 613

Deber de evitar el resultado: 244

Deber de vigilancia de una fuente de peligros: 246

Deber jurídico: 239

Deber objetivo de cuidado: 282

Deber subjetivo de cuidado: 286

Defensa putativa: 324

Definitividad del desistimiento: 424

Delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos: 417

Delincuencia por convicción o por conciencia: 392

Delito: 201, 202, 209

Delito continuado: 468, 546

Delito de comisión por omisión: 243

Delito de resultado: 243

Delito doloso: 265

Delito imposible: 419

Delito masa: 468, 546

Delito político: 166

Delito putativo: 423

Delitos a distancia: 155

Delitos complejos: 260, 472

Delitos compuestos: 260

Delitos comunes: 259

Delitos consistentes en la infracción de un deber: 447

Delitos cualificados por el resultado: 294

Delitos de acciones dañosas: 225

Delitos de comisión por omisión: 243

Delitos de consecuencias dañosas: 225

Delitos de consumación anticipada: 412, 427

Delitos de convergencia: 259

Delitos de encuentro: 259

Delitos de lesión: 260

Delitos de mera actividad: 260

Delitos de omisión impropia: 240

Delitos de omisión pura o propia: 240

Delitos de omisión y resultado: 240

Delitos de peligro: 226, 301

Delitos de peligro abstracto: 305

Delitos de peligro concreto: 226, 305

Delitos de peligro hipotético: 303

Delitos de propia mano: 260

Delitos de resultado: 226, 260, 272

Delitos de simple actividad: 225

Delitos especiales: 244, 259

Delitos especiales impropios: 259, 439, 445

Delitos especiales propios: 259, 446

Delitos imprudentes: 254, 261, 283,

Delitos mixtos: 260

Delitos permanentes: 413

Delitos plurisubjetivos: 259

Delitos vagos o con intereses difusos: 262

Derecho administrativo sancionatorio: 89

Derecho de asilo: 167

Derecho de bandera o de pabellón: 154

Derecho de corrección: 340

Derecho de gracia: 403

Derecho de la Unión Europea: 169

Derecho de prueba: 131

Derecho internacional penal: 168

Derecho penal de acto: 53, 213

Derecho penal de autor: 53, 213

Derecho penal de culpabilidad: 369

Derecho penal dualista: 52

Derecho penal material: 31

Derecho penal monista: 52

Derecho penal objetivo: 29, 33, 57

Derecho penal subjetivo: 69

Derecho procesal penal: 31

Derechos fundamentales: 87

Derogación: 137

Desconsideración: 273

Desistimiento voluntario de consumir el delito: 423

- Desistimiento voluntario en la tentativa: 402, 424
- Desistimiento voluntario malogrado: 425
- Desocialización: 510, 557, 568
- Despoblado: 490
- Desvalor de acción: 44, 303, 317
- Desvalor de resultado: 44, 303, 317
- Desvalor del acto: 42
- Desvalor del autor: 43
- Detención: 507
- Determinación cualitativa de la pena: 535
- Determinación cuantitativa de la pena: 534
- Determinación de la ley más favorable: 146
- Determinación de la pena: 531
- Determinación legal de la pena: 531
- Días-multa: 522
- Diferencia entre el concurso ideal y el concurso de leyes: 466
- Diferencias entre autoría y participación: 433
- Dilaciones indebidas: 487
- Diligencia debida: 228
- Disfraz: 490
- Distinción dolo eventual-imprudencia: 266, 274
- Doble incriminación: 158, 161, 166, 170
- Dogmática: 189
- Dolo: 267
- Dolo de peligro: 272, 303
- Dolo directo: 270
- Dolo eventual: 271, 416
- Dolus generalis: 277
- Dominio del hecho: 434
- Drogodependencias: 372
- Elementos de la culpabilidad: 357
- Elementos lingüísticos descriptivos: 256
- Elementos negativos del tipo: 253
- Elementos normativos: 256
- Elementos objetivos del tipo: 268
- Elementos referidos a la antijuricidad: 384
- Elementos subjetivos de justificación: 312
- Elementos subjetivos del injusto: 277, 416
- Embriaguez letárgica: 221
- Embriaguez: 485
- Encubrimiento entre parientes: 392
- Ensañamiento: 489
- Equiparación de la omisión con la acción: 240, 242
- Equivalencia de las condiciones: 227
- Error de derecho: 383
- Error de prohibición: 275, 382
- Error de tipo: 275, 383
- Error del partícipe: 441
- Error en el golpe: 277
- Error en las causas de justificación: 313, 383
- Error in objeto vel in persona: 276
- Error in persona: 277
- Error iuris nocet: 383
- Error sobre el objeto de la acción: 276
- Error sobre la existencia de la causa de justificación: 316
- Error sobre la relación de causalidad: 276
- Error sobre los elementos normativos del tipo: 384
- Error sobre los límites de las causas de justificación: 385
- Error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación: 314, 384
- Escuela correccionalista: 48
- Especial deber jurídico: 243
- Especial relación de sujeción: 75
- Estadística criminal: 195
- Estado de intoxicación: 363
- Estado de necesidad como causa de justificación: 329, 387, 388
- Estado de necesidad disculpante: 329, 388
- Estado de necesidad putativo: 329

— E —

- Efectos concomitantes: 215
- Ejecución del delito: 417
- Ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo: 337
- Elemento intelectual: 268
- Elemento volitivo: 269

Estados de inconsciencia: 221  
 Estados pasionales: 485  
 Estructura de la norma penal: 35  
 Estructura ontológica de la omisión: 237  
 Estructura, composición y clasificación de los tipos: 256  
 Evitación de la consumación: 425  
 Exasperación: 544  
 Exceso de los distintos intervinientes en la realización del delito: 442  
 Exceso en la legítima defensa: 391  
 Exceso extensivo: 325, 391  
 Exceso intensivo: 326, 391  
 Exceso por parte del autor: 447  
 Excusas absolutorias: 401  
 Exigibilidad de un comportamiento distinto: 358  
 Eximente incompleta: 323, 326, 484  
 Extradición: 162  
 Extradición activa: 164  
 Extradición pasiva: 166  
 Extraneus: 447  
 Extraterritorialidad: 157

### — F —

Facultades psíquicas intelectivas y volitivas: 361, 368  
 Falta de provocación suficiente: 326  
 Faltas: 202  
 Fin o ámbito de protección de la norma: 229  
 Fines de la ejecución penitenciaria: 555  
 Fines de la pena: 47  
 Formalización del control social: 30  
 Formas de comportamiento humano: 214  
 Formas de culpabilidad: 282  
 Formas de participación intentada: 448  
 Formas de participación: 442  
 Fuentes indirectas del Derecho penal: 115  
 Fuentes que pueden fundamentar la posición de garante: 245  
 Fuerza irresistible: 219

Función de garantía: 91, 252  
 Función de la norma penal: 57  
 Función de la tipicidad: 252  
 Función de motivación: 61, 289, 355, 381  
 Función de protección: 59, 304  
 Función indiciaria del tipo: 253, 299  
 Función seleccionadora: 252

### — G —

Garantía criminal: 91  
 Garantía de ejecución: 91  
 Garantía jurisdiccional: 91, 110  
 Garantía penal: 91  
 Grave adición: 485

### — H —

Hipnosis: 221

### — I —

Ilícito administrativo: 76  
 Impago de multa penal: 514, 524  
 Imprudencia con representación: 271  
 Imprudencia consciente e inconsciente: 271, 288  
 Imprudencia profesional: 287  
 Imprudencia: 281, 291  
 Imputabilidad: 358, 361  
 Imputabilidad del drogodependiente: 372  
 Imputación objetiva: 229, 288  
 In dubio pro libertate: 80  
 In dubio pro reo: 117  
 Incomunicabilidad a los partícipes: 481  
 Incremento del riesgo: 230, 290  
 Indemnización: 613  
 Individualización ejecutiva: 534  
 Individualización judicial: 533  
 Individualización legal: 532  
 Individualización penitenciaria: 534

Inducción: 443  
 Indulto: 403  
 Infracción de un deber: 239, 447, 617  
 Infracciones administrativas: 103, 109, 311  
 Inhabilitación absoluta: 516  
 Inhabilitación especial: 516  
 Inherencia: 482  
 Injerencia: 246  
 Injusto: 42, 252, 265, 277, 281, 300  
 Inminencia del ataque: 325  
 Inmunidad: 181  
 Instancias de control social: 58, 64  
 Instrumento humano: 435  
 Insumisión total: 394  
 Interés preponderante: 295, 312  
 Internamiento: 374, 591, 603  
 Interpretación: 122  
 Intraneus: 447  
 Inviolabilidad: 176  
 Irretroactividad: 107, 139  
 Iter criminis: 411  
 Ius puniendi: 69

— J —

Juez de Vigilancia: 562  
 Jurisprudencia: 115  
 Justificación incompleta: 317  
 Justificación por el procedimiento: 312, 331

— L —

Labeling approach: 194  
 Legítima defensa: 321  
 Legitimidad del Derecho penal: 70  
 Lesión de cuidado: 287  
 Lesión del deber de cuidado: 284  
 Lex artis: 290, 344  
 Lex consumens derogat lex consumpta: 472  
 Lex specialis derogat lex generalis: 471  
 Lex tertia: 146

Ley escrita, previa: 100  
 Ley orgánica: 103  
 Ley penal en blanco: 38, 112  
 Leyes de excepción: 147  
 Leyes intermedias: 146  
 Leyes procesales: 143  
 Leyes temporales: 146  
 Libertad condicional: 578  
 Libertad de conciencia: 393  
 Libertad de voluntad: 362  
 Libertad vigilada: 596, 598  
 Límites al poder punitivo estatal: 72  
 Localización permanente: 513  
 Locus regit actum: 153  
 Lucro cesante: 613  
 Lugar de comisión del delito: 155

— M —

Marco penal genérico: 532  
 Mecanismos automáticos de autoprotección:  
 327  
 Medidas de seguridad: 51, 588  
 Mera inactividad: 260  
 Merecimiento de pena: 80, 195  
 Miedo insuperable: 390  
 Minoría de edad: 363  
 Momento de realización del delito: 148  
 Motivabilidad: 355  
 Motivación: 61, 357, 362, 369  
 Móviles: 269  
 Movimiento instintivo de defensa: 221  
 Movimientos reflejos: 220  
 Multa: 503, 514, 520, 522, 543

— N —

Ne bis in idem. Non bis in idem: 54, 108,  
 586  
 Necesidad de defensa: 320, 326  
 Necesidad racional de la violencia: 338  
 Neurosis: 370



No exigibilidad de otra conducta: 329, 386  
 Norma: 33  
 Norma de valoración y norma de determinación: 304  
 Norma penal completa: 35  
 Norma social: 35  
 Normas imperativas: 237  
 Normas penales en blanco: 38  
 Normas penales incompletas: 36, 415  
 Normas prohibitivas: 237  
 Nosología psiquiátrica: 369  
 Nullum crimen, nulla poena sine lege: 90, 99, 202, 204, 251

— O —

Obcecación: 486  
 Obediencia debida: 337  
 Objeción de conciencia: 393  
 Objeto de la acción: 261  
 Obstáculos procesales: 175, 181, 401  
 Oligofrénicos: 370  
 Omisión: 237  
 Omisión y resultado: 243

— P —

Parentesco: 493  
 Participación: 433, 439, 442, 447, 448  
 Participación en los delitos especiales: 447  
 Participación intentada: 448  
 Participación necesaria: 259, 439  
 Participación necesaria impropia: 439  
 Participación por imprudencia: 440  
 Peligrosidad postdelictual: 53  
 Peligrosidad predelictual: 53  
 Peligrosidad criminal: 588, 589, 602  
 Pena: 46, 503  
 Pena abstracta: 535  
 Pena accesoria: 506, 518  
 Pena concreta: 539  
 Pena de muerte: 84, 525

Pena de multa: 520  
 Pena disponible: 544  
 Pena inferior o superior en grado: 538  
 Pena principal: 505  
 Pena privativa de libertad: 507  
 Penalidad: 399  
 Penas largas y cortas: 509  
 Penas privativas de derechos: 515  
 Perdón del ofendido: 402, 407  
 Perjudicado del delito: 262  
 Perjuicios morales: 613  
 Persona jurídica: 627, 629  
 Personalidades psicopáticas: 368  
 Pilotos suicidas: 273  
 Plan del autor: 418  
 Pluralidad de acciones y de delitos: 468  
 Pluralidad de acciones y unidad de delito: 468  
 Poder punitivo: 71  
 Poder sancionatorio de la Administración: 73  
 Política criminal: 195  
 Posibilidad de acción: 238  
 Posición de garante: 244, 254  
 Positivismo: 188  
 Preceptos permisivos: 309  
 Precio: 490, 491  
 Premeditación: 489  
 Prescripción: 404  
 Presupuestos objetivos de las causas de justificación: 253, 314, 384, 385  
 Prevalimiento del carácter público: 483, 489  
 Prevención especial: 48, 354  
 Prevención general integradora: 65  
 Prevención general: 48, 352  
 Previsibilidad objetiva: 228, 285  
 Principio «in dubio pro reo»: 117, 228  
 Principio de accesoriedad de la participación: 433, 440, 536  
 Principio de acumulación: 468  
 Principio de confianza: 246, 286  
 Principio de conmutación: 167

Principio de culpabilidad: 92, 350, 357, 540  
 Principio de doble incriminación: 166  
 Principio de especialidad: 167  
 Principio de humanidad: 84  
 Principio de igualdad ante la ley: 175  
 Principio de intervención legalizada: 85  
 Principio de intervención mínima: 72, 305, 416  
 Principio de irretroactividad: 139  
 Principio de judicialidad: 167  
 Principio de la asperación: 544  
 Principio de la justicia supletoria: 162  
 Principio de la justicia universal: 160  
 Principio de legalidad: 86, 99, 102, 111, 138  
 Principio de no entrega de los nacionales: 156  
 Principio de ponderación de bienes: 311, 329, 331, 342  
 Principio de ponderación de intereses: 322  
 Principio de prevalencia del derecho: 312, 322  
 Principio de proporcionalidad: 84, 478  
 Principio de reciprocidad: 163  
 Principio de subordinación y jerarquía: 341  
 Principio de taxatividad: 105  
 Principio de territorialidad: 153  
 Principio personal: 157  
 Principio real o de protección: 159  
 Principios generales del Derecho: 115  
 Principios limitadores del poder punitivo del Estado: 71  
 Prisión preventiva: 507, 513  
 Proceso: 31  
 Procesos causales irregulares: 290  
 Prognosis: 54  
 Prohibición de regreso: 230  
 Promesa: 489, 490  
 Promulgación: 137  
 Proporcionalidad: 84  
 Proposición: 448, 449  
 Provocación de una situación de necesidad: 331  
 Provocación: 448, 449  
 Psicopatías: 370

Psicosis: 370, 371  
 Psiquiatría: 368  
 Puesta en peligro: 304, 418, 422, 446  
 Punibilidad: 400

### — Q —

Quod actiones, tot crimina: 467

### — R —

Racionalidad del medio empleado: 326  
 Ratio cognoscendi: 253  
 Ratio essendi: 253  
 Readaptación del delincuente: 54  
 Recklessness: 273  
 Recompensa: 489  
 Reeducación: 587  
 Régimen penitenciario: 557  
 Regressus ad infinitum: 227  
 Regulación de la imprudencia: 291  
 Reincidencia: 491  
 Reinserción social: 364, 561, 568, 578, 579, 580  
 Relación de adecuación: 331  
 Relación de causalidad: 226, 422  
 Relación de interdependencia: 74  
 Relación de necesidad: 467  
 Relación de sujeción especial: 107, 110, 560  
 Relación jerárquica: 342  
 Relación psicológica entre el autor y el resultado: 261, 350  
 Reparación: 480, 612  
 Reparación del delito: 618  
 Reparto de papeles: 437  
 Reserva de ley: 103  
 Resocialización: 51, 509  
 Responsabilidad civil: 386, 609  
 Responsabilidad en cascada: 456  
 Responsabilidad objetiva: 93, 293

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: 627, 629  
 Responsabilidad personal subsidiaria: 514  
 Responsabilidad por el producto: 232  
 Responsabilidad por el resultado: 93, 231, 293  
 Resultado: 260  
 Retribución: 47  
 Retroactividad: 107, 138, 140  
 Riesgo no permitido: 229  
 Riesgo permitido: 293  
 Riña: 322

— S —

Salto de tipo: 547  
 Sanción administrativa: 109  
 Seguridad jurídica: 105  
 Semiimputabilidad: 590  
 SIDA: 114, 291, 416, 591  
 Silogismo: 128  
 Síndrome de abstinencia: 332, 363, 372  
 Síndrome de la mujer maltratada: 326  
 Sistema auburniano: 556  
 Sistema dualista: 52  
 Sistema monista: 52  
 Sistema pensilvánico: 555  
 Sistema progresivo: 559  
 Sistema vicarial: 587, 591  
 Sistemas diferenciadores: 433  
 Sistemas penitenciarios: 555  
 Situación de necesidad: 329  
 Sobreseimiento libre: 184  
 Societas delinquere non potest: 627, 628  
 Sonambulismo: 221  
 Sordomudez: 366  
 Statute law: 87  
 Subsidiariedad: 73, 400  
 Subsidiariedad del Derecho penal: 73  
 Subsunción: 128  
 Sucesión de leyes penales: 138  
 Sujeción especial: 109, 560

Sujeto activo: 259  
 Sujeto pasivo: 262  
 Suplicatorio: 182  
 Supuesto de hecho: 35  
 Suspensión de actividades: 632  
 Suspensión de empleo o cargo público: 517

— T —

Tempus regit actum: 144  
 Tentativa: 413  
 Tentativa acabada: 419  
 Tentativa con dolo eventual: 416  
 Tentativa cualificada: 426, 472  
 Tentativa de un delito imprudente: 416  
 Tentativa fracasada impropia: 424  
 Tentativa fracasada propia: 424  
 Tentativa imprudente: 416  
 Tentativa inacabada: 419  
 Tentativa inidónea: 421  
 Tentativa irreal: 422  
 Teoría de la acción: 148, 213  
 Teoría de la actividad: 155  
 Teoría de la adecuación social: 255  
 Teoría de la adecuación: 228  
 Teoría de la apariencia: 342  
 Teoría de la causa jurídicamente relevante: 227  
 Teoría de la equivalencia de las condiciones: 125  
 Teoría de la imputación objetiva: 229  
 Teoría de la probabilidad: 271  
 Teoría de la ubicuidad: 156  
 Teoría de la unión: 49  
 Teoría de la voluntad: 271  
 Teoría de las normas: 73  
 Teoría de los elementos negativos del tipo: 253  
 Teoría del consentimiento: 274  
 Teoría del contrato social: 46  
 Teoría del resultado: 148  
 Teoría del sentimiento: 273

Teoría democrática de la imputación: 206  
 Teoría final de la acción: 216, 265  
 Teoría objetiva-individual: 418  
 Teoría objetivo-formal: 453  
 Teoría personalista del bien jurídico: 78  
 Teoría psicoanalítica: 62  
 Teoría subjetiva: 191, 415  
 Teorías absolutas: 47  
 Teorías de la causalidad: 229, 244  
 Teorías de la prevención especial: 48  
 Teorías de la prevención general: 48  
 Teorías interaccionistas: 194  
 Teorías monistas: 311  
 Teorías relativas: 48  
 Teorías unificadoras: 49  
 Terminación del delito: 412  
 Territorio aduanero: 154  
 Territorio en sentido geográfico: 154  
 Territorio: 154  
 Tipicidad: 251  
 Tipo: 251  
 Tipo autónomo: 258  
 Tipo básico: 257  
 Tipo de culpabilidad: 255, 359  
 Tipo de delito: 255  
 Tipo de injusto del delito doloso: 265  
 Tipo de injusto del delito imprudente: 281  
 Tipo dependiente: 416  
 Tipo objetivo: 265  
 Tipo subjetivo: 265  
 Tipo y adecuación social: 255  
 Tipo y antijuricidad: 252  
 Tipos abiertos: 107, 254, 284  
 Tipos cualificados: 257

Tipos derivados: 257  
 Tipos privilegiados: 413  
 Trabajo en beneficio de la comunidad: 518  
 Trabajo penitenciario: 559  
 Trastorno mental transitorio: 371  
 Tratados internacionales: 70, 152  
 Tratamiento penitenciario: 561  
 Tratamiento quirúrgico o médico: 341

— U —

Ultraactividad: 148  
 Unidad de acción y de delito: 464  
 Unidad de acción y pluralidad de delitos:  
 466  
 Unidad de sujeto pasivo: 469  
 Unidad del título de imputación: 439  
 Unidad y pluralidad de delitos: 463  
 Uso de la violencia por parte de la autori-  
 dad: 338

— V —

Vacatio legis: 137  
 Valoración paralela en la esfera del profano:  
 268, 275  
 Versari in re illicita: 231, 293  
 Vías de hecho: 340  
 Víctima: 262  
 Victimología: 262  
 Violencia: 29  
 Vis absoluta: 220  
 Vis compulsiva: 220  
 Voluntariedad: 424