Sindéresis editorial

DERECHO PENAL PARTE GENERAL

La teoría Jurídica del delito

TIFFANY SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA

CEDEU
CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

TIFFANY SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA

DERECHO PENAL PARTE GENERAL

La teoría Jurídica del delito

CEDEU

Editorial Sindéresis

1ª edición, 2022

© Tiffany Sánchez-Cabezudo Rina
© 2022, editorial Sindéresis
Venancio Martín, 45 – 28038 Madrid, España
Rua Diogo Botelho, 1327 – 4169-004 Porto, Portugal
info@editorialsinderesis.com
www.editorialsinderesis.com

ISBN: 978-84-19199-19-5
Depósito legal: M-14017-2022
Produce: Óscar Alba Ramos

Impreso en España / Printed in Spain

Reservado todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

ÍNDICE

I. APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL.....11

1. EL DERECHO PENAL Y LA ESTADÍSTICA JUDICIAL 13

1. EL DERECHO PENAL.....13

1.1. Introducción..... 13

1.2. Concepto de Derecho Penal..... 13

1.3. Derecho Penal objetivo y subjetivo 15

1.4. Contenido del Derecho Penal 16

1.5. Función del Derecho Penal..... 19

1.6. Parte general y Parte especial del Derecho Penal..... 20

2. ALGUNOS DATOS SOBRE ESTADÍSTICA JUDICIAL 20

2.1. Concepto y evolución histórica 20

2.2. Órganos de la estadística judicial 23

3. PROFESIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO PENAL.....24

2. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL Y LA NORMA PENAL 27

1. INTRODUCCIÓN.....27

2. MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL 28

3. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL.....29

3.1. Principio de legalidad..... 29

3.2. Principio de intervención mínima..... 35

3.3. Principio del hecho 36

3.4. Principio de protección de bienes jurídicos 36

3.5. Principio de proporcionalidad 37

3.6. Principio de culpabilidad..... 37

3.7. Principio de resocialización y humanización de las penas 38

3.8. El principio de non bis in idem..... 39

4. LA NORMA JURÍDICO PENAL Y LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.....39

4.1. Introducción..... 39

4.2. Estructura de la ley penal..... 40

4.3. Criterios de interpretación de las normas penales 42

4.4. Interpretación y analogía 44

5. LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL.....44

3. LA PENA 49

1. CONCEPTO 49

2. CARACTERÍSTICAS DE LAS PENAS 50

3. FUNDAMENTO DE LA PENA 50

4. FINES DE LA PENA 51

5. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS 52

6. LAS TEORÍAS DE LAS PENAS 53

6.1. Teorías absolutas 54

6.2. Teorías relativas de la pena 54

7. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE PENAS 55

4. ÁMBITO DE LA LEY PENAL 63

1. VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL 63

1.1. Nacimiento de la ley penal 63

1.2. Derogación de la ley penal 63

1.3. Irretroactividad de las leyes penales..... 64

1.4. Determinación de la ley más favorable 64

1.5. Leyes temporales 65

1.6. Tiempo y lugar de comisión del delito 65

2. VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL.....66

3. VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL 74

II. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO 77

5. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO 79

1. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO.....79

2. CLASES DE DELITOS 81

3. ESQUEMA GENERAL DEL DELITO 85

3.1. Acción..... 86

3.2. Tipicidad..... 87

3.3. Antijuridicidad..... 87

3.4. Culpabilidad 87

3.5. Penalidad 88

6. LA ACCIÓN..... 89

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACCIÓN 89

2. TEORÍAS GENERALES DE LA ACCIÓN 90

2.1. Concepto causal de la acción..... 90

2.2. Concepto final de acción 91

2.3. Concepto social de la acción 92

2.4. Concepto negativo de acción..... 93

3. APORTACIÓN DE CADA UNO DE LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN ...93

4. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN, SUS MANIFESTACIONES Y EL RESULTADO.....94

4.1. Los elementos del comportamiento humano voluntario..... 94

4.2. Manifestaciones de la acción 95

4.3. El resultado 95

5. AUSENCIA DE ACCIÓN 96

5.1. Supuestos de ausencia de acción 96

5.2. Efectos de ausencia de acción 98

5.3. Falta de acción y acto libera in causa 99

7. LA TIPICIDAD (I) 101

1. LA TIPICIDAD 101

1.1. Concepto de tipicidad 101

1.2. Relación entre la tipicidad y la antijuridicidad 102

1.3. Funciones de la tipicidad 104

1.4. Estructura de la tipicidad 104

2. EL TIPO DEL INJUSTO PUNIBLE.....105

3. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS 106

8. LA TIPICIDAD (II)..... 109

1. EL TIPO OBJETIVO: INTRODUCCIÓN 109

2. CAUSALIDAD 110

2.1. Concepto 110

2.2. Teorías causales 113

3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....114

3.1. Concepto 114

3.2. Criterios de imputación objetiva según Roxin..... 115

3.3. Criterios de imputación objetiva..... 116

9. LA TIPICIDAD (III)..... 119

1. EL TIPO SUBJETIVO. EL DOLO 119

1.1. Introducción 119

1.2. Concepto de dolo 119

1.3. Elementos del dolo 120

1.4. Clases de dolo 121

2. EL ERROR 124

2.1. Introducción 124

2.2. El error de tipo 124

2.3. Error de prohibición 126

2.4. La aberratio y sus formas 127

2.5. Posición del Tribunal Supremo sobre el error 128

10. LA ANTIJURIDICIDAD 131

1. CONCEPTO 131

2. CAUSA DE JUSTIFICACIÓN 132

2.1. Norma de prohibición y norma de autorización 132

2.2. El error en la causa de justificación 134

3. LAS DIFERENTES CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN 136

3.1. Legítima defensa 136

3.2. Estado de necesidad 138

3.3. Obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo 140

4. EL CONSENTIMIENTO 141

11. LA CULPABILIDAD 143

1. LA CULPABILIDAD 143

1.1. Concepto 143

1.2. Elementos de la culpabilidad 144

2. LOS MENORES DE EDAD 145
3. ANOMALÍA PSÍQUICA 146
4. TRASTORNOS MENTALES TRANSITORIOS 148
5. INTOXICACIÓN PLENA 149
6. ALTERACIONES DE LA PERCEPCIÓN 152
7. MIEDO INSUPERABLE 153
8. *ACTIO LIBERA IN CAUSA* 154

12. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CORRESPONDIENTE AL INJUSTO Y A LA CULPABILIDAD 157

1. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL 157
2. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES EN PARTICULAR 158
2.1. Eximente incompleta (art. 21.1 CP) 158
2.2. Atenuantes específicas..... 162
3. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES 165
4. CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO.....170
5. COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL 171
6. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS.....171

BIBLIOGRAFÍA 173

I. APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL

1. EL DERECHO PENAL Y LA ESTADÍSTICA JUDICIAL

SUMARIO: 1. El derecho penal / 2. Algunos datos sobre estadística judicial / 3. Profesiones relacionadas con el derecho penal

1. EL DERECHO PENAL

1.1. Introducción

En todas las sociedades humanas, con independencia del momento histórico en el que nos encontrásemos se han generado una serie de conflictos entre sus miembros que han perjudicado y alterado la paz y la convivencia social. Debido a estas situaciones de conflictos, los Estado en general, y España en particular, se han visto en la obligación de intervenir con la finalidad de persuadir a los ciudadanos y evitar que estos cometan conductas que causen daños en los bienes jurídicos. ¿Pero cómo lo han hecho?

El instrumento principal ha sido el Derecho Penal, estableciendo hechos constitutivos de delitos en el Código Penal y los cuales llevan asociada una pena; así aquellos que cometan las conductas recogidas en el texto legal tendrán como consecuencia la sanción penal.

1.2. Concepto de Derecho Penal

Si preguntáramos a alguien *lego* en la materia de Derecho, qué es el Derecho Penal, seguro que la respuesta que nos daría es; «las normas a través de las cuales meten a las personas en la cárcel cuando cometen delitos por ejemplo de asesinatos». La mayoría de las personas asocian el Derecho Penal con la cárcel, al homicidio, al asesinato, a las agresiones sexuales. Sin embargo, esta definición para aquellos que estamos empezando a introducirnos en la materia del Derecho, aunque no está mal, no es del todo cierta[1].

[1] CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General,* Tecnos, Madrid, ed. 3º, 2015, pág. 35.

Para poder dar una definición del Derecho Penal vamos a separar el concepto de Derecho y el concepto Penal. La definición que podemos dar de Derecho es la siguiente; conjunto de normas que se encargan de regular las conductas de los ciudadanos. Por su parte, el concepto de Penal se asocia a la pena, ya que nosotros tradicionalmente la hemos utilizado como instrumento de reacción ante la conducta que se tipificaba como delito. En otras palabras, el adjetivo Penal deriva de la pena, y ésta última es la consecuencia al delito cometido.

Así, el Derecho Penal es el *ius puniendi* del Estado, esto es, el poder de imponer penas o sanciones a las personas cuando éstas cometen conductas constitutivas de delito. Se usa como instrumento de control social con el fin de evitar daños en los bienes jurídicos de las personas. El Derecho Penal utilizado como *ius puniendi* del Estado, lleva asociado un hecho, que es denominado delito, y este delito lleva a su vez una pena, que es la consecuencia jurídica.

No podemos obviar que tenemos otros instrumentos de contención social como son las sanciones en el ámbito laboral, sanciones disciplinarias, administrativas, sin embargo, cometer este tipo de conductas no es delito, y por ello mismo, no se aplicaría el Derecho Penal. El Derecho Penal se reserva así, a aquellas conductas que tienen un mayor reproche social porque dañan bienes jurídicos que son esenciales para la comunidad. Además, el Derecho Penal debe de ser la *última ratio* a la que el Estado debe acudir para castigar a las personas.

Hasta aquí hemos señalado que el Derecho Penal contempla delitos, que son los supuestos de hechos, y llevan asociada una sanción, que es la consecuencia jurídica. Pero lo cierto es que la sanción impuesta no sólo son las penas, sino que también se reserva otro tipo de consecuencias jurídicas como son las medidas de seguridad.

Estas medidas son consecuencias que se derivan por cometer aquellos hechos que están recogidos en el Código Penal y que llevan asociado una pena, pero que el sujeto activo que es el que comete la conducta, no puede ser castigado porque no tiene la capacidad suficiente para comprender la ilicitud

de la misma. Veamos un ejemplo, una persona con una anomalía o alteración psíquica (por ejemplo, esquizofrenia) comete un delito de asesinato, no será responsable penalmente, ya que se trata de una persona inimputable. A este sujeto no se le puede castigar con una pena porque cuando cometió el delito no estaba en sus plenas facultades intelectivas y volitivas (conocimiento y voluntad) y, por lo tanto, aunque se le aplicara la pena, no iba a cumplir la finalidad que tiene la misma.

En consecuencia, aunque el hecho que ha cometido el sujeto con una alteración psíquica sea un delito, y así mismo, esté recogido en el Código Penal, y además sea antijurídico, es decir, que con ese hecho se ha causado daño en el bien jurídico ajeno, no es considerado culpable y, por tanto, la consecuencia que nos ofrece el Derecho Penal no es la pena sino; la medida de seguridad.

Podemos concluir que el Derecho Penal, desde el punto de vista formal, esto es, sin entrar a examinar las tareas y funciones materiales que le incumben[2], es una rama del ordenamiento jurídico que recogen hechos considerados delitos y que llevan asociado una consecuencia jurídica que pueden ser las penas o las medidas de seguridad.

1.3. Derecho Penal objetivo y subjetivo

El Derecho Penal lo tenemos que definir desde una doble vertiente: como Derecho Penal objetivo y como Derecho Penal subjetivo.

El Derecho Penal objetivo es el conjunto de normas que son establecidas por el Estado y que asocian al delito como supuesto de hecho y la pena como consecuencia jurídica (Von Liszt). De tal forma que; a través de este conjunto de normas se trata de mantener la paz social, y de esta misma manera se protegen los bienes jurídicos de las personas.

Por otro lado, tenemos el Derecho Penal subjetivo, esto es, la facultad que tiene el Estado para castigar e imponer penas o medidas de seguridad.

[2] LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 3.

Este poder llamado también *ius puniendi* como ya hemos señalado, no es un poder absoluto sino limitado, tal como tendremos ocasión de ver.

1.4. Contenido del Derecho Penal

El Derecho Penal es el conjunto de normas que contienen penas o medidas de seguridad, es decir, consecuencias jurídicas, como respuesta a la comisión de un hecho delictivo o a un estado de probada peligrosidad criminal. Podemos así recoger que el contenido del Derecho Penal es el siguiente:

A) Normas

Nuestro Derecho en general está formado por normas jurídicas. Sin embargo, para tener un orden y que no se genere desorden, llamémoslo caos legislativo, las leyes se agrupan en función de la temática que recogen.

Precisamente tenemos normas jurídicas que se agrupan en Derecho Civil, otras que se agrupan en Derecho Laboral, otras que quedan dentro del Derecho Mercantil, por ejemplo. Debido a la rama del Derecho que estamos estudiando, nos centramos en las normas jurídicas que quedan dentro del Derecho Penal, y que se agrupan en un texto legislativo como el ya citado, Código Penal. Se trata de llevar a cabo un orden interno para que se consiga el orden externo perseguido por el Derecho Penal[3].

El Derecho Penal está formado por normas penales que tratan de regular la vida social, y es por ello, que los destinatarios de tales normas son los ciudadanos. Sin embargo, hemos de matizar; y es que actualmente pueden ser sujetos activos de delitos también las personas jurídicas, como tendremos ocasión de estudiar.

Así mismo, podemos decir que la norma contempla el supuesto de hecho, por ejemplo, el artículo 138 del Código Penal que señala que «El que matare a otro será castigado con una pena de 10 a 15 años». La parte del

[3] LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 3.

precepto (la norma) «El que matare a otro» es el supuesto de hecho mientras que la pena que se impone es la consecuencia jurídica.

Pero cabe preguntarnos, ¿a quién va dirigida la norma jurídica? Evidentemente, a los ciudadanos. Sin embargo, si vamos un poco más allá podemos observar que las normas jurídicas también van dirigidas a la autoridad encargada de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado esto son; los jueces y magistrados.

Esto nos permite distinguir entre las reglas de conducta que son aquellas dirigidas a los ciudadanos (y también a las personas jurídicas) y las normas secundarias que son las penas que se deben imponer cuando la persona ha cometido el hecho tipificado, y que van dirigidas a los jueces y magistrados.

B) Delito

El delito es aquella acción u omisión, dolosa o imprudente, que está castigada por Ley, según el artículo 10 del Código Penal. Partiendo de este precepto, podemos decir que incumplir las leyes penales son hechos que dan lugar a delitos, mientras que incumplir cualquier otra ley no penal, no es un hecho delictivo.

Para que exista un delito es necesario que haya una conducta típica (que haya una norma que describa como delito el hecho), antijurídica (que sea injusta) y culpable (que sea reprochable al autor).

C) Sanción

La sanción es la consecuencia jurídica, llamada pena. Existen sanciones civiles, administrativas y laborales pero la sanción que se impone por la comisión de un delito es la sanción penal. En otras palabras, se trata de la pena que se impone al cometer el hecho delictivo, y que además causan un daño en el bien jurídico protegido. Tal sanción será graduada en función del bien jurídico protegido que se pretende proteger.

Cabe exponer los siguientes formalismos que nos encontramos:

- Para poder imponer una sanción es necesario que se imponga por un órgano jurisdiccional a través de un proceso, tal como se recoge en el artículo 3.1 del Código Penal cuando señala que: «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».
- El hecho por el que se castiga a una persona debe estar previsto como delito por una ley anterior al momento de su perpetración, y así se recoge en el artículo 2.1 del Código Penal «No será castigado ningún delito con pena que no se halle previsto por ley anterior al momento de su perpetración. Carecen igualmente de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad».
- La sanción debe de ser proporcional al delito cometido y al grado de culpabilidad del sujeto. El artículo 5 del Código Penal señala que «No hay pena sin dolo o imprudencia». Por tanto, la sanción es personal, pues sólo puede recaer en la persona del delincuente sin que la misma pueda consistir en penas o tratos inhumanos o degradantes.

D) Medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son aquellas que se imponen para sujetos activos que han cometido un hecho delictivo, pero no responden penalmente porque no tienen capacidad de culpabilidad, lo cual no pueden ser sometidos a una pena. Según el art. 6 del Código Penal el fundamento de la medida de seguridad se encuentra en la peligrosidad del sujeto[4].

También es posible que la medida de seguridad se aplique para prevenir delitos, como sería el caso, por ejemplo, del cierre del local donde se viene llevando a cabo el tráfico ilegal de drogas, o la suspensión de las actividades en el local donde se están cometiendo delitos de prostitución. En estos casos,

[4] CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General,* Tecnos, 2021, pág. 42.

no son tanto una medida de seguridad, sino una consecuencia accesoria del delito.

Como características de las medidas de seguridad tenemos:

- Se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se imponga (art. 6.1 CP).
- No pueden las medidas de seguridad ser más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (art. 6.2 CP).
- No pueden las medidas de seguridad exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 6.2 CP).
- Es necesario que el sujeto haya cometido un delito (art. 95.1.1º del Código Penal).
- Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele que existe probabilidad de que pueda cometerse nuevos delitos en el futuro (art. 95.1.2º CP).
- Así, el hecho de que nuestro Estado contemple la posibilidad de aplicar una pena o una medida de seguridad, o incluso en algunos casos es posible que se apliquen las dos, primero la medida de seguridad y luego si fuera necesario, la pena, lo que hace que nos encontremos ante un sistema vicarial (art. 99 CP).

1.5. Función del Derecho Penal

La función principal que tiene el Derecho Penal es la de evitar que los bienes jurídicos se vean lesionados. Pero cabe preguntarnos aquí, ¿cuáles son los bienes jurídicos que se protegen?

Los bienes jurídicos son todos aquellos bienes o valores de la vida de las personas que están protegidos por la ley. Así, tales bienes los encontramos, desde hace ya un tiempo, en la Constitución Española, y serán esenciales en función del momento histórico en el que nos encontremos. Actualmente, en un Estado social y democrático de derecho, son aquellos bienes coherentes

con tal modo de convivencia; la vida, la integridad física, la libertad, la libertad sexual, entre otros.

1.6. Parte general y Parte especial del Derecho Penal

El Derecho Penal está dividido en la Parte general y Parte especial. La primera, Parte general, corresponde con el Libro primero del Código Penal, así como algunas normas especiales. Esta Parte estudia el Derecho Penal objetivo y subjetivo, los principios informadores del derecho penal, las fuentes del derecho penal y la interpretación de las mismas, el ámbito temporal de la ley penal y el ámbito espacial, el derecho penal internacional, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, así como la penalidad, el denominado *iter críminis*, los cómplices y la víctima, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y las consecuencias jurídicas del delito.

Por su parte, la Parte especial del Derecho Penal se refiere a los Libros segundo y tercero del Código Penal, así como en diversas legislaciones especiales. En esta Parte se encuentran recogidos todos los delitos.

2. ALGUNOS DATOS SOBRE ESTADÍSTICA JUDICIAL

2.1. Concepto y evolución histórica

La estadística judicial permite ofrecer una información estadística sobre los distintos aspectos de la Administración de Justicia. Como señala el portal de estadística judicial, durante muchos años esta información ha sido bastante escasa y dispersa, siendo su núcleo principal la derivada de los boletines estadísticos trimestrales recogidos por el Consejo General del Poder Judicial, y algunas estadísticas relacionadas con los órganos o con registros judiciales realizadas por el Instituto Nacional de Estadística. Y es que, éste último órgano era el que se encargaba de la estadística judicial antes de la entrada en vigor de la Constitución Española.

El Instituto Nacional de Estadística se encargaba de recoger informaciones de tipo cuantitativo, como era el número de asuntos ingresados, resuel-

tos y pendientes en los distintos órganos judiciales, desglosándose cómo acababan los procesos, así como los asuntos que eran recurridos y los que eran devueltos, entre otro tipo de información.

Frente a la información de tipo cuantitativo, nos encontramos con otras informaciones de carácter más específico, es decir, recogía detalles sobre las sentencias, por ejemplo, si la sentencia era relativa al arrendamiento urbano, quiebras y suspensiones de pagos, reclamaciones contencioso-administrativas y suicidios.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, cuando se proclama la Constitución Española de 1978 la forma de organizarse la justicia cambia. De esta forma, los padres de la Constitución recogieron en el Título Sexto, bajo la rúbrica de «El Poder Judicial», el artículo 122 que introduce por primera vez el Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno de los jueces y Magistrados[5]. Unos años más tarde se aprobaría la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial.

Esta Ley Orgánica del Poder Judicial recoge las competencias que tiene el Consejo General del Poder judicial, entre las que se encuentra la estadística judicial. Así mismo, el artículo 461 de la citada Ley define la estadística judicial como:

> *un instrumento básico al servicio de las Administraciones públicas y del Consejo General del Poder Judicial para la planificación, desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de la Justicia, y en particular para atender las siguientes finalidades: el ejercicio de la política legislativa del Estado en materia de justicia;*

[5] Artículo 122 de la Constitución Española: 1. La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia. 2. El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. 3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. De estos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

> *la modernización de la organización judicial; la planificación y gestión de los recursos humanos y medios materiales al servicio de la Administración de Justicia; y el ejercicio de la función de inspección sobre los juzgados y tribunales.*

Para cumplir tal función, en el año 1993 se creó un Gabinete Estadístico dependiente del Servicio de Inspección. Posteriormente en el año 2002 se aprobó las líneas de actuación para el desarrollo del Proyecto de Estadística Judicial relacionado con el Plan de Transparencia aprobado por la Comisión de Seguimiento del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia.

La estadística judicial constituye, por lo tanto, el principal instrumento de conocimiento de la realidad judicial, ya que sin ella el gobierno tendría un gran desconocimiento de lo que está sucediendo dentro de los órganos judiciales. En otras palabras, permite dar a conocer la situación dentro de la Administración de Justicia.

La estadística judicial actúa también como soporte en la toma de decisiones del Consejo General del Poder Judicial y del resto de los responsables públicos con competencia en la Administración de Justicia. Siendo así,

> *una herramienta de indudable interés e importancia para un adecuado análisis de la carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales, de la identificación de las necesidades (por ejemplo, de especialización de Jueces y magistrados en determinadas materias) y creación de nuevos órganos judiciales, de ayuda a las labores inspectoras del propio Consejo (selección previa de las inspecciones a realizar in-situ, identificación preliminar de puntos críticos,...), de apoyo para la evaluación del desempeño o actividad de Jueces y Magistrados, así como del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia*[6].

[6] Reglamento número 1/2003, de 9 de julio, de estadística judicial, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 173, correspondiente al día 21 de julio de 2003.

2.2. Órganos de la estadística judicial

Hemos de destacar dos órganos encargados de dar cumplimiento a la estadística judicial, que son: la Sección de Estadística Judicial y la Comisión Nacional de Estadística Judicial. Veamos cada una de ellas.

A) Sección de Estadística Judicial

La Sección de Estadística Judicial es un órgano encuadrado dentro del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, siendo considerada calificación de servicio estadístico[7].

Es el responsable del diseño y el mantenimiento del sistema informático de captura de los boletines trimestrales, con los que se ha mejorado la estadística judicial en los últimos años. Además, se encarga de capturar y validar los boletines trimestrales, así como del sistema de consultas e informes estadísticos de la Intranet del CGPJ y del Punto Neutro Judicial, además de encargarse de elaborar una amplia batería de informes trimestrales y anuales. Es también el responsable del apartado de la estadística judicial en la página web del CGPJ.

Los boletines estadísticos trimestrales tienen como finalidad, dar a conocer a los ciudadanos las cifras relacionadas con la tramitación de los procesos judiciales, en aquellos temas que son de interés públicos, centrados en la contingencia nacional. Son recogidos en los órganos judiciales y se van almacenando en la llamada Base de Datos de la Estadística Judicial, a partir de la cual, se generarán unos informes y consultas específicas para el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial y de los presidentes del Tribunal Superior de Justicia en su labor inspectora.

La Sección de Estadística Judicial se colabora con la Comisión Nacional de Estadística Judicial, órgano que pasamos a analizar.

B) Comisión Nacional de Estadística Judicial

[7] Sus funciones están reguladas por el Reglamento de la Estadística Judicial, 1/2003 del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), y tiene, a los efectos del artículo 15 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo de 1989, de la Función Estadística Pública, la calificación de servicio estadístico.

La Comisión Nacional de Estadística Judicial ha sido creada por el Real Decreto 1184/2006, de 13 de octubre, por el que se regula la estructura, composición y funciones de la Comisión Nacional de Estadística Judicial, dentro del Plan de Transparencia Judicial. Se trata de un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Justicia y que actúa con plena autonomía en el ejercicio de sus funciones (art.1).

La Comisión Nacional de Estadística Judicial podrá actuar en Pleno o en Comisión Técnica. Los dos órganos pueden establecer los grupos de trabajo que consideren necesario para el desarrollo de sus funciones (art.4).

Las funciones de este organismo son las siguientes:

- Aprobar los planes estadísticos, generales y especiales de la Administración de justicia.
- Establecer criterios uniformes y de obligado cumplimiento para todos sobre la obtención, tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos del sistema judicial español.
- Asegurar, en el marco del Plan de Transparencia Judicial, la disponibilidad permanente y en condiciones de igualdad por las Cortes Generales, el gobierno, las comunidades autónomas, el CGPJ, y la Fiscalía General del Estado de información actualizada, rigurosa y debidamente contrastada sobre la actividad y carga de trabajo de todos los órganos, servicios y oficinas judiciales de España, así como sobre las características estadísticas de los asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la Comisión debe garantizar el pleno acceso de los ciudadanos a la estadística judicial (art.3).

3. PROFESIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO PENAL

El Derecho Penal aborda la capacidad que tiene el Estado para castigar a las personas que cometen hechos que violan las leyes y son considerados delitos. Sin embargo, conseguir que el Derecho Penal se aplique no es algo que pueda realizarse por sí sólo, sino que intervienen una serie de profesiones que se encargan de que el mismo se haga efectivo.

A) El abogado especializado en Derecho Penal llamado también abogado penalista

Se trata de un profesional especializado para defender o acusar a las partes implicadas en un proceso judicial. Es el profesional que interpreta el Código Penal y ayuda al cliente a llevar a cabo la acusación del delito o bien la defensa del mismo. Para ello es necesario conocer qué es y qué no es delito.

B) El procurador

El procurador de los Tribunales es un profesional que está licenciado o graduado en Derecho, especializado en el procedimiento judicial. Ostenta la representación de las partes en el procedimiento, y tienen la facultad y capacidad para llevar a cabo una serie de funciones que dotan al procedimiento de una mayor agilidad, garantizando que el proceso se va a llevar de forma adecuada.

C) Jueces y magistrados

El juez es aquella autoridad pública que está investida de potestad jurisdiccional, esto es, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Es uno de los pilares fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho, y que en la Constitución Española se ha señalado en su artículo 117 que: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

D) Fiscales

Los Fiscales, tienen por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

E) Letrados de la Administración de Justicia

Los Letrados de la Administración de Justicia constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia y que ejercen sus funciones con carácter de autoridad.

F) Profesor de Derecho Penal

Es el encargado de estudiar el derecho penal, escribir sobre el mismo y enseñar.

G) Otras profesiones

A parte de todas estas profesiones, tenemos otras que se desarrollan dentro de las Fuerzas y Cuerpos del Estado como es el caso de la policía judicial. La policía judicial es una unidad especializada dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dirigida a la lucha contra la delincuencia y al servicio de los órganos que se encargan de liderar esa lucha, los tribunales penales y el Ministerio Fiscal. Son profesionales expertos en desentramar situaciones delictivas y capaces de diseñar y proponer soluciones efectivas.

Las funciones de la policía judicial se ejercen por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en todos los niveles administrativos. Se han creado actualmente unidades específicas dentro de la Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, que tienen unidades de policía judicial. En el caso de la Guardia Civil se llama Policía Judicial de la Guardia civil y en el caso de la Policía Nacional, se denomina Policía Científica de la Policía Nacional.

2. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL Y LA NORMA PENAL

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Marco constitucional del derecho penal / 3. Principios informadores del Derecho Penal / 4. La norma jurídico penal y los criterios de interpretación / 5. Las fuentes del derecho penal

1. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Española, aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo el 6 de diciembre del mismo año y sancionada por S.M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978, publicándose y entrando en vigor el mismo día, supuso la configuración de un marco para todos los españoles en el que se propugnaba un espacio de libertad, justicia y derecho.

Supuso la Constitución Española asentar las bases de un Estado social, democrático y de derecho (art. 1 CE). Además, en ella se recogen los derechos fundamentales y libertades públicas, así como los principios constitucionales de los ciudadanos, estableciendo los valores superiores del Estado español. Estos derechos y libertades deben estar especialmente protegidos, ya que se trata de bienes jurídicos esenciales, y uno de los recursos que el Estado ofrece para protegerlos es el Derecho Penal.

Este recurso estatal permite que los ciudadanos podamos actuar libremente, respetando los derechos y libertades de los demás, y sin el miedo que supondría que, en una situación de libertad absoluta, nuestros bienes jurídicos puedan verse dañados sin consecuencias para el sujeto. No se trata de un Derecho opresor sino de un Derecho en el que se protegen los derechos de las personas y sus más amplias libertades. Señala Carrara que «el Derecho Penal no es limitador de la libertad humana, sino su protector. Quien lo describa

como un freno a la libertad, falsea su naturaleza y lo convierte en un instrumento de desorden del que se han aprovechado demasiado los déspotas» [1].

En definitiva, el Derecho Penal es un instrumento jurídico que prohíbe conductas que causan o pueden causar daño en los bienes jurídicos esenciales de la comunidad, amenazando al infractor con causarle un daño importante, a través de la pena o bien, en aquellos casos donde la persona es inimputable, se ordena a los jueces y magistrados que le impongan una medida de seguridad. Las penas que actualmente nos ofrece nuestro Derecho Penal son las que quedan dentro de un Estado social y democrático de derecho, prohibiéndose las penas inhumanas o degradantes, así como la pena de muerte (art. 15 CE).

2. MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL

Nuestra Constitución Española nació del resultado de un proceso de transición democrática que se inicia con la Ley para la Reforma Política, y así lo expresa Vives,

> *la Constitución de 1978 no apareció en un momento, al calor de una revuelta popular. No nació, como Atenea de la cabeza de Zeus, de un nuevo poder constituyente que materializase de pronto su idea de Estado. Fue, por el contrario, fruto de un parto laborioso, y casi diríase distócico, cuyos primeros dolores comienzan con la llamada Ley para la Reforma Política*[2].

Así, con la base de la Constitución Española nace el Derecho Penal, rama más sensible a los cambios sociales dado que la finalidad de las normas penales no es otra que la de proteger los valores o intereses jurídicos esenciales para la convivencia democrática. El problema reside en que esos valores o intereses jurídicos esenciales van cambiando según la sociedad va avanzando, por ello mismo, lo que en un momento determinado es delito, puede que ahora no

[1] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal, parte general*, Óp. cit., pág. 25.
[2] Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-constitucin-espaola-de-1978-y-el-derecho-penal-0/html/ff26b384-82b1-11df-acc7-002185ce6064_3.html

lo sea, o al revés. Estos cambios hacen a su vez que los Códigos Penales se vean modificando de forma periódica.

Lo que sí es cierto es que, una Constitución democrática requería un Código Penal que articulara un Derecho Penal democrático. Para analizar la incidencia de la Constitución Española en el Derecho Penal tenemos que traer a colación los principios informadores del Derecho Penal moderno.

Pero ¿qué son los principios? Pues son normas básicas del ordenamiento jurídico que están inspirados en los valores, y que los encauzan hacia concretas reglas. Determinados principios deben de deducirse de ciertos preceptos constitucionales mientras que otros se recogen expresamente. Los principios que actualmente sirven de inspiración al Derecho Penal actúan como principios de legitimación o justificación, siendo además límites al *ius puniendi* del Estado. Así mismo, los principios dirán qué puede hacer el Derecho Penal y cuándo el ordenamiento jurídico penal es mejor o peor desde la perspectiva valorativa del ordenamiento. Qué normas se pueden generar y cómo interpretar. Luzón Peña señala que «estos límites, que son principios fundamentales de política criminal, deben operar no sólo de *lege ferenda* como exigencia y orientación al legislador penal, sino ya de *lege lata* en la fase de aplicación, interpretación y sistematización del Derecho»[3].

3. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL

3.1. Principio de legalidad

A) Concepto

El principio de legalidad es uno de los principios informadores del ordenamiento jurídico más importante que actúa como límite del *ius puniendi* del Estado. Así, se refiere que tan solo una ley previamente aprobada por el poder legislativo puede establecer las conductas que son constitutivas de delito y la sanción que llevan impuestas. Dicho principio se consagra en la expresión *latila nullum crimen, nulla poena* sino *praevia lege* (ningún delito, ninguna

[3] LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 23.

pena sin le previa). En otras palabras, no puede haber ningún delito que no esté recogido como tal en una ley anterior al momento del hecho, al igual que no puede haber ninguna pena que no esté también previamente recogida por ley.

El principio de legalidad encuentra su fundamento en la sumisión del Derecho Penal a la ley, de modo que no sólo no se pueden imponer penas que no estén recogidas por ley anterior a su perpetración, sino que dicha ley debe establecer qué conductas son constitutivas de delito, así como la imposibilidad de imponer penas distintas a las recogidas en la norma.

Hemos dicho que este principio actúa como límite al *ius puniendi* del Estado, lo que hace que se aporte seguridad jurídica al ciudadano, al conocer que no será castigado por hechos delictivos que no se hayan previsto como tales en una ley anteriormente a su comisión, ni con sanciones distintas a las recogidas en la norma. Veamos un ejemplo; Pedro comete un hecho que no es delito hoy, si pasado un mes sale una ley que dice que ese mismo hecho será castigado como delito con una pena concreta, a Pedro no se le puede castigar, porque en el momento de la comisión del hecho no era delito.

En un Estado social y democrático de derecho, es imprescindible que tanto el delito como la pena aparezcan claramente definidos en la ley escrita, para que todos los ciudadanos, garantizando el principio de seguridad, sepan a qué deben de atenerse.

B) Regulación del principio de legalidad

Por un lado, tenemos que la Constitución Española regula el principio de legalidad en el artículo 9.2 que señala: «La Constitución Española garantiza el principio de legalidad». También queda recogido en el artículo 25.1 del mismo texto legal al señalar que «nadie puede ser condenado 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 otro lado, en el Código Penal lo encontramos en diferentes preceptos como son: El artículo 2.1 que dice que: «no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Ca-

recen igualmente y efectos retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad». Y en el artículo 3.1: «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». En el mismo precepto, pero en el apartado segundo (art. 3.2) se recoge que «tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes».

C) Garantías del principio de legalidad

Como ya hemos podido adelantar, el principio de legalidad es uno de los principios más importantes del Derecho Penal pues, constituye una garantía que permite limitar la potestad punitiva del Estado. Esta garantía se puede dividir en:

1. Garantía penal

La ley debe establecer las penas aplicables a los delitos, lo cual será a su vez el poder legislativo encargado de ello. Se recoge en el artículo 4 del Código Penal que señala:

> *1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 2. En el caso de que un juez o tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.*

En otras palabras, las leyes penales no permiten que se apliquen a casos distintos de los comprendidos en ellas, por esto si un juez o tribunal tiene cono-

cimiento de un hecho que no es delito pero que debiera de serlo, no puede castigar al sujeto, sin perjuicio de acudir al Gobierno para exponer las razones por las que cree que debiera de ser delito. Sin embargo, aunque posteriormente fuera regulado por ley como un hecho delictivo, al sujeto que ha cometido el mismo no se le puede castigar, ya que como hemos señalado, en el momento de los hechos no era delito.

Puede ocurrir, al contrario, que un hecho delictivo cometido por una persona, el juez o tribunal considere que no debiera ser constitutivo de delito. En este caso, debe castigar al sujeto, sin perjuicio de acudir al Gobierno posteriormente para exponer las razones por las que considera que debiera de no ser delito. Si posteriormente quedara derogado y cometer tal conducta no fuera delito, entonces la condena impuesta a la persona quedaría extinguida, salvo que ya hubiera cumplido la misma.

2. Garantía criminal

Si la garantía penal se fundamenta en la pena, la criminal se fundamenta en el crimen, en el delito. Así, una conducta sólo se puede considerar delito si la ley lo establece como tal, antes de su comisión. Por ello el artículo 10 del Código Penal recoge que «son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». Con esto, el ciudadano tiene la seguridad jurídica de que sólo será castigado por un hecho constitutivo de delito, cuando así se recoja en el Código Penal.

Así mismo, si un hecho no está tipificado como delito en el Código Penal, el sujeto que ha cometido la conducta no puede ser castigado como delito, aunque posteriormente se regule como tal.

3. Garantía jurisdiccional

Para poder castigar por el delito que ha cometido un sujeto, es necesario que se haya celebrado un juicio por parte del órgano jurisdiccional correspondiente, y que se haya dictado sentencia judicial firme. Nuestra Constitución Española en el artículo 117.3 señala que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las

leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

Así mismo, el ya citado artículo 3.1 del Código Penal señala que «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». Y el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que «no se impondrá pena por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de las leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por el juez competente».

4. Garantía de ejecución

Las sanciones impuestas en sentencia firme deberán de ser ejecutadas porque si no sería meras declaraciones de voluntad. Nuestro Código Penal en el ya citado 3.2 señala que:

> *Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en tu texto. La ejecución de la pena o medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.*

D) Exigencias derivadas del principio de legalidad

Cuando se elaboran las leyes penales, se requiere que se observen dos características esenciales, tal como señala Luzón Cuesta: taxatividad y claridad, tanto al describir la conducta típica, como al establecer la pena o medida de seguridad[4]. Así el Tribunal Constitucional ha señalado que es necesaria una «tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula *lex scripta, praevia y certa*»[5]. De esta manera tenemos que tener en cuenta:

- Las leyes penales no pueden aplicarse de manera irretroactiva si es más desfavorable o más grave que la que existía en el momento

[4] LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 31.
[5] STC 89/1993 de 12 de marzo

de comisión del delito. De esta forma, solo tendrán carácter retroactivo cuando favorezcan al reo.

- En las leyes penales no pueden emplearse cláusulas generales, así las mismas deben ser cláusulas precisas al describir el tipo penal y sus penas, lo que provoca seguridad al ciudadano.
- El delito y la pena debe estar recogida en la ley no por normas con rango inferior a la misma, téngase en cuenta que cuando las leyes penales afectan a derechos fundamentales (art. 15-29 de la Constitución Española), es necesario que se regule por leyes orgánicas.
- La descripción del tipo requiere que sea taxativo, de esta forma se impide que se realice una interpretación analógica de las normas.
- Los tipos penales deben establecerse de forma cerrada y descriptiva, evitando que los tipos sean abiertos.
- Prohibición del principio de *non bis in idem*. Esto viene a ser que unos mismos hechos puedan ser castigados dos veces[6].

E) Leyes penales en blanco

Las leyes penales en blanco son aquellas normas que contemplan la sanción o la pena pero que no recogen expresamente el supuesto de hecho o conducta delictiva, de tal forma que el legislador se remite a otras leyes no penales o normas de rango inferior a la ley.

El Tribunal Constitucional ya ha señalado en más de una ocasión que basta con que la ley penal contenga el núcleo esencial de la conducta típica, y se limite a remitirse a leyes no penales.

Las leyes penales en blanco se utilizan porque el Derecho Penal no puede regular todas las conductas, ya que se generarían unos Códigos muy extensos, y difícilmente comprensibles. Así el Tribunal Constitucional en STC 24/2004, de 24 de febrero, señala que…

> *no se extiende a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos y que legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones es-*

[6] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 32.

pecíficas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo[7].

La utilización de la ley penal en blanco es una técnica utilizada pero no puede usarse de forma arbitraria, sino que tiene ciertos límites:

- No se puede acceder a esta técnica de forma sistemática, sino que debe justificarse en una necesidad de regulación penal.
- Se debe de tratar de normas que se apoyen en otras normas más ágiles y más precisas.
- Además, debe satisfacer la exigencia de certeza, esto es, que la conducta delictiva quede suficientemente justificada en la norma de complemento.

3.2. Principio de intervención mínima

El Derecho Penal no es la única rama del Derecho que se encarga de castigar, pues existen otras como el Derecho administrativo sancionador o el derecho disciplinario. Así, el Derecho Penal se utiliza en el ejercicio de la facultad que tiene el Estado para ejercer el *ius puniendi*, con el fin de proteger bienes jurídicos esenciales para la comunidad. El principio de intervención mínima tiene un doble carácter: el fragmentario y el subsidiario.

El carácter fragmentario supone que el Derecho Penal sólo debe de proteger bienes jurídicos que son esenciales para la sociedad. En otras palabras, el Derecho Penal no está llamado a proteger todos los bienes jurídicos sino, aquellos ataques más graves a los bienes jurídicos fundamentales o esenciales para la comunidad.

Por su parte, el carácter subsidiario significa que el Derecho Penal es la *última ratio*, es decir, que sólo intervendrá para proteger aquellos bienes jurídicos, no utilizando el Derecho Penal cuando existan otros mecanismos menos lesivos y graves que las leyes penales. Debe utilizarse[8] prioritaria-

[7] STC 24/2004, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 2.
[8] MIR PUG. S. *Derecho Penal. Parte General,* Reppertor, Barcelona, 2010.

mente medios de carácter no sancionador y sólo cuando no pueda utilizarse este medio, entonces es cuando debe intervenir el Derecho Penal.

3.3. Principio del hecho

Este principio parte de la necesidad de castigar, por la acción, acto o hecho concreto. Se prohíbe así que se pueda castigar por una acción o hecho que no se considere delito. De esta misma manera, no se podría castigar la fase interna, esto es, la ideación, deliberación y resolución, siendo así necesario que si se ha resuelto cometer un delito se exteriorice. Y es que el Derecho Penal no puede inmiscuirse en la mente de un sujeto.

Al hombre se le castiga por lo que hace no por lo que es ni por lo que piensa. Sin embargo, si se castiga como tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente o por hechos exteriores, practicando todo o parte de los actos que objetivamente deberían de producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes a la voluntad del autor.

3.4. Principio de protección de bienes jurídicos

El Derecho Penal castiga aquellas conductas, como ya hemos visto, que causan daños en bienes jurídicos ajenos. De esta manera, hemos de señalar que uno de los principios informadores del Derecho Penal es el de protección de bienes jurídicos. Este principio puede fundamentarse según Luzón Peña, desde la perspectiva del Estado social y democrático que estos bienes jurídicos son condiciones para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación de los ciudadanos en la vida social[9].

Podemos señalar que este principio de protección de bienes jurídicos actúa como límite al ius puniendi del Estado, lo cual hace que el Derecho Penal tenga que proteger bienes jurídicos, pero claro, cabe preguntarnos: ¿Todos los bienes jurídicos? No, recordemos el principio de intervención mínima

[9] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 25.

que nos decía que el Derecho Penal debe de ser la *última ratio* a la que hay que acudir para castigar a una persona. Así mismo, los bienes jurídicos que quedan protegidos por el Derecho Penal son los fundamentales de la vida social[10].

3.5. Principio de proporcionalidad

La pena impuesta por la comisión de un delito debe de ser proporcional a la gravedad del hecho delictivo, es decir, cuanto más importante sea el bien jurídico protegido afectado, más pena debe imponerse, de ahí que no se aplique la misma pena en caso de muerte cuyo bien jurídico es la vida, como en caso de lesiones cuyo bien jurídico es la integridad física. Así, siguiendo a Luzón Peña se ha de señalar que en el principio de proporcionalidad cuenta tanto la gravedad intrínseca como la extrínseca del hecho que se ha cometido. En el caso de la gravedad intrínseca se refiere al grado de desvalor del resultado y de la acción, esto es, la importancia y el número de bienes jurídicos afectados, la entidad del daño y la peligrosidad de la acción junto al desvalor del resultado. El caso de la gravedad extrínseca del hecho se refiere al riesgo de que ese hecho pueda volver a cometerse o la frecuencia en cometerse y la alarma social[11].

Este principio actúa así mismo también como límite al *ius puniendi* del Estado, ya que de lo que se trata es que el legislador no imponga penas desproporcionadas a la gravedad del hecho delictivo.

3.6. Principio de culpabilidad

Para entender este principio hemos de partir del artículo 5 del Código Penal que señala que no hay delito sin dolo o imprudencia, lo que nos permite hablar de que el Derecho Penal no podrá castigar a una persona si no hay culpabilidad, y así mismo, la pena debe de ser proporcional al grado de culpabilidad,

[10] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 33.
[11] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 29.

lo cual tal principio está íntimamente vinculado con el principio de proporcionalidad. En otras palabras, si un sujeto no es culpable por el hecho que ha cometido, entonces no podrá ser castigado. Y es que, una persona que ha cometido un hecho sin conocimiento y voluntad (sin dolo), y sin imprudencia, aunque el hecho sea típico y antijurídico, no podrá ser culpable.

Hemos de señalar que el principio de culpabilidad sirve para fundamentar la pena, individualizar la responsabilidad del sujeto y limitar la duración de la pena.

3.7. Principio de resocialización y humanización de las penas

En un Estado social y democrático de derecho como el nuestro quedan prohibidas las penas inhumanas o aquellas que suponen un trato degradante, así como las penas de muerte (art. 15 CE), y esto se deriva del artículo de la Constitución Española que actúa como pórtico de entrada a los derechos y deberes de las personas, el derecho a la dignidad (art. 10 CE). Siguiendo a Luzón Peña, se marca con el principio de humanización de las penas, una paulatina reducción del contenido aflictivo de las sanciones, y un intento de compatibilizarlas en lo posible con el máximo disfrute de los derechos del condenado, lo cual nos permite hablar de que las penas van dirigidas a la reinserción y resocialización del condenado. Así, nuestro artículo 25.2 de la Constitución Española señala entre los Derechos Fundamentales que las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad se orientarán a la reeducación y reinserción social[12].

Cuello Contreras y Mapelli Caffarena señalan que el principio de resocialización presenta dos facetas con distintos alcances y contenidos: en primer lugar la resocialización obliga a un diseño de las instituciones penitenciarias y de las medidas de seguridad privativas de libertad, de forma que ya no hablamos de penas que se cumplan a través de trabajos forzados sino que se reeduque al sujeto para que pueda volver a vivir en un Estado social y

[12] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 32.

democrático de derecho, respetando las leyes y respetando[13] los derechos de los demás. En segundo lugar, la resocialización es un principio rector de todo sistema penal y tiene un alcance mayor e incide en todas las fases del mismo, aunque sea de forma desigual[14].

3.8. El principio de non bis in idem

El principio de *non bis in idem* tiene un doble significado. Por un lado, viene a señalar que nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho y con una misma fundamentación. Este principio se apoya constitucionalmente en el artículo 1.1 de la Constitución española, esto es, en los valores superiores del ordenamiento jurídico, como son, entre otros, la justicia y la igualdad.

Por otro lado, este principio impide que se puedan castigar por un hecho con sanciones penales y sanciones administrativas, salvo en los casos en que en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los tribunales y a su vez la potestad sancionadora, siempre que en la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida (…)[15].

4. LA NORMA JURÍDICO PENAL Y LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

4.1. Introducción

El Derecho Penal está formado por normas penales, que, de acuerdo con el principio de legalidad, son la principal fuente del Derecho Penal. Estas normas son aprobadas por el poder legislativo, es decir, las Cortes Generales. Bien es cierto que las Comunidades Autónomas también pueden crear leyes, pero en materia penal, sólo es el Estado el que puede elaborarlas.

---

[13] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Curso de Derecho Penal. Parte general, Óp. cit., pág. 251.
[14] Ibidem.
[15] STS 307/2013 de 4 de marzo.

El artículo 25.1 de la Constitución Española recoge 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». Cuando hablamos de legislación vigente, nos referimos a normas de rango de ley, pero también a otro tipo de normas como pueden ser los reglamentos, desde un sentido amplio. Sin embargo, en materia penal la doctrina es unánime en que cuando se habla de legislación vigente en materia penal, no se refiere a normas con rango no de ley, sino a normas con rango de ley. Las normas con rango de ley pueden ser de muchos tipos, desde leyes orgánicas, leyes ordinarias, hasta decretos ley o decretos legislativos. Así pues, cabe preguntarnos, qué tipo de leyes son las que deben de regular el ordenamiento jurídico penal.

Sobre este punto podemos diferenciar como hace Luzón Peña, tres posiciones doctrinales. La posición mayoritaria considera que las leyes penales que restrinjan o afecten a derechos fundamentales y libertades públicas, de acuerdo con el artículo 81 de la Constitución Española, deberán de regularse por ley orgánica. Otra posición minoritaria es aquella que sostiene que las leyes penales nunca han de tener rango de ley orgánica porque no se trata de desarrollo de derechos fundamentales, lo que permite que puedan ser leyes ordinarias o decretos ley y decretos legislativos. Sin embargo, la posición que sigue el Tribunal Constitucional y que es la más acertada, es aquella que señala que «la ley penal ha de tener rango de ley orgánica sólo si por las penas o medidas que imponga afecta o limita derechos fundamentales, lo cual ocurriría en algunos casos, y a parte de ello también cuando el bien jurídico protegido en los tipos delictivos sea algún derecho fundamental»[16].

4.2. Estructura de la ley penal

La norma jurídico penal está formada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho describe la conducta futura, en el que, si el sujeto activo la realiza, entonces tendrá una consecuencia jurídica, por

[16] STC 25/1984, de 23 de febrero. LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 61.

ejemplo, el artículo 138 del Código Penal recoge que «el que matare a otro será castigado como reo de homicidio con la pena de 10 a 15 años». El supuesto de hecho es «El que matare a otro» y la consecuencia jurídica es la pena que se impone al sujeto activo que realiza la acción.

Podemos diferenciar dentro de las normas, entre normas completas e incompletas. Las normas completas son las que describen de forma completa el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, aplicando la pena o medida de seguridad. Veamos un ejemplo, el artículo 157 del Código Penal recoge que…

> *el que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica (...) (supuesto de hecho), (...) será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años o inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años (consecuencia jurídica).*

Como se puede observar esta norma es una norma completa porque recoge de forma íntegra tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica.

Frente a las normas completas tenemos las incompletas, que son aquellas que sólo contienen el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, de tal manera, que, a lo mejor, recoge el supuesto de hecho como es el caso de la injuria o la calumnia, y la pena se prevé en otro precepto. Veamos el ejemplo, el artículo 205 del Código Penal recoge que «es calumnia, la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad», es decir, estamos sólo ante el supuesto de hecho, recogiéndose la pena en el artículo 206 del Código Penal. Otro ejemplo de norma penal incompleta y al que ya hemos hecho referencia es el de la norma penal en blanco, que lo hemos estudiado en el capítulo II.

Hemos de tener en cuenta que las normas de la Parte general del Código Penal son normas que complementan, limitan o aclaran y son necesarias para entender la Parte especial del Código Penal, siguiendo a Luzón Peña. Claro está que, si las normas penales de la Parte especial son completadas con

las normas de la Parte general, entonces significa que las normas de la Parte especial son todas ellas incompletas. Sin embargo, Luzón Peña aclara que, las mismas al necesitar a la Parte general para que queden completas, no quiere decirse que sean incompletas en cuanto a su estructura, ya que muchas de ellas están formadas por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, pero sí serán incompletas en cuanto a su contenido[17].

4.3. Criterios de interpretación de las normas penales

Ya hemos podido estudiar cómo son las normas penales y cuál es su estructura. Ahora, toca abordar el tema de la interpretación, lo que significa que se trata de la operación que se debe de hacer los órganos jurisdiccionales para dar sentido a las normas jurídicas. Y esto es así porque, la ley penal no se puede aplicar sin más, sino que se necesita de la interpretación. En otras palabras, el órgano judicial necesita averiguar el sentido que tiene una ley para poder aplicarla al caso concreto, y para ello el mecanismo que se utiliza es el de la interpretación.

A) Interpretación según el sujeto

Según quien realice la interpretación se puede distinguir entre la interpretación auténtica, doctrinal y jurisprudencial.

- La auténtica es la que efectúa el legislador, teniendo en cuenta los términos que ha utilizado en la norma.
- La doctrinal es la que realiza la doctrina mayoritaria a través de los trabajos científicos de investigación.
- La jurisprudencial es la que se efectúa por los jueces y tribunales, concretamente la que realiza tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional[18].

[17] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 64.
[18] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Curso de Derecho Penal. Óp.cit., pág. 53.

B) Interpretación según los efectos

- Según los efectos que tenga la norma jurídico penal podemos distinguir entre la interpretación restrictiva, declarativa y extensiva.
- La interpretación declarativa es la que se limita a, como dice la propia palaba declarar, es decir, a dejar constancia de que el tenor literal coincide con la voluntad o finalidad de la norma.
- La interpretación restrictiva es aquella en la que supone restringir el significado literal de la norma.
- La interpretación extensiva se da cuando el tenor literal de la norma se queda corto, como señala Luzón Peña, y hay que hacer una interpretación más amplia de la misma[19].

C) Interpretación según el método utilizado

Se distingue aquí entre la interpretación gramatical, lógico-sistemática, histórica y teleológica.

- La interpretación gramatical es aquella que se realiza atendiendo al tenor literal de las palabras, esto es, al significado que tienen cada una de las palabras de la norma. Se trata de conocer cuál es el sentido de cada una de las palabras que forman la norma jurídica, teniendo en cuenta su significado usual o común, aunque también hay que conocer el significado jurídico del término.
- La interpretación lógico-sistemática es aquella que consiste en descubrir el sentido del precepto, pero extrayéndolo del contexto de la ley en el que se encuentra. En otras palabras, se tienen en cuenta donde se encuentra la norma recogida y la relación que tienen con respecto a las demás.
- La interpretación histórica se realiza teniendo en cuenta los antecedentes históricos y el contexto histórico en el que se promulgó la ley.

[19] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 78.

4.4. Interpretación y analogía

Ya hemos visto los criterios de interpretación, pero no podemos establecer una jerarquización entre ellos, sino que todos y cada uno aporta al intérprete un sentido para aplicar la ley al caso en concreto. Cuando se interpreta la norma, se realiza un esfuerzo de síntesis para poder también aplicar la norma a casos que, aunque no están contemplados en la letra de la ley, sí se contemplan en su espíritu y finalidad. De esta manera, frente a la interpretación, tenemos la analogía, que consiste en aplicar una norma a un caso que no está contemplado en el mismo, pero tampoco en su letra ni en su voluntad, pero es semejante al caso que comprende la norma. En Derecho Penal es muy importante tener en cuenta que la analogía está prohibida siempre y cuando perjudique la responsabilidad penal del sujeto o bien crea un nuevo supuesto de hecho, es decir, la analogía en contra del reo. Sin embargo, si se permite la analogía que queda a favor del reo, esto es, la que atenúa la responsabilidad o la que incluso excluye la responsabilidad penal.

Sin embargo, la doctrina considera que no se puede distinguir entre interpretación y analogía, ya que realmente toda interpretación es analógica, por ello es preferible distinguir entre interpretación *intraliteral y extraliteral*. La primera estará permitida, mientras que la segunda no.

5. LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

A) Las leyes

Teniendo presente el estudio del principio de legalidad, la doctrina y la jurisprudencia llegan a la confirmación de que sólo la ley es la que puede establecer delitos y asignar las penas o medidas de seguridad. Por lo que no hay delito si no hay una ley previa que lo establezca como tal. Esto se traduce en una absoluta reserva de ley.

Teniendo claro que las normas penales tienen que tener el rango de ley penal, nos preguntamos si, sólo se trata de leyes orgánicas o también de leyes ordinarias. Recordemos que las leyes orgánicas son aquellas que requieren una mayoría absoluta del congreso en una votación final sobre el conjunto

del proyecto, artículo 81.2 de la Constitución Española. Además, las leyes orgánicas se utilizan cuando se trata de desarrollar ciertas materias entre ellas los derechos fundamentales y libertades públicas. Teniendo presente esto, se puede afirmar que cuando las leyes penales impongan penas que vayan dirigidas a restringir los derechos fundamentales y libertades públicas, entonces deberá de ser una ley penal de carácter orgánico. A *sensu contrario*, si la ley penal impone o restringe derechos de carácter no fundamental, nada impediría que se regulase por leyes penales de carácter ordinario.

Así podemos concluir que, las leyes penales tendrán carácter orgánico cuando las mismas afecten a derechos y libertades fundamentales, no impidiendo que se pueda regular por ley ordinaria cuando queden afectados derechos y libertades de carácter no fundamental.

La segunda cuestión a tratar sería si las normas penales pueden tener rango de decretos legislativos, que son normas con rango de ley dictadas por el gobierno previa delegación de las Cortes Generales (art. 82 CE). Aquí la doctrina mantiene que sean posibles ciertos decretos legislativos penales o con alguna norma penal si no prevén penas privativas de derechos y libertades públicas[20].

Íntimamente relacionado con lo anterior, tenemos que abordar la cuestión de; si los decretos leyes, que son disposiciones legislativas que dicta el Gobierno por razones de extraordinaria y urgente necesidad, como dispone el artículo 86.1 de la Constitución Española, pueden regular materia penal. Estas normas no podrán afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas, así como a cualquiera de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, lo cual, cabe señalar que no cabe que los decretos leyes puedan regular materia penal[21].

En definitiva, sólo serán las leyes las que puedan regular materia penal, y siempre y cuando las normas penales afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas, éstas deberán de tener carácter de ley orgánica. Así mismo, no se impide como hemos podido observar que haya normas de rango

[20] LASCAURRAIN SÁNCHEZ, J. A. *Manual de introducción al Derecho Penal. Parte General*, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pág. 64.
[21] Ibidem., pág. 64.

de ley, como son leyes ordinarias o decretos legislativos que puedan tener carácter penal.

B) Costumbre

La costumbre es la reiteración de ciertos actos que se repiten en el tiempo y son asumidos por los sujetos como normas. Sí son fuente del Derecho, pero no son concretamente fuente del Derecho Penal ya que, como hemos señalado anteriormente, sólo son fuentes del Derecho Penal las normas con rango de ley.

C) Tratados y convenios internacionales

Desde un punto de vista internacional, planteamos ahora si es posible que los delitos y las penas puedan establecerse por tratados o convenios internacionales si las Cortes Generales lo autorizan según el artículo 94.1 de la Constitución Española. Siguiendo a Lascaurrain Sánchez, lo normal es que los tratados internacionales contengan obligaciones penales pero que no establezcan delitos ni penas, sino que se imponga tal obligación a los Estados, siendo así fuentes indirectas de Derecho Penal y no fuentes directas[22].

Los convenios internacionales por su parte son excepcionales los que tipifican clara y directamente delitos y penas, otorgando su conocimiento a tribunales internacionales como sería el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

D) El Derecho de la Unión Europea

La Unión Europea ha tratado de crear un ordenamiento jurídico penal homogéneo entre todos los Estados miembros, para ello se obliga a que los Estados armonicen las legislaciones penales. En la actualidad podemos ver el ejemplo de la reforma de la Ley orgánica 1/2015 del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad sexual de menores y relativos a la explotación sexual y la corrupción de menores, fruto de la Directiva 2011/193/UE.

Por último, para combatir el fraude financiero que pueda afectar a los intereses financieros de la unión, los artículos 301 y 325 del Tratado de Fun-

cionamiento de la Unión se exige a los Estados Miembros que luchen contra cualquier actividad ilegal y fraude que pueda afectar a los intereses financieros de la Unión Europea. Para ello, los Estados deberán de adoptar las mismas medidas coordinando cualquier acción que adopten con el fin de proteger los intereses financieros de la Unión Europea.

En definitiva, el Derecho de la Unión Europea es una fuente indirecta del Derecho Penal, imponiendo a los Estados la armonización de las legislaciones penales y combatir de la misma manera el fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea, lo que obliga a que se regule en nuestro ordenamiento jurídico a través de una norma con rango de ley.

3. LA PENA

SUMARIO: 1. Concepto / 2. Características de las penas / 3. Fundamento de la pena / 4. Fines de la pena / 5. Clasificación de las penas / 6. Las teorías de las penas / 7. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en el sistema de penas

1. CONCEPTO

La pena es la consecuencia jurídica que se impone a un sujeto que ha cometido una acción u omisión, típica, antijurídica y culpable. Además, a esta definición podemos añadir como señala Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, se trata de una institución de Derecho Público que viene a limitar un derecho a una persona como consecuencia de la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, cuando ha recaído una sentencia[1].

Así mismo no nos podemos olvidar de la fórmula que ya hemos citado al hablar del Derecho Penal y que lo señala Von Listz: El Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia[2].

En definitiva, la pena es la consecuencia que se aplica por los jueces o tribunales en sentencia, tras la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable. Supone la privación de un bien con la finalidad de evitar que esa persona no vuelva a cometer el hecho y que los demás miembros de la sociedad vean que si cometen esa misma conducta llevarán asociada la misma consecuencia jurídica. Así mismo, la definición del concepto de pena está íntimamente ligada a los fines de prevención general y especial de la pena.

Para dar una definición más completa se ha de señalar que estas penas no pueden ser creadas por el legislador en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado de forma arbitraria, sino que deberán de respetar los principios infor-

[1] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal*. Óp. cit., pág. 245.
[2] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 223.

madores del Derecho Penal que vimos en el capítulo anterior, siendo necesario que el delito se haya cometido con dolo o imprudencia (art. 5 CP).

2. CARACTERÍSTICAS DE LAS PENAS

Las penas presentan una serie de características que las podemos extraer de la definición dada anteriormente:

- Es una sanción que debe ser impuesta por un órgano jurisdiccional a través de un proceso judicial tal como señala el artículo 3.1 del Código Penal: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de una sentencia firme dictada por un juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales».
- Las penas se aplicarán de forma personal, ya que se imponen a los autores del delito cometido.
- La pena debe estar prevista para el delito cometido por ley anterior al momento de su perpetración, careciendo igualmente de efectos retroactivos las medidas de seguridad (art.2 CP).
- La pena deberá de ser proporcional al delito cometido y al grado de culpabilidad del sujeto activo.
- Las penas tienen que respetar los Derechos Fundamentales, esto es, no podrán consistir en trabajos forzados, tratos inhumanos o degradantes, quedando prohibida la pena de muerte.
- Y en un Estado social y democrático de derecho como el que tenemos, se debe traer a colación el artículo 25.2 de la Constitución Española donde señala que las penas privativas de libertad y medidas de seguridad deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

3. FUNDAMENTO DE LA PENA

El fundamento de la pena se encuentra en el porqué de la misma, esto no es otra cosa que en la necesidad o justificación. De esta manera, el fundamento se encuentra en la necesidad de que el Estado ejerza el *ius puniendi* con la

finalidad de luchar contra los delitos, manteniendo así el orden correcto de la sociedad, y protegiendo los bienes jurídicos de los ciudadanos. Con esto se consigue que haya una adecuada convivencia entre los miembros de la comunidad.

La pena así consiste en infligir un mal privando a la persona de un derecho o bien jurídico como reproche al daño causado en el derecho o bien jurídico de otra persona. Por ello mismo el fundamento de la pena tiene una estrecha vinculación con los fines de la pena. Que vamos a pasar a analizar.

4. FINES DE LA PENA

Siguiendo a Luzón Cuesta, la pena es un mal ya que causa una privación en un bien, sin perjuicio de que sea beneficiosa para la sociedad o, incluso, en algunos casos para el propio penado. Esto nos sirve como premisa para exponer que, si la pena es un mal, qué objetivos tiene la misma en la sociedad en general, y en el penado en particular.

Los fines de la pena se encuentran, por un lado, en el carácter retributivo, esto es, que la pena se presenta para enmendar la responsabilidad que recae en el sujeto por la comisión del delito.

Por otro lado, tenemos el carácter de prevención que a su vez se puede diferenciar entre: prevención general y especial. En el caso primero, actúa como mecanismo de contención para que otros delincuentes no cometan ese mismo delito, ya que si lo cometen serán castigados con esa misma pena, es decir, disuadiendo así de infringir la ley. En el caso segundo, la prevención especial va dirigida a que el sujeto autor del delito no vuelva a reincidir. Y esta finalidad está plasmada en la Constitución Española en su artículo 25.2 cuando se reconoce que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción, en otras palabras, reeducar al ciudadano para que pueda volver a vivir en un Estado social y democrático de derecho respetando las leyes, y respetando los derechos de los demás.

A propósito, se debe hacer referencia a la STC 2/1987, de 21 de enero en la que se señala que: «(…) las penas privativas de libertad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social (…). Sin embargo, en misma sentencia reconoce que no es una finalidad absoluta la reinserción social, de las penas privativas de libertad, sino que se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena (…)»[3].

5. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

Las penas se pueden clasificar de muchas formas posibles, pero para que esto no sea algo muy extenso, hemos considerado hacerlo del siguiente modo:

A) Según el bien jurídico afectado

Teniendo en cuenta el Estado social y democrático de derecho que la Constitución proclama, cierto es que no se pueden ver afectados bienes jurídicos como la vida, integridad física, libertad sexual etc. De esta forma se puede distinguir entre penas de carácter personal, que sería la pena privativa de libertad, y las penas de carácter patrimonial, como sería la multa. Sin embargo, pueden verse afectados otros tipos de bienes personales como es la privación de conducir vehículos a motor o la participación en asuntos públicos[4].

B) Por su gravedad

Se puede distinguir entre penas graves, menos graves y leves según el artículo 33 del Código Penal. Debe tenerse en cuenta, que cuando la pena por su extensión pueda ser clasificada en pena grave y menos grave, será considerado delito grave. A sensu contrario, si la pena por su extensión puede ser clasificada entre pena menos grave y leve, entonces será considerado delito leve.

C) Por su autonomía

Podemos distinguir entre penas principales y accesorias. Las penas principales son las que la ley señala para cada delito, mientras que las accesorias son

[3] Sentencia 2/1987, de 21 de enero
[4] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 226.

aquellas en las que, no imponiéndolas especialmente, la ley declare que otras penas la llevan consigo (art. 54 CP).

D) Por su naturaleza

Se puede distinguir entre penas privativas de libertad, penas privativas de otros derechos y la multa. Dentro de las penas privativas de libertad nos encontramos con, la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente, y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35 CP).

Las penas privativas de otros derechos son: la inhabilitación absoluta y especial, la suspensión del empleo y cargo público, la prohibición de aproximarse a la víctima o lugares, y los trabajos en beneficio de la comunidad (art. 39 y 49 CP).

E) Por el sujeto destinatario

Actualmente nuestro Código Penal reconoce como sujetos activos tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Así se puede hacer esta distinción, las penas que se imponen a las personas físicas y las penas que se imponen a las personas jurídicas, siendo éstas últimas siempre de carácter grave.

Dentro de las penas atribuidas a las personas jurídicas podemos diferenciar entre aquellas penas que tienen una duración temporal, por ejemplo, clausura de sus locales, y definitivas, que sería la disolución de la persona jurídica.

6. LAS TEORÍAS DE LAS PENAS

Ya hemos adelantado anteriormente cuáles eran los fines de las penas haciendo mención a las teorías de la retribución y a las de prevención, sin embargo, vamos ahora a proceder a realizar un análisis de las mismas, de forma más detallada.

Así, hemos de señalar que las teorías de las penas se pueden distinguir entre las teorías absolutas y las relativas. Las absolutas se fundamentan, si-

guiendo a Cuello Contreras y Mapelli Caffarena[5], en los Derechos penales del Antiguo Régimen, mientras que las relativas en el Estado Social y Democrático de Derecho.

6.1. Teorías absolutas

Los principales propulsores de las teorías absolutas de la pena fueron Kan y Hegel. Para los partidarios de esta teoría consideran que la pena se fundamenta en la culpabilidad del autor del delito, de tal forma que la pena es la retribución del mal causado. De esta manera, la justificación de la sanción penal es la realización de la justicia como valor ideal, teniendo la pena un valor absoluto, ya que constituye un fin en sí mismo, no sirviendo para nada más[6]. La pena es el medio justo por el delito cometido, buscándose a través de la misma, hacer justicia[7]. Además, la pena debe de ser la consecuencia al delito, como medio para que el autor expíe su culpa. Para los defensores de esta teoría, la justicia reside en que el autor del delito sufra también un mal por el hecho cometido, al igual que la víctima ha sufrido el daño causado por el autor del mismo. En otras palabras, la pena sirve para el restablecimiento de la justicia frente a la conducta ilícita del culpable, satisfaciendo también a las víctimas, que son los sujetos más afectados por el delito[8].

6.2. Teorías relativas de la pena

Las penas al igual que las normas penales, cumplen para esta posición una función preventiva de tal manera que se puede diferenciar entre la prevención general y especial.

---

[5] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal*, Óp. cit., pág. 36.

[6] DURÁN MIGLIARDI, M. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Emmanuel Kant a propósito del neoretribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 16, 2011, pág. 95.

[7] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal,* Óp. cit., pág. 36.

[8] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 17.

1. La prevención general

A través de la teoría de la prevención general se pretende dar dos efectos distintos; efecto positivo y efecto negativo. A través del efecto positivo de las penas se persigue que los ciudadanos sean fieles al Derecho, como señala Jakob. Así, ante la alternativa de delinquir o no delinquir, los sujetos elijan la segunda. En su vertiente negativa, la pena se utiliza como medio intimidatorio frente a los demás miembros de la sociedad, de tal manera, que a su vez actúa como freno ante posibles delincuentes.

2. La prevención especial

Mientras que la teoría de la prevención general se centra más en la sociedad, con la teoría de la prevención especial se centra en el delincuente. Esto es, mientras que el sujeto está cumpliendo una pena se pretende que el mismo no vuelva a delinquir y además se ejercerá sobre él, un tratamiento de resocialización, tal como ya dijimos aludiendo al artículo 25.2 de la Constitución Española.

7. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE PENAS

Las personas jurídicas a partir del año 2010 serán responsables de hechos delictivos. Sin embargo, el esquema que sigue el Código Penal es el siguiente:

A) Administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica (art. 31 CP)

Por un lado, se ha de diferenciar entre la responsabilidad penal de los administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, el artículo 31 del Código Penal recoge que…

> *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 concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito re-*

quiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Así, se trata de una responsabilidad penal atribuida a las personas físicas que ostentan los cargos de dirección o administración de una persona jurídica. Sin embargo, este tipo de responsabilidad se deriva de los delitos especiales impropios, esto es, delitos en los que se requiere una cualidad o condición para ser sujeto activo del mismo, de tal forma, que no toda persona puede ser sujeto activo del mismo.

Así mismo, este precepto traslada la responsabilidad a los administradores de hecho (personas que sin tener u ostentar el cargo de administrador de manera formal, actúa como si lo fuera, con independencia y autonomía) o de derecho (que son los que han sido nombrados conforme a los Estatutos y así se hace constar en el Registro Mercantil), así como aquellos cargos que materialmente tengan atribuida funciones propias de un administrador[9].

B) Responsabilidad penal de la persona jurídica: acción típica

El Código Penal recoge que la persona jurídica será responsable; Por un lado, por aquellas personas físicas que con poderes de dirección o autoridad para tomar decisiones en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, han cometido el delito en su propio provecho, lo cual consagra la responsabilidad por trasferencia o vicarial, ya que traslada a la persona jurídica los delitos cometidos por estos sujetos. Por otro lado, por los delitos cometidos por quienes estañado sometidos a la autoridad de las personas que representan a las personas jurídicas, han cometido el delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control (art. 31 bis.1)[10].

Como se puede observar, el Código Penal no señala que las personas jurídicas cometan el delito, sino que serán penalmente responsables de los delitos cometidos por otras personas físicas[11].

[9] STS de 25 de junio de 2010

[10] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal,* Óp. cit., pág. 72.

[11] Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

C) Exención de la responsabilidad de la persona jurídica. Oficial de cumplimiento.

El Código Penal reconoce que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal, si el delito se hubiera cometido por aquellas personas que representan a las personas jurídicas (art. 31 bis. 1.a) CP) siempre que el órgano de administración ha desarrollado un modelo de organización y gestión para prevenir delitos de la misma naturaleza o reducir de forma significativa su comisión (art. 31 bis. 2 CP).

Los requisitos para la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica son:

- Que se hubiera adoptado con anterioridad a la comisión del delito;
- Que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos y que se encargue legalmente de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- Que los autores del delito hayan cometido el mismo eludiendo fraudulentamente tales modelos de organización y prevención;
- Que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano que se encargaba de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención.

Si tales condiciones exigibles para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad no pudieran acreditarse de forma total, el Código Penal prevé la posibilidad de que se valore tal circunstancia a los efectos de atenuar la pena (art. 31bis.2 CP). Aquí hay que mencionar que el Código Penal cuando reconoce que habrá un órgano encargado de supervisar el cumplimiento de los modelos de organización y gestión de riesgos, y asegurar su funcionamiento, se refiere al oficial de cumplimiento o también llamado *compliance officer*, que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas. Este *compliance officer* debe de ser como señala el Código Penal, un órgano de la persona jurídica.

Por último, en el supuesto de que el delito se hubiera cometido por aquellas personas que estuvieran subordinadas a las personas que representan directamente a las personas jurídicas, podrá quedar exenta de responsabilidad la persona jurídica si antes de la comisión del delito, se ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir los delitos de la misma naturaleza al que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de comisión (art. 31 bis.4 CP). Aplicándose la misma atenuación del párrafo anterior cuando, tales circunstancias no pudieran acreditarse de forma total.

D) Persona jurídica de pequeñas dimensiones

El Código Penal prevé la posibilidad de que haya personas jurídicas que, por sus dimensiones, las funciones de supervisión, vigilancia y control no sea atribuido a un órgano de la persona jurídica sino al propio órgano de administración.

Se considera persona jurídica de pequeñas dimensiones, aquellas que estén autorizadas a presentar, según la legislación vigente, cuenta de pérdidas y ganancias de forma abreviada (art. 31 bis.3 CP).

E) Requisitos de los modelos de organización y gestión

Para poder aplicar la exención de responsabilidad penal que se reconoce para la persona jurídica, los modelos de organización y gestión necesitan que cumplan ciertas características:

- Que se hayan identificado en el mismo las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deban de ser prevenidos;
- Que se establezcan en los modelos, los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas;
- Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir los delitos que deban de ser prevenidos;

- Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención;
- Que se establezca un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo;
- Que se realice una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación, cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios (art. 31 bis. 4 CP).

En definitiva, se trata de valorar si la persona jurídica tiene implantado un manual de prevención con medidas suficientes de vigilancia y control, y que tal modelo cumpla una serie de requisitos que son los vistos anteriormente[12].

F) Falta de identificación de la persona física responsable del delito

El Código Penal reconoce que se puede exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando, como dice Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, haya evidencias del comportamiento delictivo de algún representante, aunque no se pueda individualizar a la persona física que ha cometido el delito o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella[13].

G) Modelo mixto de responsabilidad

El Código Penal reconoce que se puede exigir responsabilidad penal a las personas físicas que cometen los delitos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en beneficio directo o indirecto, siendo representantes de las mismas, y también a la propia persona jurídica, esto es, la empresa, pero siempre aplicando el artículo 31 ter.1 que señala en el último inciso que; cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo

[12] AJCI 96/2017 de 29 de julio 2021. Véase la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

[13] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal,* Óp. cit., pág. 73.

que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

H) Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Las circunstancias que el Código Penal reconoce como atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son aquellas actividades que se señalan a continuación, y que se han realizado con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales:

1. Que se haya procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
2. Que se haya colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del procedimiento, pero que sean nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales.
3. Que se hubiera procedido, en cualquier momento del procedimiento y siempre con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
4. Que antes del comienzo del juicio oral, se hayan establecido, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

I) Circunstancias personales del representante o agravaciones

El Código Penal recoge que las circunstancias que afecten a la culpabilidad del representante o que agraven su responsabilidad, no afectarán a la responsabilidad propia de la persona jurídica (art. 31.2 ter CP).

J) Personas jurídicas públicas exentas de responsabilidad

El artículo 31 *quinquíes* del Código Penal recoge las personas jurídicas que quedan exentas de responsabilidad penal y señala que serán: el Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan

potestades públicas de soberanía o administrativas. Se exceptúa a las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se les podrá aplicar ciertas penas. Sin embargo, esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie de que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal (art. 31.1 y 2 *quinquíes*).

4. ÁMBITO DE LA LEY PENAL

SUMARIO: 1. Validez temporal de la ley penal / 2. Validez especial de la ley penal / 3. Validez personal de la ley penal

1. VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

1.1. Nacimiento de la ley penal

Las leyes entran en vigor tras la promulgación y posterior publicación de la misma. La regla general conforme artículo 2.1 del Código Civil es que las leyes entren en vigor 20 días siguientes a su publicación salvo que se hubiera dispuesto otra cosa en las mismas.

El período que abarca desde la publicación hasta su entrada en vigor se denomina *vacatio legis*, durante el cual la ley todavía no produce efectos a los ciudadanos.

1.2. Derogación de la ley penal

Las leyes se extinguen a través de la derogación, según señala el artículo 2.2 del Código Civil, que señala que las leyes se derogan por otras posteriores. La derogación puede ser de dos tipos: expresa o tácita. La expresa es cuando la ley nueva señala que queda derogada en todo o en parte la ley anterior, mientras que la tácita se cuándo la ley nueva y la ley antigua son incompatibles así, ésta última quedará derogada.

Siguiendo a Luzón Peña[1], una forma de derogación es la anulación, que se produce por parte del Tribunal Constitucional cuando se presenta un recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de inconstitucionalidad, y el órgano declara la inconstitucionalidad de la norma.

[1] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 85.

1.3. Irretroactividad de las leyes penales

El principio de irretroactividad significa que se prohíbe la aplicación de la ley a hechos que se hubieran producido cuando la misma no está todavía en vigor (art. 2.2 CC). Así mismo, en materia penal se prohíbe que las leyes penales tengan efecto retroactivo especialmente cuando sean desfavorables para el reo. A sensu contrario, si la misma tiene efectos favorables sí podrá tener carácter retroactivo.

El fundamento de la retroactividad de la ley penal favorable está en que sería injusto, como dice Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, castigar de una forma que ya no convence unos delitos cometidos antes de su entrada en vigor[2].

Puede ocurrir que la ley posterior sea en parte más favorable y en parte menos favorable, en cuyo caso, las posiciones doctrinales son contradictorias. Cuello Contreras y Mapelli Caffarena consideran que no habría inconveniente de aplicar lo más favorable de cada una de ellas, sin embargo, la doctrina mayoritaria es partidaria de aplicar la ley penal en bloque[3].

1.4. Determinación de la ley más favorable

A veces es difícil determinar si la ley posterior es más o menos favorable. El artículo 2 del Código Penal señala que en caso de duda habrá que oír al reo.

Así, algunos autores entienden que debe oírse al reo, tal como dice el Código Penal, mientras que otros señalan que, aun escuchando al reo, que se le tendrá en cuenta, el mismo no tendrá carácter vinculante y será el juez el que decida[4].

Cuello Contreras y Mapelli Caffarena señalan una serie de criterios orientativos:

---

[2] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal,* Óp. cit., pág. 54.
[3] Ibidem, pág. 55
[4] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 90.

- Una ley que amplía el ámbito de comportamiento punible es más desfavorable
- De lo contrario, una ley que restringe lo punible es más favorable[5].

1.5. Leyes temporales

Las leyes temporales son aquellas normas que se han dictado para un momento temporal, como por ejemplo cuando se dictan en situación de guerra, calamidad, entre otras. Estas leyes tras el paso del tiempo para el que fueron dictados se aplicarán de nuevo la ley anterior o bien se aprobaría una ley más benigna que la ley temporal. El problema reside en que, al aplicarse la ley posterior más benigna, las leyes temporales quedarían sin aplicación, de tal forma que no se podría aplicar a hechos cometidos durante su vigencia, pero juzgados después[6]. La solución así llegó en el año 1995 con el artículo 2.2 del Código Penal en el que los hechos cometidos durante la vigencia de una ley temporal se juzgarán conforme a ella, aunque en el momento de ser juzgaos no estuviera ya vigente[7].

1.6. Tiempo y lugar de comisión del delito

Saber el tiempo y lugar donde se produzco el resultado es importante, así, no hay problema cuando coincide la acción y el resultado. Por su parte, si la acción y el resultado no coinciden entonces se dan una serie de teorías:

- Teoría de la actividad: donde se considera el tiempo y lugar en que se realizó la acción;
- La teoría del resultado; que mantiene una postura de tiempo y lugar donde se produjo el resultado;

[5] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal*, Óp. cit., pág. 56.
[6] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, Óp. cit., pág. 90.
[7] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Curso de Derecho Penal. Óp. cit., pág. 56.

- La teoría de la ubicuidad, que considera que se comete el delito donde se desarrolla la actividad delictiva y donde se produce el resultado.

Visto estas teorías, la más adecuada en cuanto al lugar de comisión del delito es la de la ubicuidad. Respecto al tiempo, el artículo 7 del Código penal señala que «a la hora de determinar la ley aplicable en el tiempo, los delitos se considerarán cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar».

2. VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

Para determinar la ley penal en el espacio hay que estar a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De esta forma, lo primero que tenemos que señalar es lo que abarca el concepto de *territorio español* para ello vamos a seguir a Cuello Contreras y Mapelli Caffarena[8]:

- Territorio geográfico que es el comprendido dentro de las fronteras españolas
- Mater territorial
- Espacio aéreo español
- Buques y aeronaves españolas

Vamos ahora a señalar los principios que se aplican en materia de penal para determinar la validez espacial de la ley penal.

A) Principio de territorialidad

El artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que le corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos cometidos en territorio español o bien los cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo que señalen los tratados internacionales en los que España sea parte.

[8] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal*, Óp. cit., pág. 57-59.

Sin embargo, en España no sólo se aplica el principio de territorialidad ya que la jurisdicción española conocerá también de delitos cometidos fuera del territorio español.

B) Principio de personalidad

Recogido en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tenemos que los tribunales españoles conocerán de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio español siempre que:

- El responsable fuera español o extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del delito
- Que el hecho sea delito en el lugar de comisión[9].
- Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los tribunales españoles[10].
- Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, no haya cumplido condena. Si se hubiera cumplido parte de la condena, se le tendrá en cuenta para la rebaja de la misma de forma proporcional.

C) Principio real o de protección de intereses

Este principio se aplica porque el Estado tiene un especial interés en perseguir delitos que, aunque se han cometido en el extranjero por extranjeros, el daño se ha causado en un bien jurídico protegido del Estado Español, y siempre que tales hechos sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

1. De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
2. Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
3. Rebelión y sedición.
4. Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los ministros y de los sellos públicos u oficiales.

[9] Excepción del artículo 23.2 LOPJ: A 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, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
[10] Artículo 23.2 LOPJ. Este requisito se considerará cumplido en relación con los delitos competencia de la Fiscalía Europea cuando esta ejercite efectivamente su competencia.

5. Falsificación de moneda española y su expedición.
6. Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
7. Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
8. Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
9. Los relativos al control de cambios (art. 23.3 LOPJ).

Para poder aplicar este principio se necesita que España haya obtenido la extradición del autor.

D) Principio de justicia universal

En base a este principio, la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español, siempre que se pueda tipificar con arreglo a alguno de los delitos que se recogen en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

1. Genocidio, lesa humanidad o delitos contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que:

- el proceso se dirija contra un español o
- extranjero que resida habitualmente en España o
- contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

2. Delitos de tortura y contra la integridad moral[11] cuando:

- El procedimiento se dirija contra un español o
- Si la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y
- la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en España.

[11] Artículos 174-177 del Código Penal.

3. Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

- El procedimiento se dirija contra un español o,
- Si la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y
- La persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

4. Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los casos previstos en los Tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

5. Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- El procedimiento se dirija contra un español;
- El procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, cuando no reuniendo esos requisitos colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo;
- El delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;
- La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; El delito haya sido cometido para incluir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier autoridad española;
- El delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;
- El delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

- El delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados[12].

6. Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970 siempre que:

- El delito haya sido cometido por un ciudadano español o,
- El delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

7. Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

8. Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

9. Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

- El procedimiento se dirija contra un español o
- Cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

10. Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupo su organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

[12] A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

11. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

- El procedimiento se dirija contra un español,
- El procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España,
- El procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización o grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
- El delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

12. Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

- El procedimiento se dirija contra un español;
- El procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,
- El delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

13. Trata de seres humanos siempre que:

- El procedimiento se dirija contra un español;
- El procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- El procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

- El delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

14. Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

- El procedimiento se dirija contra un español;
- el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,
- el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

15. Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

- El procedimiento se dirija contra un español;
- El procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;
- El procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;
- La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,

- El delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

16. Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Es importante tener en cuenta que la jurisdicción española también conocerá de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encuentren en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.

Los delitos sobre los que se aplica este principio no serán perseguibles en España cuando:

- Se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
- Se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que: La persona a la que se le impute la comisión del hecho no estuviera en España o bien, se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no hubiera sido autorizada[13].

[13] Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las

Se ha de señalar que los delitos en los que se aplica este principio serán perseguibles en España siempre que se interponga querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.

Por último, hay que señalar que, este principio se fundamenta como dice Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, en el compromiso de los Estados para perseguir delitos que o bien se suelen cometer por encima de las fronteras nacionales o bien se dirigen contra los derechos fundamentales y contra los principios más importantes de la humanidad, con intendencia tanto del lugar de comisión del delito, como de la nacionalidad del autor o del país de su detención[14].

3. VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL

En este apartado vamos a hacer mención a determinadas personas a las cuales la ley penal o no se las aplica o se las aplica con ciertas modificaciones, se trata de la inviolabilidad y la inmunidad.

A) Inviolabilidad

La inviolabilidad supone la ausencia de responsabilidad penal por la persona que ha cometido el hecho, así tenemos el artículo 56.3 de la Constitución Española donde se establece la inviolabilidad del rey, o el artículo 71.1 del mismo texto legal, que señala la inviolabilidad de los diputados y senadores, entre otros.

---

siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

[14] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Curso de Derecho Penal. Óp. cit., pág. 56.

B) Inmunidad

La inmunidad supone que, por ejemplo, en el caso de los diputados y senadores, no podrán ser detenidos por la presunta comisión de un delito, salvo delito flagrante. Además, para estos mismos, si fueran procesados se debe de pedir el suplicatorio, esto es, una autorización a la cámara a la que pertenezca (art. 71 CE).

Tenemos además el artículo 102 de la Constitución Española que señala que para el presidente del gobierno y sus ministros, es necesario que para procesarlos se presente por iniciativa de una cuarta parte de los miembros del concreto y se apruebe por mayoría absoluta, siempre que se trate de delitos de traición o delitos contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones[15].

[15] Ibidem, pág. 57.

II. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

5. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

SUMARIO: 1. Introducción a la teoría jurídica del delito / 2. Clases de delitos / 3. Esquema general del delito

1. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

La teoría jurídica del delito debe elaborarse a partir de los preceptos penales, ya que, en caso contrario, carecería de coherencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El punto de partida es el artículo 10.1 del Código Penal, que señala que: «Son delitos las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». Sin embargo, este concepto no ha sido siempre el mismo, pues el Código Penal del 1822 recogía que «comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena», y comete culpa el que «libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar».

Posteriormente en 1924 el Código Penal se modifica, y define el delito o falta como «toda acción u omisión voluntaria penada por la ley», dejando la culpa a la Parte especial del Código Penal. Se trata de un concepto de delito que ha permanecido invariable hasta 1973 que introdujo que son delitos o faltas «las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley». Sin embargo, esta definición presentaba un problema, y es que, no se sabía si el concepto de voluntario se refería a conductas dolosas e imprudentes o solamente a las dolosas. Así, con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se establece la definición que señalábamos al principio, recogida en el artículo 10.1, y en el que se resuelve el problema introduciendo que son tanto las acciones u omisiones dolosas o imprudentes.

Partiendo de este precepto, se configura la teoría jurídica del delito, cuya iniciación se suele atribuir, siguiendo a Luzón Cuesta, al profesor de la Universidad de Berlín, Frank von Liszg, quien en 1881 define el delito como «acción antijurídica y culpable, sancionada con una pena». Faltaba sólo el

elemento de la tipicidad, que lo introduciría años después, concretamente en 1906, Beling en su obra «la teoría del delito». A partir de este momento se va perfilando el concepto jurídico de delito, pasando por varias etapas, que veremos más adelante[1].

De esta forma, la teoría jurídica del delito se configura con cuatro elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Cada uno de estos elementos tienen un contenido, una función y un significado distinto frente al resto, y como dice Cuello Contreraras y Mapelli Caffarena[2], cada uno descansa sobre el anterior, lo que permite establecer que si falta algún elemento de los cuatro -comenzando el análisis desde la acción, luego la tipicidad, posteriormente la antijuridicidad y por último la culpabilidad- no podríamos continuar su estudio, por lo que no habría delito. Veamos un ejemplo: Juan mató a María. Para poder castigar a Juan no basta con quedarnos con el hecho de que Juan mató, sino que es necesario estudiar:

- En primer lugar, si la conducta de Juan es o no una acción u omisión, si es así pasamos al estudio del siguiente elemento.
- En segundo lugar, estudiamos la tipicidad, es decir, si existe en el Código Penal algún artículo que castigue la conducta de Juan.
- En tercer lugar, si la conducta de Juan es constitutiva de delito, deberíamos de estudiar si es antijurídica o no, es decir, si se ampara o no en alguna causa de justificación, como podría ser, la legítima defensa o el estado de necesidad. Si existe una causa de justificación, entonces no pasaríamos al estudio del cuarto elemento.
- En cuarto lugar, si la conducta no es amparable en ninguna causa de justificación, y, por lo tanto, la conducta de Juan es una acción típica y antijurídica, estudiaremos la culpabilidad. Para ello se valorará si el sujeto tenía suficiente capacidad para cometer el delito o si por el contrario concurría alguna causa que lo excluyera, por ejemplo, la anomalía o la alteración psíquica.

[1] LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, Óp. cit., pág. 40.
[2] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal,* Óp. cit., pág. 56.

2. CLASES DE DELITOS

Ya hemos señalado en el apartado anterior, que el delito según el artículo 10 del Código Penal, es aquella «acción u omisión, dolosa o imprudente, que está castigada por la ley». El Código Penal ya no recoge las faltas solo los delitos, transformando ciertas faltas en delitos leves. Así mismo, el artículo 13 del Código Penal señal que:

> *Son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave; son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menos grave y son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve; cuando la pena por su extensión pueda incluirse a la vez entre las mencionadas como grave y menos grave es considerada como grave. Y si puede incluirse como menos grave y leve, será leve.*

Teniendo en cuenta lo anterior, en este apartado vamos a proceder realizar una clasificación de los delitos, téngase en cuenta que hemos cogido las más relevantes:

A) Clasificación según la acción que se cometa

Partiendo de la acción, se puede distinguir entre delitos de acción o de comisión, de omisión propia o pura y de comisión por omisión.

- Los delitos de acción o llamados de comisión, son aquellos que se llevan a cabo por una conducta humana externa y voluntaria que producen una mutación en el mundo exterior, por ejemplo, el delito de homicidio que se recoge en el artículo 138 del Código Penal que «el que matare a otro será castigado como reo de homicidio». La acción ha sido la de matar de forma consciente y voluntaria, ya sea por ejemplo clavando un cuchillo o bien con un disparo.
- La omisión es la no realización de la conducta que se espera que se lleve a cabo. Así tenemos el artículo 195 del Código Penal, que dice que «el que no socorriera a una persona que se hallara desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiera hacerlo sin riesgo propio o de terceros». Así, no se trata de no llevar a cabo ninguna conducta sino de no realizar la conducta que se esperaba.

- La comisión por omisión, son aquellos que se realizan mediante un no hacer lo que se estaba obligado a realizar, cuando esa persona estaba en una posición de garante. Por ejemplo, la madre que tiene obligación de dar de comer a su hijo recién nacido, en caso de no hacerlo es delito de homicidio.

B) Clasificación según el resultado

Según el resultado, podemos distinguir entre delitos formales, llamados de simple actividad o mera conducta, y los delitos materiales, llamados de resultado.

- Los delitos formales o de mera actividad son aquellos cuya descripción y contenido material se agotan con la realización de la conducta, no exigiéndose ningún resultado distinto al comportamiento del mismo, por ejemplo, el delito de allanamiento de morada recogido en el artículo 202 del Código Penal.
- Los delitos de resultado son aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un resultado, consumándose cuando se produce así el resultado.

C) Clasificación por su naturaleza

Tenemos aquí que dividir entre delitos comunes y políticos. Los primeros lesionan bienes jurídicos de particulares, mientras que los segundos son los que atentan directamente contra la organización política del Estado o contra los derechos políticos de los ciudadanos.

D) Clasificación por el sujeto activo

Según el sujeto activo se distingue entre delitos comunes y delitos especiales.

- Los delitos comunes son los que el sujeto activo puede ser cualquier persona.
- Los delitos especiales son los que sólo pueden realizarlos ciertos sujetos, por ejemplo, las autoridades y funcionarios públicos. Dentro de los delitos especiales hemos de distinguir entre:

1. Delitos especiales propios: Son aquellos que se han previsto que se cometan por sujetos cualificados.

2. Delitos especiales impropios: Son los que junto a una modalidad para sujetos cualificados admiten otra para sujetos no cualificados. Por ejemplo, tenemos el delito de hurto, que lo puede cometer cualquier sujeto, sin embargo, se recoge también la conducta de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal que coincidirá con la de hurto en muchos casos.

E) Clasificación por la duración de la situación antijurídica

Podemos distinguir, por la duración de la situación antijurídica, entre delitos instantáneos, permanente y de estado.

- Los delitos instantáneos se consuman en el momento en el que se produce el resultado.
- Los delitos permanentes son aquellos en los que se mantiene la situación antijurídica por voluntad de su autor, de forma que se sigue consumando hasta que el sujeto abandona la conducta, por ejemplo, tenemos el delito de detención ilegal (art. 163 CP) que consiste en encerrar o detener a una persona privándola de su libertad, lo que hace que la conducta antijurídica se mantenga en el tiempo hasta que el sujeto activo ponga en libertad al detenido ilegalmente.
- Los delitos de estado son los que crean un estado jurídico duradero al igual que los delitos permanentes, pero en este tipo de delitos el mantenimiento no depende de la voluntad del agente, por ejemplo, matrimonios ilegales (art. 217CP)[3].

F) Clasificación según la modalidad de la formalización del tipo

Se puede aquí distinguir entre los tipos cerrados y abiertos.

[3] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* Óp. cit., pág. 170.

- Los tipos cerrados son los formulados de manera completa, mediante el empleo de cláusulas descriptivas o normativas.
- Los tipos abiertos son aquellos que necesitan ser complementados ya que no se ha efectuado por el legislador la completa delimitación. Tenemos el ejemplo de las leyes penales en blanco a las que ya nos hemos referido.

G) Clasificación según la perseguibilidad del delito

Podemos distinguir entre los delitos públicos, privados y semipúblicos.

- Los delitos privados son aquellos que sólo pueden ser perseguidos por la víctima, por ejemplo, el delito de injuria o calumnias (art. 205 y 208 CP).
- Los delitos públicos que son aquellos en los que cualquier persona puede poner en conocimiento de la autoridad judicial.
- Los delitos semipúblicos que son aquellos que requieren la denuncia de la persona agraviada o si se trata de un menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial protección podrá ser perseguido por el Ministerio Fiscal, por ejemplo, el delito de reproducción asistida regulado en el artículo 161 del Código Penal.

H) Clasificación de los delitos por el número de sujetos activos

Hemos de distinguir entre los delitos unisubjetivos y plurisubjetivos. De esta forma:

- Los delitos unisubjetivos sólo necesitan para cometer el delito un sujeto, esto no impide que puedan cometerse por más de uno.
- Los delitos plurisubjetivos son aquellos que necesitan para cometer el tipo, más de un sujeto activo. Aquí se distingue a su vez entre:
- delitos de conducta unilateral, donde todos los sujetos actuarían con la misma finalidad, y persiguiendo como dice Luzón Peña, el mismo tipo objetivo, por ejemplo, el delito de rebelión (art. 472 CP).

- delitos de conducta bilateral, donde los sujetos no actúan persiguiendo el mismo objetivo, por ejemplo, en el delito de cohecho tenemos el activo y el pasivo (art. 419 y 423 CP)[4].

I) Clasificación según el bien jurídico

Aquí hemos de distinguir entre los delitos de lesión y los delitos de peligro.

- Delitos de lesión, son aquellos que suponen la lesión o menoscabo del bien jurídico protegido.
- Delitos de peligro que se consuman sin necesidad de lesionar el bien jurídico protegido, basta la puesta en peligro del bien. Por ello aquí podemos distinguir entre:

  a. delitos de peligro concreto. Requieren aquí que se produzca a través de la acción una puesta en peligro próximo o inmediato para el bien jurídico protegido, por ejemplo, el artículo 381 del Código Penal de conducción temeraria.

  b. delitos de peligro abstracto. La conducta consiste en poner en peligro de forma general algún buen jurídico protegido, aunque no produzca la puesta en peligro de lesión inmediata o próxima como sería para el caso de peligro concreto. El ejemplo lo encontramos en el delito de tráfico de drogas que pone en peligro la salud pública en general, sin que se tenga que producir una lesión inmediata en el bien jurídico[5].

3. ESQUEMA GENERAL DEL DELITO

Ya nos hemos referido en el capítulo primero, que nuestro Código Penal tiene dos partes, la Parte General y la Parte Especial. Ésta última recoge los hechos que son considerados constitutivos de delitos. Cuando nos encontramos ante un hecho, tal como dijimos anteriormente, no basta con centrarnos en que se ha producido por ejemplo la muerte de Juan, sino que hay que realizar un estudio de los elementos del delito, como son la existencia o no de acción, la

[4] LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 163.
[5] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 174.

tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Cada uno de estos elementos, ya hemos dejado claro, que, en ese orden, descansa sobre el anterior, pues de no haber uno de ellos no se puede proceder al análisis del siguiente.

Veamos cada uno de estos elementos de forma general, ya que en los capítulos siguientes profundizaremos sobre ellos.

3.1. Acción

Dentro de la acción, partiendo de la teoría jurídica del delito que se ha expuesto, habrá que estudiar quién es el sujeto activo y quién es el sujeto pasivo del delito, es decir, el autor y la víctima. Se estudia también el objeto del delito, el tiempo y lugar de la acción. La acción es todo acaecimiento de la vida que puede proceder de la voluntad del hombre[6], a diferencia de lo que sería el hecho, el cual puede emanar tanto de la voluntad del hombre como de la propia naturaleza.

La acción es la fase externa del delito, de tal forma, que, tras haberse superado la fase de ideación, deliberación y resolución, se ha producido la exteriorización de la misma. A partir de aquí se estudiará si la acción es, típica, antijurídica y culpable. Se han elaborado distintas teorías a la hora de estudiar el concepto y la estructura de la acción, las cuales vamos a estudiar en el capítulo correspondiente.

Dentro de la acción se deberá de analizar cómo se ha manifestado la misma, es decir, comisión, omisión o comisión por omisión, y posteriormente el resultado producido. Como hemos empezado diciendo, para que haya acción se necesita que la misma esté dominada por la voluntad del hombre, lo que hace que pueda existir situaciones que proceden del ser humano, pero no son consideradas acciones, ya que no estaba dominada por la voluntad del hombre, por ejemplo, la fuerza irresistible, o el movimiento reflejo o los estados de inconsciencia[7].

---

[6] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 49.
[7] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 54.

3.2. Tipicidad

Pasamos ahora a realizar un breve análisis de la tipicidad. Así, cuando ya se ha estudiado, a partir de los hechos, la acción, analizaríamos la tipicidad.

Para garantizar el principio de legalidad, acción que se analiza deberá de estar recogida en el libro II del Código Penal, es decir, en la Parte Especial. Si la acción no estuviera recogida como delito entonces no se podrá castigar al sujeto, por lo que no se podría analizar el siguiente elemento, es decir, la antijuridicidad.

Se distingue así entre la tipicidad objetiva y subjetiva. La objetiva consiste en establecer si el comportamiento realización por el sujeto activo se puede subsumir o no en alguno de los delitos del Código Penal. Una vez establecida la tipicidad objetiva, se estudiará si hay tipicidad subjetiva, es decir, si el sujeto actuó con dolo o por imprudencia. El dolo requiere conocimiento y voluntad, de esta forma, si no hay dolo puede que haya imprudencia, es decir, falta de diligencia necesaria para prevenir o prever el resultado antijurídico[8].

3.3. Antijuridicidad

Analizada la acción y la tipicidad, se procede al estudio de la antijuridicidad. Aquí se comprobará si existía alguna causa de justificación o no, como pueden ser, la legítima defensa, el estado de necesidad, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20 CP). Si existe alguna causa de justificación entonces, no se podrá analizar la culpabilidad, lo que el sujeto quedaría exento de responsabilidad penal.

3.4. Culpabilidad

Aquí se ha de estudiar si el sujeto como señala Saverio Arabia, tenía la aptitud de poder cometer un delito y soportar la pena, es decir, si tenía capacidad para

[8] CUELLO CONTRERAS Y MAPELLI CAFF ARENA, *Curso de Derecho Penal*, Parte General, pág. 61.

poder responder penalmente de una acción típicamente antijurídica[9]. Para ello, es necesario que el sujeto tenga ciertas cualidades como son, la inteligencia y la voluntad. De no darse alguno de estos dos elementos, estaríamos ante una persona inimputable o incapacitada penalmente. Las causas de inimputabilidad o incapacidad penal son: anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena, alteración de la percepción, la minoría de edad, el miedo insuperable (art. 20 CP).

3.5. Penalidad

Aquí, analizada la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, nos quedaría añadir, aunque para algunos autores no es un elemento esencial del delito, para otros sí que lo es, por ejemplo, para Mezger, la penalidad.

Téngase en cuenta que hay situaciones en las que se excluyen la punibilidad, es decir, a pesar de que se trata de una acción típica, antijurídica y culpable, no se aplicará la pena. Nos encontramos así con causas que excluyen la punibilidad como son las excusas absolutorias por ejemplo el artículo 268 del Código Penal que dice que «están exentos de responsabilidad penal y sujeto únicamente a la civil los cónyuges que no estuviera separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad (…)», y las condiciones objetivas de punibilidad, como sería el suplicatorio para los procesos dirigidos contra diputados y senadores.

[9] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 101.

6. LA ACCIÓN

SUMARIO: 1. Aproximación al concepto de acción / 2. Teorías generales de la acción / 3. Aportación de cada uno de los conceptos de acción / 4. Elementos de la acción, sus manifestaciones y el resultado / 5. Ausencia de acción

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACCIÓN

El primer elemento que se ha de estudiar para determinar si un hecho es constitutivo de delito o no, es el de la acción. Algunas posiciones doctrinales más recientes, mantienen que la acción no es un elemento independiente y previo al resto de elementos, como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo, nosotros vamos a estudiar la acción como un elemento autónomo y previo al resto de elementos señalados anteriormente.

Se debe empezar distinguiendo entre la acción y el hecho, aunque ya lo adelantamos en el capítulo anterior, la acción está dominada por la voluntad del hombre, mientras que el hecho puede proceder tanto del ser humano como de la naturaleza.

La acción, en la teoría tradicional se puede definir en dos sentidos: en sentido estricto, como conducta humana externa y voluntaria, esto es un movimiento voluntario procedente del ser humano, y por otro lado en sentido amplio, considerada como acción en sentido estricto, que produce un resultado y existe una relación causal entre la acción y el resultado. Hay posiciones doctrinales que estudian la acción en ambos sentidos. La consecuencia de estudiar un concepto amplio de acción es que se estudia la relación causal antes del tipo, mientras que, en sentido estricto, no se incluye la causación o no del resultado[1].

Lo que sí debe quedar claro es que la acción aparece tras haberse superado la fase de ideación, deliberación y resolución, esto es la fase interna.

[1] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 129.

Posteriormente se procederá a la fase de ejecución, es decir, de exteriorización.

La doctrina de la acción es obra de los juristas alemanes, su creados es Luden, aunque lo empezó vislumbrando a finales del siglo XVIII Klein. El impulso fundamental sobre la teoría de la acción lo lleva a cabo von Liszt[2].

2. TEORÍAS GENERALES DE LA ACCIÓN

Siguiendo a Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, durante mucho tiempo se ha discutido si el delito debe entenderse como la causación de un resultado, lo que estaríamos ante el concepto causal de acción, como el comportamiento dirigido al resultado, lo que nos llevaría hablar de concepto final de acción, o bien, si la acción y el resultado tienen relevancia social, lo que haría que estemos ante el concepto social de acción.

2.1. Concepto causal de la acción

El concepto causal de acción se ha ido perfilando desde la teoría clásica del delito hasta las concepciones neoclásicas. En la época clásica del delito, atribuido a Beling o von Liszt, la acción era considerada como un impulso voluntario que producía un movimiento corporal y modificaba el mundo exterior, produciendo así un resultado. Cuando no hay resultado distinto a la acción, es el propio movimiento corporal lo que considera la modificación del mundo exterior, ya que se supone que se produce un cambio en el estado de las cosas con anterioridad al movimiento[3]. Se limitaba al estudio del movimiento corporal activo, así von Liszt estudia la acción como «inervación muscular reconducidle a un impulso de la voluntad humana que provoca una modificación en el mundo externo perceptible por los sentidos»[4].

En la etapa posterior, «la teoría causal de la acción utiliza ya una definición algo más restringida, de tal forma que se trata de un movimiento cor-

[2] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 49.
[3] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 129.
[4] Ibidem., págs. 128-129.

poral controlado por la voluntad del hombre, y que causa algún resultado externo distinto del movimiento, o que al menos en sí mismo supone la producción de una modificación del mundo exterior»[5].

Esta definición de la acción causal se atribuía a los delitos de acción, de esta forma, «cuando hablamos de la omisión, se debe hablar de un no actuar voluntariamente, siendo la consecuencia del mundo exterior como la no interrupción de un proceso causal iniciado, es decir, la no mutación del mundo exterior»[6].

Se llama causal porque la voluntad humana se concibe en su función causal y no como conductora del proceso causal[7]. De esta manera en el estudio de la acción sólo interesa el impulso volitivo, el estudio de la voluntad se realiza en el campo de la culpabilidad. Por ejemplo, si X dispara a Y. Lo que interesa en la teoría causal es si la conducta estaba dominada por la voluntad y si se produjo el resultado de muerte. Si el sujeto quería o no quería matar, se estudia en la culpabilidad[8].

En definitiva, según el concepto causal de acción, la tipicidad se describe partiendo de una acción dominada por la voluntad, prescindiendo de los propósitos del autor, ya que los mismos se estudiarán en la culpabilidad.

2.2. Concepto final de acción

Este concepto lo formula Welzel, superando el modelo causalista en la construcción de la teoría general del delito. Así, para el autor «la acción final queda enraizada con estructuras lógico-objetivas, de forma tal que las acciones relevantes para el Derecho Penal son aquellas que vienen presididas por una dirección humana encaminada al logro de un fin»[9].

De esta manera, mientras que en el concepto causal de la acción, lo más importante era la mutación exterior del ser humano procedente de una

[5] Ibidem., pág. 129.
[6] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 50.
[7] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 50.
[8] Ibidem.
[9] QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Thomson, 2002, pág. 241.

conducta voluntaria, sin importar cuál era la finalidad, en el concepto final de la acción, sí se tiene en cuenta esa finalidad, de tal forma que «el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos»[10].

El problema que se presentó al comienzo de esta concepción de acción era que sólo se limitaba para los delitos dolosos ya que son los que tienen un resultado consciente y planificado, con un objetivo final. Así, «los delitos imprudentes tuvieron dificultades, de hecho, al principio se negaba en ellos la finalidad, y luego se habló de una finalidad potencial y por último se reconoció que había una finalidad, pero distinta a la de producir el delito»[11].

En otras palabras, el hombre conduce la acción, de modo que, una vez que ha resuelto a actuar, se representa mentalmente la meta que pretende alcanzar, elige los medios necesarios para ello y dirige su actividad hacia la misma. Sin embargo, en la acción causal, se produce esa mutación en el mundo exterior procedente de un impulso volitivo, pero no se tiene en cuenta el contenido de la voluntad.

Por ejemplo, en el disparo mortal, para los finalistas, el elemento acción se integra por el impulso volitivo y por el contenido de la voluntad, de forma que la acción es conducta humana, dominada o dirigida por la voluntad para producir una determinada consecuencia en el mundo exterior.

2.3. Concepto social de la acción

El concepto social de la acción, sostenido por Eberhard Schmidt en 1936, surge para resolver los problemas que se presentan en torno a la imprudencia y la omisión. Al principio se denominó como la teoría objetivo-final de la acción, donde se requería de la acción una finalidad objetiva. Posteriormente se habló por Eberhard Schmidt de un fenómeno social en la dirección de sus

[10] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 130.
[11] Ibidem.

efectos hacia la realidad social, considerando la acción como un comportamiento socialmente con sentido.

Así mismo, según el concepto social de la acción, lo importante no es como dice el concepto causal de la acción, lo causado por el ser humano de forma voluntaria, ni tampoco como señala el concepto final de la acción lo finalmente dirigido, sino lo socialmente relevante. Así mismo, por mucho que el comportamiento haya causado un resultado, si el mismo no se ha realizado a través de un nexo causal adecuado, el resultado no puede imputar al sujeto[12].

2.4. Concepto negativo de acción

Este concepto se elaboró por algunos autores para aplicar elementos comunes para los delitos de acción como para los de omisión. De esta forma, se elabora un concepto negativo de la acción, Herzberg en 1972 define la acción como «un no evitar evitable en posición de garante», Behrendt en 1979 considera tanto la omisión como la acción, que es también omisión, el «no evitar evitable de la situación típica» y Jakobs, define la acción como «causación individualmente evitable del resultado» y la omisión como «no impedimento, evitable, de un resultado»[13]. Sin embargo, esta teoría ha sido rechazada por la mayor parte de la doctrina.

3. APORTACIÓN DE CADA UNO DE LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN

En este apartado hemos de señalar cuál es la función que tienen las teorías o conceptos anteriores en nuestro Derecho Penal. De esta forma, siguiendo a Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, hemos de señalar que los conceptos de acción causal, finalista y social aportan cada uno de ellos lo necesario para poder hablar de una acción delictiva o no[14].

---

[12] CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 68.
[13] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. *Parte General*, Óp. cit., pág. 135.
[14] CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 68.

Así, primero habrá que utilizar el concepto causal de la acción estudiando si la conducta humana voluntaria ha producido un resultado, ya que, de ser la conducta involuntaria, no podríamos hablar de responsabilidad penal. Una vez acotado que la conducta humana era voluntaria, habrá que acudir al modelo finalista, donde se concibe si la acción estaba dirigida o no a producir un resultado, corrigiéndose normativamente como el concepto social pretende, determinando si la conducta humana voluntaria, dirigida a producir el resultado, se trataba de una conducta socialmente adecuada o no[15].

4. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN, SUS MANIFESTACIONES Y EL RESULTADO

4.1. Los elementos del comportamiento humano voluntario

Para hablar de acción es necesario tener en cuenta, tal como hemos establecido con los distintos conceptos de acción que hemos expuesto, que requiere que se trate de un comportamiento humano, voluntario que produce una modificación en el exterior.

- Comportamiento. Hablamos de una conducta que lleva a cabo el sujeto activo, no se tiene en cuenta o no se valora, el carácter del sujeto. Así mismo, no se castiga porque el sujeto pueda ser peligroso.
- Humano. Requiere que se trate de un comportamiento humano, no pudiendo proceder de un animal ya que no estaríamos ante acción delictiva, ni tampoco de la naturaleza. Si bien es cierto que, actualmente ya se recoge que la persona jurídica sí será responsable penalmente.
- Exterior. Los comportamientos del ser humano deben ser exteriorizados, ya que una persona que no exterioriza la conducta no podrá ser castigada porque estaríamos ante la fase interna del delito, esto es, la ideación, deliberación y resolución. No cabe confundir esto último con los actos de conspiración, proposición, provoca-

[15] Ibidem.

ción y apología, que son castigados en nuestro Código Penal ya que producen una exteriorización, bien sea concertando entre sí cometer el delito y resolviendo en ejecutarlo, o bien invitar a otro u otros a participar en la comisión del delito o incluso provocando que otros cometan el delito[16].

4.2. Manifestaciones de la acción

El comportamiento humano que hemos visto anteriormente puede producirse a través de la acción, o bien a través de la omisión o comisión por omisión. Vamos a ver cada una de ellas.

- La acción, ya hemos señalado que procede de los elementos señalados anteriormente: comportamiento procedente del ser humano, voluntario y que se exterioriza. Así, cuando nuestro Código Penal recoge «el que matare a otro» estamos hablando de una acción. En otras palabras, cuando el tipo delictivo recoge un hacer de un hombre, ya sea como mera actividad o cuando se exija el resultado, estamos ante una acción.
- La omisión, se trata de una conducta pasiva, no se trata de quedarse quieto, sino de no hacer lo que se esperaba que el sujeto hiciera, por ejemplo, el que no socorriera a otra persona. No se trata de quedarse mirando al sujeto que está sufriendo el daño, sino de hacer una conducta distinta a la de socorrer.
- La comisión por omisión se trata de aquella conducta que el sujeto estaba obligado hacer y que no hace, por ejemplo, el que no diera de comer a una persona que está bajo su cuidado y que estuviera impedida para hacerlo por sí misma.

4.3. El resultado

Cuando la acción, omisión y comisión por omisión produce una consecuencia en el mundo exterior lo llamamos resultado. Jiménez de Asúa lo define como

[16] CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 69.

«el cambio en el mundo exterior causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación del mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta»[17]. Así mismo, en sentido jurídico podemos hablar de resultado cuando se produce:

- Un cambio apreciable en el mundo físico o material.
- Mutación del mundo físico por la acción esperada y no ejecutada
- Mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión que produce la amenaza o la injuria en el sujeto pasivo que la recibe
- El resultado el riesgo o daño potencial y el peligro corrido, que es el resultado de la tentativa[18].

5. AUSENCIA DE ACCIÓN

5.1. Supuestos de ausencia de acción

Hemos venido señalando que el Derecho Penal se ocupa de las acciones, omisiones o bien de las comisiones por omisiones, todas ellas dominadas por la voluntad y que se exteriorizan. Por ello mismo, el Derecho Penal, tal como ya hemos adelantado antes, no castiga lo que una persona piensa, pues, como dice Ulpiano, *cogitationis poenam nemo paritur*; por el pensamiento nadie sufre una pena[19].

Por otro lado, tampoco podemos hablar de responsabilidad penal de los comportamientos de los animales ya que, aunque estén dominados por la voluntad, son comportamientos no racionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, hemos de señalar de aquellos comportamientos humanos que no son considerados acción: fuerza irresistible, movimientos reflejos, estados de inconsciencia.

A) Fuerza irresistible

[17] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 53.
[18] Ibidem.
[19] Digesto 48.19.18. LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 141.

Se ha de señalar que hay que distinguir entre vis absoluta o fuerza irresistible de la vis compulsiva, que sería el miedo insuperable. Teniendo en cuenta esta distinción, lo que aquí nos interesa es la fuerza irresistible, ya que en el miedo insuperable el sujeto actúa dominado por la voluntad, aunque se considera una eximente completa ya que la misma puede estar viciada. A sensu contrario, la fuerza irresistible no contiene el elemento de la voluntariedad, porque el sujeto no puede actuar de otra manera[20].

Esta fuerza irresistible consiste en un acto violento o incidente natural que hace que el sujeto no le sea posible comportarse de una manera, considerando Pacheco que el sujeto que actúa a través de esta fuerza irresistible no es una acción humana sino actúa como si un instrumento se tratara. Esta fuerza puede proceder tanto de seres humanos, como también de animales, máquinas, etc.[21]. En otras palabras, se trata de una fuerza exterior que hace que el sujeto lleve a cabo una conducta que no está dominada por la voluntad por lo que no puede ser considerada acción.

Veamos un ejemplo, A rompe una mesa del bar cuando ha sido empujado por B contra ella. A no comete acción porque no está actuando voluntariamente, sino que B le empujo, por ello no faltan autores que señalan que A sería el brazo prolongado del que ejerce la fuerza, que en este caso es B. Sin embargo, estaríamos ante un caso de miedo insuperable cuando A rompe los cristales de un autobús cuando está siendo amenazado por B con hacer explotar una bomba. En este segundo ejemplo, el sujeto sí ha actuado dominado por la voluntad, aunque no lo habría hecho de no haber estado amenazado con la bomba[22].

B) Movimientos reflejos

No hay acción en aquellos hechos que se producen por falta de control de la voluntad sobre ciertos movimientos corporales en los que no hay posibilidad de abstenerse de actuar como señala Rodríguez Devesa[23]. Y esto es debido a

[20] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 54.
[21] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 143.
[22] CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 70.
[23] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 54.

que el movimiento aparte de ser involuntario es una respuesta a un estímulo[24], «que va directamente a los músculos u órganos a través del sistema neurovegetativo o simpático, sin control por el sistema nervioso central, y faltando las órdenes cerebrales»[25].

También se ha de señalar que hay otros movimientos no dominados por la voluntad que no son considerados acción, como serían los tics nerviosos o los movimientos ante ataques epilépticos.

C) Estados de inconsciencia

En estos estados no hay acción, ya que no hay voluntariedad, y estaríamos ante supuestos como sueño, embriaguez letárgica, la narcosis, sonambulismo, o la hipnosis.

5.2. Efectos de ausencia de acción

Los efectos que provocan todas estas situaciones que acabamos de ver hacen que el sujeto no sólo quede exento por un lado de responsabilidad penal, sino también de responsabilidad civil, al igual que la causas de justificación y a diferencia de las causas de exclusión de la culpabilidad. Se excluye también la posibilidad de aplicar medidas de seguridad, como ocurre cuando hay causa de justificación.

En el caso de la participación, hemos de señalar que al no haber una conducta típicamente antijurídica donde el autor no responde, tampoco responden penalmente los partícipes, ahora bien, hemos de matizar que en aquellos casos donde el sujeto se aprovecha o provoca un estado de falta de acción, sí responderá como autor mediato del delito[26].

Frente a las conductas que no están dominadas por la acción, y que por lo tanto no son consideradas acciones, no se puede aplicar una legítima defensa, ahora bien, sí cabe la posibilidad de protegerse ante ellos, lo cual se permitiría un estado de necesidad defensivo, como señala Luzón Peña, con la

[24] https://definicion.de/acto-reflejo/
[25] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. *Parte General*, Óp. cit., pág. 145.
[26] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. *Parte General*, Óp. cit., pág. 147.

finalidad de protegerse contra la fuente de peligro, teniendo en cuenta que no son una agresión ilegítima[27].

En aquellos supuestos donde hay un mínimo de voluntariedad, es decir, cuando la conducta del ser humano no ha anulado la voluntariedad completamente y hay un mínimo de ella, sí constituye acción. Estos supuestos son: acciones en cortocircuito, a los que ya nos hemos referido antes, movimientos automáticos o por hábito.

5.3. Falta de acción y acto libera in causa

El *acto libera in causa* es una expresión latina cuyo origen se remonta a Keleinschrod en 1794, y se emplea para aquellas situaciones de inculpabilidad por imputabilidad, por ello lo veremos en el capítulo correspondiente, cuando tal inimputabilidad se ha producido por una conducta anterior, cuando el sujeto todavía no se encontraba en tal situación. Es decir, la situación de incapacidad se produjo de forma dolosa o por imprudencia por una conducta anterior a tal situación.

De esta forma, la relación entre la acción y el *acto libera in causa* se produce cuando la situación de ausencia de acción se ha producido por una acción anterior de forma dolosa o por imprudencia, lo cual hace que se hable de responsabilidad penal[28].

Cuando estamos ante una situación en la que falta la acción, pero tal situación ha sido provocada de forma dolosa o por imprudencia por una conducta anterior al propio sujeto, sí podríamos hablar de responsabilidad penal del delito doloso o imprudente, de la acción inicial que ha provocado esa ausencia de acción[29].

Ejemplos que podemos exponer en los que el Tribunal Supremo ha aplicado el acto libera in causa, son; el conductor que al empezar a notar los

---

[27] Ibidem.

[28] https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjM3NjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAIMKvITUAAAA=WKE

[29] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 149.

síntomas de sueño ha seguido conduciendo que será castigado por imprudencia, o cuando un conductor sabiendo que no debía conducir por los fármacos que había tomado, ha conducido, que también será castigado por imprudencia[30].

[30] Ibidem.

7. LA TIPICIDAD (I)

SUMARIO: 1. La tipicidad / 2. El tipo de injusto punible / 3. Clasificación de los tipos

1. LA TIPICIDAD

1.1. Concepto de tipicidad

Los elementos del delito, como ya hemos tenido ocasión de señalar, son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En el capítulo anterior, hemos dejado asentado cuál es el concepto de acción, así como aquellos supuestos que no son considerados acción.

En este capítulo vamos a tratar la tipicidad, elemento del delito que permite garantizar el principio de legalidad del Derecho Penal[1], ya que consiste en plasmar el hecho que será constitutivo de delito. El concepto de tipicidad fue acuñado por primera vez en 1906 por *Beling*, su traducción al alemán es *Tatbestand* (supuesto de hecho). Su creador lo utilizó para hacer referencia al hecho abstracto y previsto descrito por la ley penal, es decir, la mecánica utilizada es analizar si la acción o la omisión encaja en la definición de la norma penal, es decir, en el tipo. Por ejemplo, en el delito de homicidio el artículo 138 del Código Penal dice que «el que matare a otro será castigado (…)», la tipicidad es el precepto, y para saber si la acción que se ha llevado a cabo por un sujeto coincide con el artículo, hay que constatar si la conducta coincide con la descripción legal del delito[2].

Sólo aquellos comportamientos que se recogen en la Parte Especial del Código Penal pueden fundamentar la responsabilidad penal del sujeto, de forma que aquellas acciones u omisiones que no encajan en ningún precepto de esa parte en el Código Penal, no podrá ser castigado como delito, por muy grave que sea la conducta, sin perjuicio de que el juzgador, de acuerdo con el

---

[1] CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 75.
[2] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 159.

artículo 4 del Código Penal, acuda al gobierno solicitando que ese hecho sea recogido como delito.

El concepto de tipicidad se utiliza en diversos sentidos:

- Como equivalente a tipo del injusto o llamado también ilícito, que siguiendo a Luzón Peña es la acepción correcta, es decir, como «conjunto de elementos fundamentadores del injusto penal»[3].
- Otra posición doctrinal lo considera como tipo fundamentador en principio del injusto o ilícito, es decir, delimita la ilicitud de cada clase de delito[4] que luego se confirmará si es o no injusto, lo cual hace que se trate de un tipo indiciario que no se opone a que haya causas de justificación[5].
- La teoría de los elementos negativos del tipo considera el tipo de injusto como un tipo total del injusto pero que supone que no hay causas de justificación y de exclusión de la tipicidad.

1.2. Relación entre la tipicidad y la antijuridicidad

Para que la acción antijurídica y culpable sea delito es necesario que se recoja en el Código Penal, es decir, que sea típica. Desde que Beling consideró en 1906 introducir la tipicidad como elemento del delito, no ha habido una unanimidad en torno a la relación que existía entre la tipicidad y la antijuridicidad.

En un primer momento, para Beling al introducir la tipicidad, consideraba que se trataba de un elemento abstracto del delito, de forma que la tipicidad y la antijuridicidad aparecían como categorías totalmente separadas entre sí.

En 1915 Mayer cuando publicó el *Tratado de Derecho Penal*, modifica la posición señalando que la tipicidad y la antijuridicidad no son elementos totalmente separados, sino que la tipicidad tiene un valor indiciario sobre

[3] Ibidem., pág. 161.
[4] Ibidem.
[5] Ibidem.

la antijuridicidad, pues la ley señala acciones u omisiones que pueden ser penalmente relevantes, ya que causan daños en los bienes jurídicamente protegidos. En otras palabras, la tipicidad aparece como la razón que permite conocer si hay antijuridicidad, lo que ha sido denominado *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad.

Posteriormente, *Mezger* introdujo la *ratio essendi* de la antijuridicidad, es decir, el delito no es una acción típica y antijurídica, sino que es típicamente antijurídica. Se trata de la razón esencial o la razón de ser de la antijuridicidad.

La última posición que aparece y que es la más minoritaria, defendida por *Merkel* ya en 1889, así como por *Frank y Roxin*, y actualmente por Luzón Peña, Rodríguez Devesa, y Castor Pérez[6], es que la tipicidad y la antijuridicidad tienen tal conexión que la primera determina la segunda, pues hay tipicidad porque no hay una causa de justificación, de forma que, si concurren alguna causa de justificación, no sólo se excluye la antijuridicidad sino también la tipicidad. Por eso es llamado el tipo total o global del injusto, y contiene la parte positiva y la parte negativa del tipo. La parte positiva contiene los requisitos que definen cada figura del delito, y la parte negativa que es, la no concurrencia de las causas de justificación, que no se recoge de forma expresa como la parte positiva, sino que es tácita porque no se recogen esas causas para no repetir en cada delito que se castigará siempre que no concurran alguna de las causas de justificación[7].

Nosotros somos así más partidarios de señalar que indudablemente la tipicidad y la antijuridicidad tienen una relación entre sí. Y lo que es claro es que la tipicidad puede existir sin antijuridicidad, pero ésta no puede existir sin aquella. Nuestro Código Penal refleja en el artículo 4 la relación de la tipicidad con la antijuridicidad, pues una conducta típica, aunque no sea considerada antijurídica, deberá ser castigada, a sensu contrario, una conducta que no es típica, aunque sea considerada antijurídica no podrá ser castigada por el juzgador[8].

---

[6] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 87.
[7] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 161.
[8] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 88.

1.3. Funciones de la tipicidad

La tipicidad cumple diferentes funciones, para su exposición hemos seguido a Luzón Peña y a Cuello Contreras y Mapelli Caffarena[9]:

- Una primera y fundamental función, y a la que ya hemos aludido en el apartado anterior, es la de cumplir con el principio de legalidad. Pues asegura que sólo serán delitos aquellos hechos que están recogidos en la Parte Especial (Libro II) del Código Penal. Por mucho que un hecho pueda ser grave, si éste no se recoge en el texto legal como delito, no podrá ser castigado.
- La segunda función es la de ser un punto de referencia del resto de elementos de tal forma que, si no hay tipicidad no se podrá pasar a analizar la antijuridicidad ni la culpabilidad.
- La tercera función de la tipicidad es cumplir la llamada de atención al ciudadano, pues a través de los tipos penales que se recogen en el Código Penal se alerta a los ciudadanos para que no incurran en tales hechos, y sepan qué conductas son consideradas delito.
- La última función que hemos de señalar que cumple el Código Penal, es la de delimitar los bienes jurídicos, así como las formas de ataque a los mismos, a través de su descripción.

1.4. Estructura de la tipicidad

La estructura del tipo diferencia distintas partes:

- Parte objetiva: En esta parte se estudia al sujeto activo, la acción u omisión, el bien jurídico protegido, relación de causalidad e imputación objetiva, el tiempo, el lugar, el objeto del delito, entre otros.

[9] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 162. CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 75.

- Parte subjetiva del tipo: Aquí se estudia si la conducta se llevó a cabo por dolo o por imprudencia, así como el error de tipo y el error de prohibición.
- Parte negativa del tipo: Supone la ausencia de las causas que excluyen la tipicidad y las causas de justificación.

2. EL TIPO DEL INJUSTO PUNIBLE

Nuestro Derecho Penal explica que los delitos recogidos en el Código Penal tratan de castigar aquellos comportamientos que causan un daño o pueden dañar el bien jurídico protegido. Aquí, se han enfrentado tanto los causalistas como los finalistas, ya que lo que a los causalistas les interesa es la relación causal entre el resultado y la acción. Por ejemplo, A causa la muerte de B, tendremos delito consumado de homicidio si se produjo la muerte, es decir, si se produjo el daño en el bien jurídico protegido, la vida.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no todo comportamiento que produce la muerte de una persona es delito de homicidio, es decir, no por el hecho de que se haya producido la lesión en el bien jurídico protegido, la vida, es un delito de homicidio. Por ello la teoría finalista considera que es necesario que el comportamiento haya ido dirigido a producir la muerte de esa persona de forma consciente, que sería el dolo, o bien de forma imprudente.

Teniendo en cuenta lo anterior, hemos de señalar que el tipo del injusto contiene dos componentes: el disvalor-resultado y el disvalor-acción. El disvalor resultado sería por ejemplo la muerte de B, y en el disvalor -acción, la conducta que lleva a cabo A y que causa la muerte de B. En el delito consumado, concurren ambos disvalores, tanto el de la acción como el de resultado, ya que se produce el resultado, en el ejemplo anterior, de B por la conducta de A, y debe además existir una relación causal entre ambos disvalores[10].

[10] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 76.

Por ello mismo, para norma penal castiga aquellos comportamientos que tenían el propósito de causar el resultado, ya sea lesionando (dolo) o poniendo en peligro (imprudencia) el bien jurídico protegido. El tipo del injusto penal se forma, como ya hemos señalado, por la parte objetiva y parte subjetiva, que veremos en los próximos capítulos.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

Teniendo en cuenta la Parte Especial del Código Penal, se puede extraer una amplia variedad de formas típicas, muchas de ellas ya las hemos visto en el Capítulo IV.

A) Tipos según la persona del autor

1. Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos

Ya señalamos que los delitos unisubjetivos son los que requieren un solo autor, aunque no importa que puedan realizar el tipo varios autores. Mientras que en los delitos plurisubjetivos son aquellos que requieren la intervención de más de un autor. Dentro de los plurisubjetivos tenemos los unilaterales que son aquellos en los que el sujeto se dirige al mismo objetivo típico, y los bilaterales, que son los que persiguen un objetivo distinto y tienen también distinto sentido[11].

2. Delitos comunes y delitos especiales

Los delitos comunes pueden cometerlo cualquier persona. Los delitos especiales, por su parte, sólo pueden cometerlo los sujetos que reúnan las características que se recogen en el tipo, por ejemplo, el delito de los funcionarios públicos, que sólo podrán ser cometidos por éstos (art. 404 y ss CP).

3. Delitos de propia mano y delitos realizables por cualquiera

Los delitos de propia mano son aquellos que se realiza sólo por el autor con sus propias manos, sin intermediario, por ejemplo, el delito de viola-

[11] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 163.

ción. En el caso de los delitos realizables por cualquiera son aquellos que pueden ser cometidos por los autores mediatos, es decir, por intermediario.

B) Tipos según las características de la acción que se describe

1. Delito de simple actividad o mera conducta y los delitos de resultado

Los delitos de simple actividad son los que la requieren una determinada conducta, pero sin necesidad de un resultado posterior distinta a aquella, por ejemplo, la violación. Los delitos de resultado son aquellos cuya consumación requiere que la acción haya causado un resultado, por ejemplo, en el homicidio se requiere la muerte del sujeto activo.

2. Delitos de lesión y delitos de peligro

Los delitos de lesión son aquellos en los que se ha producido un daño material, mientras que los de peligro bastan con que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido, sin necesidad de lesión.

Dentro de los delitos de peligro podemos distinguir, entre los de peligro concreto y abstracto. Los primeros son aquellos, en los que se pone en peligro un concreto bien jurídico, por ejemplo, en el delito de conducción temeraria es necesario según el artículo 380.1 del Código Penal, que se haya puesto en peligro un bien jurídico, porque de no haberse producido esa puesta en peligro, no se podrá castigar al sujeto. Los delitos de peligro abstracto no requieren que se haya producido un peligro concreto en un bien jurídico protegido, sino que la conducta en lo que consuma el tipo, por ejemplo, conducir bajo las influencias de drogas, no necesita que se haya puesto en peligro un bien jurídico concreto.

C) Tipos según el grado de desarrollo

Aquí podemos distinguir entre los delitos de consumación normal y los de consumación anticipada. Así los delitos de consumación son aquellos en los que se ha realizado todos los elementos del tipo y posteriormente producen el resultado, mientras que los de consumación anticipada, que son los tipos delictivos que no requieren para que se consumen la realización del último acto

o la producción del resultado. Estos tipos pueden consistir en delitos de peligro[12].

D) Tipos según el número de acciones que lo integran

Dentro de este apartado diferenciamos entre los tipos delictivos simples y compuestos. En los primeros se requiere una sola acción, por ejemplo, matar. Los delitos compuestos son los que requieren de varias acciones, y podemos distinguir entre los complejos y meramente compuestos. Los primeros son los que están formado por dos o más acciones, cada una de ellas delictiva por sí sola, pero que desaparecen dentro del nuevo delito, por ejemplo, el robo en casa habitada abrosve al allanamiento de morada. En el caso de los meramente compuestos, se integran por varias acciones, pero no tienen por qué ser cada una de ellas delictivas, haciendo que uno de los actos delictivos de lugar a que otro se convierta en un tipo cualificad, pero sancionándose de forma separada al primero. Y también puede ocurrir que una de las acciones por sí sola sea delictiva y la otra no, por ejemplo, en la violación, el acceso carnal por sí solo no es delito, pero requiere que vaya de violencia o intimidación[13].

E) Tipos base, subtipos agravados o atenuados

El tipo básico son aquellos que contienen los elementos fundamentales para que una conducta sea constitutiva de delito, y partiendo de esta se puede formar los subtipos agravados o atenuados. Por ejemplo, los delitos de lesiones agravadas, en el caso de los subtipos agravados, en el caso de los subtipos atenuados, son por ejemplo las detenciones ilegales, donde en caso de que se dé puesta en libertad al detenido en tres días sin haberse logrado el fin propuesto, atenúa la responsabilidad penal.

[12] https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjAxNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAy79NpzUAAAA=WKE

[13] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. *Parte General*, Óp. cit., pág. 171.

8. LA TIPICIDAD (II)

SUMARIO: 1. El tipo objetivo: introducción / 2. Casualidad / 3. La imputación objetiva

1. EL TIPO OBJETIVO: INTRODUCCIÓN

En el tipo objetivo se estudiarán diferentes elementos, entre ellos; el sujeto activo, sujeto pasivo, el bien jurídico protegido, el objeto material del delito, la causalidad, la imputación objetiva (…). En este capítulo nos vamos a centrar en la causalidad, sus teorías y en la imputación objetiva.

En los delitos de resultado, la consumación requiere que exista una relación causal entre la acción y el resultado, es decir, que el resultado sea causa de la acción. Esta relación es relevante para el Derecho Penal, que considera que si no existe este nexo causal no se puede hablar de responsabilidad penal del autor.

Esa relación causal que se exige en el Derecho Penal es una relación lógico-real, que siguiendo a Luzón Peña[1] puede ser de carácter material o físico, y en otras ocasiones de carácter psíquico. Sin embargo, *Roxin* introdujo la exigencia de un segundo requisito, algo que la doctrina moderna ha avalado, que es la imputación objetiva, esto es, no basta con que el resultado sea causa de la acción, sino que se pueda imputar objetivamente el resultado al autor, que el delito haya sido llevado a cabo por él, porque ha producido el peligro culminando el resultado, o que ha aumentado el riesgo más allá de lo permitido.

Si falta la relación causal o la imputación objetiva en los delitos de resultado, las consecuencias son las siguientes, dependiendo si el delito es doloso o imprudente. Así para el delito doloso no hay delito consumado, pero es posible que haya habido una tentativa, mientras que, en el delito impru-

[1] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 199.

dente, la consecuencia es que también no habrá delito consumado, pero será impune[2].

2. CAUSALIDAD

2.1. Concepto

La relación de causalidad ya hemos dicho anteriormente que se produce en los delitos de resultado, en los que debe existir esa relación causal entre la conducta del ser humano y el resultado, exigiéndose así un nexo o enlace lógico y real entre ambos elementos. Para que una persona pueda ser considerada autora de un delito, necesita que la acción que ha llevado a cabo sea la causa del resultado. Stuart Mill definió la causalidad como el antecedente necesario y suficiente de un fenómeno[3], elaborándose así la teoría de la causalidad.

Hasta mediados del S. XX se ha considerado la relación causal como un componente de la acción siendo el primer elemento del delito, sin embargo, la doctrina moderna considera que la causalidad forma parte del tipo objetivo, manteniendo un concepto estricto de acción.

La causalidad se convierte así en un elemento esencial del tipo del injusto en los delitos de resultado, ya que se requiere comprobar que el resultado ha sido producido conforme a una ley causal conocida[4]. No basta que un hecho haya sucedido a otro, sino que se requiere que haya habido una causalidad aplicando la ley de la naturaleza.

A veces es difícil establecer esa relación causal, y así Luzón Peña señala diversos supuestos problemáticos[5]:

A) Factores causales complejos o parcialmente ocultos

---

[2] https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDCwNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAc6Ei3ZuaaAA=WKE

[3] LUZÓN CUESTA, J. M. Compendio de Derecho Penal. Parte General, Óp. cit., pág. 54.

[4] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 86.

[5] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*. *Parte General*, Óp. cit., págs. 200-205.

En ocasiones hay resultados en los que son fáciles establecer la relación causal, es el caso de la muerte de una persona de forma inmediata tras recibir un tiro en la sien. Sin embargo, en otras ocasiones existen factores complejos o parcialmente ocultos en los que establecer la relación causal resulta complicado, ya que se trata de materias que requieren de un examen minucioso de los expertos, por ejemplo, de la medicina. Para ello se acude a los dictámenes periciales, por ejemplo, cuando una persona ha muerto tras haber recibido varias dosis de un fármaco, pues se necesitaría para establecer si el fármaco ha causado la muerte del sujeto o si ha sido por otra patología, un dictamen pericial.

B) Cursos causales no verificables

Se trata de casos en los que se ha producido un resultado a varias personas que previamente habían tenido una relación con un factor común, por ejemplo, en el caso del aceite de Colza, los que consumieron el mismo desarrollaron una enfermedad, que a una parte de éstos fallecieron como consecuencia de esa enfermedad, sin embargo, hay otros fallecidos que no se ha sabido si fallecieron debido a eso o a otra causa.

Aquí la problemática reside en establecer esa relación causal, que debido a la gran probabilidad de que se produzca el resultado, lo que se llama causalidad estadística, permite afirmar la existencia de relación causal, aunque no se conozca con exactitud ese curso causal. En otras palabras, se permite establecer una relación causal partiendo de la alta probabilidad que existe de que ese resultado se produzca.

C) Causalidad concurrente o cumulativa

Esta problemática se presenta cuando existen varios factores que pueden ser los que han provocado el resultado, «y cuyos efectos se unan o potencien, o se contrarresten al menos parcialmente, o unos superen o rebasen totalmente a los otros; y a su vez ello puede deberse a diversas intervenciones humanas, de acuerdo o no, o a la concurrencia de conductas humanas con factores naturales». Podemos distinguir así entre:

- Autoría yuxtapuesta, donde sin estar dos o más personas de acuerdo, cada una de ellas con sus actos ha producido el resultado, sin embargo, por separado no se hubieran producido.
- Causalidad cumulativa, en la que varias acciones producen el resultado, pero cada una de ellas por sí misma, la habría producido igual.
- Causalidad superadora, se trata de poner en marcha un curso causal con capacidad de producir el resultado, sin embargo, otro curso causal adelanta al anterior produciendo el mismo resultado. Por ejemplo, como señala Luzón Peña, X da veneno a Y que comenzará a surtir efectos un tiempo después, sin embargo, antes de que se produzca el resultado, Z mata a Y de un disparo en la sien. Puede ocurrir que el segundo curso causal aproveche los efectos del anterior, por ejemplo, un conductor atropella a un peatón, lo deja en la calzada, llega otro vehículo que conduce de forma a velocidad superior a la permitida, lo atropella y lo mata.

D) Cursos causales hipotéticos

Se trata de cursos causales que producen el resultado, sin embargo, surge la alternativa de otro curso causal que hubiera producido de igual modo el mismo resultado[6]. Surgen así diversas posibilidades.

Por un lado, tenemos lo que Luzón Peña llama la causalidad alternativa propia, que consiste en que el sujeto provoca un resultado con una acción imprudente o con una acción con dolo eventual, y rebasando el riesgo permitido, sin embargo, posteriormente se comprueba que con una gran probabilidad que raya la certeza, aunque el sujeto no hubiera incrementado el riesgo, el resultado se hubiera producido.

Por otro lado, siguiendo al mismo autor, se nos presenta la conducta alternativa ajena, en la que una acción humana dolosa provoca el resultado, pero de no haberse producido éste, el resultado se habría producido igual porque había otro sujeto que lo iba a realizar igualmente[7].

---

[6] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., págs. 200-205.
[7] Ibidem.

2.2. Teorías causales

A) Teoría de la *conditio sine qua non*

Esta teoría fue formulada por von Buri a partir de 1860, aunque realmente su creador fue Glasser cinco años antes. Se sostiene con la teoría de la *conditio sine qua non* que la toda condición del resultado, por muy alejada que esté, será causa del mismo. En otras palabras, esta teoría mantiene que habrá relación causal si suprimiendo mentalmente la acción el resultado no se habría producido.

Se exige de esta forma, aislar un resultado concreto y elegir una determinada condición, y aplicando la mecánica anterior de suprimir la acción el resultado no se habría producido, entonces cabe afirmar que hay relación causal.

B) Teoría de la causalidad adecuada

Esta teoría fue elaborada por von Bar en 1871 y en 1886, la perfiló y difundió von Kries. Esta teoría partió sosteniendo que será causa del resultado aquella que es adecuada para producirlo. Posteriormente se señaló que, para que exista causalidad será necesario que lo que previsiblemente lo sea para un hombre medio situado o colocado en la misma posición que el autor, y con sus conocimientos, pero ex ante, hubiera podido prever el resultado, lo cual se denomina previsibilidad objetiva.

Por ello mismo, no será condición aquellas que no puedan suprimirse mentalmente, sino aquella que es adecuada para producir el resultado, realizando un juicio de probabilidad, situando a un hombre medio en la posición del autor ex antes al resultado.

C) Teoría de la relevancia

Esta teoría, formulada por Mezger, mantiene que solo será condición la que tenga una relevancia jurídico penal, requiriéndose primeramente que sea adecuada para producir el resultado. Dice Mezger que «la punibilidad del resultado supone que éste se encuentre en relación de causalidad con el acto de voluntad del que actúa. El acto de voluntad es causal respecto al resultado

cuando, suprimido in mente desaparece también el resultado en su forma concreta». Con esta teoría se mejora la teoría de la *conditio sine qua non*, permitiendo reducir su amplitud, de tal forma, que no cualquier causa será condición para producir el resultado, sino que es necesario que sea adecuada y que tenga una relevancia jurídico penal[8], por ello podemos afirmar que con esta teoría se abre el camino a la imputación objetiva.

D) Teoría de la prohibición de regreso

Esta teoría sostenida por Frank en 1931, parte de que si toda condición del resultado es causa del mismo, también lo sería la más remota, por ejemplo, el fabricante del coche con el que se mató a un sujeto. Por ello, se establece la prohibición de remontarse más allá de la acción dolosa que provocó el resultado.

Teniendo en cuenta todas estas teorías, la más utilizada es la de la *conditio sine qua non*, que se ha utilizado especialmente desde que se aplica la imputación objetiva, ya que con ésta se permite superar los problemas de aquella.

3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

3.1. Concepto

En el tipo objetivo hemos señalado que se requiere, por un lado, la relación de causalidad, y, por otro lado, la imputación objetiva, en los delitos de comisión. En el caso de los delitos de comisión por omisión o de omisión impropia, no hay una relación causal entre la acción y la conducta omisiva, sin embargo, sí que existirá imputación objetiva.

Por ello mismo, la imputación objetiva permite establecer que una conducta sea adecuada para poder imputar objetivamente el resultado a la acción, siempre que la conducta del sujeto haya creado un peligro para el bien jurídico, que ese peligro o riesgo sea jurídicamente relevante, no cubierto por

[8] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 56.

el riesgo permitido, siendo irrelevante penalmente si se encuentra fuera del ámbito de protección del tipo penal que contempla esa conducta como delito.

3.2. Criterios de imputación objetiva según Roxin

De esta definición que hemos dado de la imputación objetiva, podemos extraer una serie de criterios, que según Roxin recoge:

A) Disminución del riesgo

Se trata de un criterio en el que no habrá imputación objetiva en los casos en los que se ha llevado a cabo una acción para evitar un resultado que iba a causar un daño mayor, Por ejemplo, un policía lanza a una persona al suelo, produciendo lesiones, para evitar que la alcance un disparo.

B) Creación o no de un riesgo jurídicamente relevante

El segundo criterio que formula *Roxin* es el de que no habrá imputación objetiva si la acción del sujeto no ha creado un riesgo jurídicamente relevante o no permitido. Por ejemplo, un hombre manda a otro al bosque un día de lluvia y tormenta, a coger manzanas, con la finalidad de que le alcance un rayo y lo mate. Con este criterio, Roxin resuelve también los problemas de las desviaciones del curso causal, por ejemplo, una persona es atropellada por un conductor, y muere al ser trasladado al hospital porque la ambulancia sufre un accidente de tráfico[9]. En este caso no puede hablarse de imputación objetiva al sujeto que atropelló al viandante porque el dar lugar a un recorrido en coche no implica ningún riesgo jurídicamente relevante. Sí lo sería en cambio aquella persona que arroja a otra al acantilado con intención de que se ahogue y muera, sin embargo, choca con una piedra y muere. Este hecho no cambia el resultado, porque la acción de tirar a alguien por el acantilado conlleva un riesgo jurídicamente relevante para que las cosas hubieran ocurrido así.

C) Aumento o falta de aumento del riesgo permitido

[9] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 57.

De acuerdo con este criterio, solo existe imputación objetiva cuando se ha aumentado el riesgo permitido, por ejemplo, el cirujano que no esteriliza los aparatos utilizados en la operación y el enfermo muere, lo cual el médico será responsable, porque se ha producido un aumento del riesgo permitido.

D) La esfera de protección o fin de la norma como criterio de imputación objetiva

Con este principio *Roxin* intenta solucionar los casos no comprendidos en los apartados anteriores, a través del cual, se ha producido un resultado a consecuencia del incremento del riesgo no permitido, pero no será imputable objetivamente porque no se trataba del resultado que la norma quería evitar[10].

3.3. Criterios de imputación objetiva

Teniendo en cuenta los criterios de *Roxin* podemos perfilar la imputación objetiva a partir de los criterios de *Jakobs* que podemos identificar como[11]:

A) La esfera de protección de la norma

Para que exista imputación objetiva es necesario que se impute el resultado que se ha producido por el riesgo que la norma vulnerada quiso evitar, por ello mismo, no habrá imputación objetiva cuando el resultado se produce como consecuencia de un riesgo no permitido, pero ese resultado, el legislador con la norma no era aquel que quería evitar. El Tribunal Supremo recoge un caso que permite ver este criterio; Un conductor inexperto invade la calzada donde se encuentras varias personas, dos de ellas son atropelladas y otra debido al temor que ha sentido al ver como el coche la arrollaba, se ha precipitado en la calzada. El Tribunal Supremo señaló que había imputación objetiva sobre el primer resultado, pero no del segundo[12].

B) Riesgo permitido

---

[10] Ibidem.
[11] GÜNTHER, J. y CANCIO, M. *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*, GRIJLEY, 2000, pág. 23
[12] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Op. cit., pág. 91.

Con este criterio se debe de tener en cuenta que hay ciertas actividades que conllevan riesgos que la sociedad debe de sumir, por ejemplo, el boxeo, donde si un boxeador sufre un daño grave en un ojo, no se puede imputar el resultado al contrincante ya que el boxeo tiene ciertos riesgos que los competidores deben de asumir.

C) Prohibición de regreso

Cuando se produce un resultado debido a una acción previa que ha incrementado el riesgo permitido, pero cuyo resultado se ha agravado por conductas posteriores de un tercero o de la propia víctima descuidando las prescripciones médicas para su cura, se plantea la cuestión de si las acciones más próximas al resultado excluyen la imputación objetiva del primero.

Cuello Contreras y Mapelli Caffarena plantean un ejemplo, A conduciendo temerariamente, atropella a un peatón con su coche. El médico, que intervino a la víctima en el hospital, no vio el coágulo de sangre que aparecía en la radiografía por falta de atención. En este caso, cabe preguntarnos si la responsabilidad por imprudencia del médico excluye la responsabilidad del conductor del coche.

La respuesta según estos autores es difícil, y debe de ser matizada. Manteniendo que, cuando el comportamiento del posterior entrañe una mayor gravedad, y siempre que sea doloso, se debe aplicar el principio de prohibición de regreso. Ahora bien, cuando es leve, no se aplica tal principio, debiendo responder el autor de uno y otro comportamiento[13].

D) Autopuesta en peligro

Con este criterio se deberá de tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. Se deberá así de valorar los riesgos, y se puede aplicar la imputación objetiva a la víctima. Por ejemplo, viajar de copiloto en un vehículo a grandes velocidades; se llama; el consentimiento de la víctima.

E) Concreción del riesgo típico

[13] Ibidem.

No habrá imputación objetiva cuando el resultado no se puede subsumir en la vulneración de la norma cuya infracción completa se cuestiona, que no se habrá visto infringida en toda su extensión. «El riesgo que cae dentro de la norma (de cuidado en la imprudencia, por ejemplo) debe ser el que se haya materializado en el resultado. Si no es así, no se imputa, aunque se haya causado». Por ejemplo, A causa lesiones graves a B, lo que hace que le tengan que llevar en ambulancia, pero durante el trayecto la ambulancia sufre un accidente y B muere por ello. En este ejemplo, A no ha creado el riesgo que ha producido la muerte de B que ha sido el accidente de la ambulancia, ya que los accidentes de circulación ocurren todos los días, lo que A creó fue otro riesgo distinto, que fue la muerte por lesiones cuyo resultado no se ha concretado[14].

F) Concurrencia de riesgos

Aquí concurren varios riesgos, pero la imputación del resultado se produce a aquel riesgo que ha producido la efectiva lesión, no se trata de imputarlo al que se ha iniciado primero, sino al que antes ha producido sus efectos. Por ejemplo, en un ascensor cuyo cable está muy deteriorado y que no ha sido revisado entran más personas de las permitidas, y se desploma. Lo que ha producido el resultado ha sido tanto el estado del cable como posteriormente el exceso de personas, teniendo en cuenta que de haber estado el cable bien no se habría producido el desplome. Así, ciertos factores que pueden influir en el resultado hacen que disminuya la importancia del comportamiento prohibido.

[14] Ibidem., pág. 92.

9. LA TIPICIDAD (III)

SUMARIO: 1. El tipo subjetivo. El dolo / 2. El error

1. EL TIPO SUBJETIVO. EL DOLO

1.1. Introducción

Ya hemos dicho que el tipo del injusto requiere una parte objetiva y una parte subjetiva. La objetiva ya la hemos estudiado, sin embargo, ahora toca hablar de la parte subjetiva, lo que desde el punto de vista de la antijuridicidad se denomina el desvalor subjetivo de la acción, que se integra por el dolo o por la imprudencia, o incluso por una combinación entre dolo e imprudencia.

Siguiendo a Luzón Peña, todos los tipos requieren una parte subjetiva. En los delitos dolosos se constituye por el dolo, esto es, el conocimiento y la voluntad, y en los delitos imprudentes no hay dolo, lo cual hay una inobservancia del deber de cuidado, pudiendo darse; que se tenga conocimiento de la posibilidad de realizar la parte objetiva de un tipo en la imprudencia consciente, o bien en la imprudencia inconsciente que se tenga posibilidad de conocer o prever que se puede realizar el tipo objetivo. Cierto es que muchos delitos, por ejemplo, el asesinato, no cabe la modalidad imprudente[1].

1.2. Concepto de dolo

El dolo es un elemento del tipo subjetivo del injusto, que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo[2]. En un primer momento se consideraba como la voluntad dirigida a la comisión de un hecho delictivo. Más tarde, se consideró que el dolo es la representación del resultado en el sujeto activo, algo que fue criticado por gran parte de la doctrina.

---

[1] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., págs. 236.
[2] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 66.

En una siguiente etapa la Escuela positiva elabora un concepto de dolo que introduce la voluntad, la intención y el fin. Así mismo, cuando se dispara un arma se puede realizar de forma voluntaria o causal, si es voluntaria puede hacerlo el sujeto con la intención de matar o no, y si va dirigido con la intención de matar habrá que valorar con qué finalidad lo hizo, pues puede que lo haya realizado en legítima defensa, lo cual se excluiría la responsabilidad penal. Sin embargo, esta teoría también fue criticada, y en una última etapa el dolo aparece como la voluntad y la representación, lo que en realidad supone una unificación de las dos primeras etapas. Según este último concepto, el dolo es la voluntad consciente dirigida a ejecutar un hecho que previamente se le ha representado al sujeto activo, y que se prevé como delito.

En definitiva, podemos definir el delito como el conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias constitutivas del tipo del injusto a través de la acción que el autor ejecuta[3]. Esto nos permite señalar que el dolo tiene dos elementos: el conocimiento y la voluntad, que pasaremos analizar en el apartado siguiente.

1.3. Elementos del dolo

A) Conocimiento

Este elemento también es llamado elemento intelectivo, que supone la representación o el conocimiento del hecho que se pretende realizar. De esta forma, se trata de conocer los elementos objetivos del hecho delictivo, pero no un conocimiento exhaustivo, sino un conocimiento del significado normativo a nivel de profano, como señala Luzón Cuesta, no de un especialista. Además, se considera así que debe de tratarse de un conocimiento que agrava la responsabilidad penal, y de los elementos necesarios para que exista dolo.

Se requiere también un conocimiento del significado antijurídico de la acción, es decir, que el sujeto sepa que la acción que va a ejecutar es típicamente antijurídica, no tiene por qué saber qué calificación y pena va a tener.

[3] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 93.

Por último, es necesario que tenga un conocimiento del resultado que va a producir su acción, aunque no sepa con exactitud todas las consecuencias sí que el modificación causará en el mundo exterior[4].

B) Voluntad

Este elemento es denominado también como elemento volitivo, que supone la voluntad de ejecutar el hecho delictivo. Mir Puig lo ha señalado como «querer no es sólo el perseguir una meta, sino también el aceptar algo por la razón que sea, aunque sea a disgusto y como consecuencia inevitable».

1.4. Clases de dolo

A) Dolo directo de primer grado o de intencionalidad

En este tipo de dolo, el sujeto activo persigue la realización del delito, con independencia de que él lo prevea como posible de que lo va a conseguir. Por ejemplo, la persona que dispara en la sien de un sujeto mientras duerme, ha realizado el delito de homicidio doloso.

B) Dolo directo de segundo grado

En el dolo directo de segundo grado el sujeto realiza un resultado delictivo, aunque él no quiera ese resultado, sabe que es una consecuencia inevitable de su acción. Por ejemplo, el sujeto que dispara a través de una ventana con la finalidad de que le alcance a una persona que se encuentra al otro lado, aunque él no quiere que se produzca el resultado de romper la ventana sabe que es una consecuencia inevitable de su acción.

Aquí se trata de una probabilidad que raya la certeza, obligando a imputar a título de dolo, sin importar lo que el sujeto quería. El Tribunal Supremo lo ha denominado como dolo de consecuencias necesarias. Luzón Peña lo ha definido como…

> *la intención o propósito que persigue el sujeto no es precisamente la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo, pero sabe que*

[4] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 68.

a tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad la realización de todos los elementos de un tipo delictivo, cuya producción, por tanto, aunque no le guste, también acepta[5].

C) Dolo eventual

Esta tercera categoría, llamada dolo eventual, el autor no persigue ni pretende directamente realizar el hecho típico, pero sabe que es posible que su conducta pueda producir el resultado típico. En otras palabras, al agente se le representa un resultado que no quiere, sin embargo, lo acepta y comete la acción.

El problema que presenta este tipo de dolo es la diferencia con la imprudencia o culpa consciente, en el que ambos no se desean el resultado. Así se han formulado diferentes teorías:

- Teoría del consentimiento: Esta teoría es la mayoritaria entre nuestra doctrina[6]. Y considera que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente es, que, en la segunda, la voluntad es menos intensa, porque el sujeto no quiere realizar el tipo y tampoco está seguro de si se producirá, sin embargo, se plantea que es posible que pueda producirse, lo acepta y realiza la acción. Siguiendo a Luzón Cuesta, señala que Frank diferencia entre dos teorías[7]:
    1. Teoría hipotética del consentimiento: En ella la «previsión del resultado como posible, sólo colma el concepto de dolo cuando la previsión de dicho resultado como cierto no hubiera detenido al autor, no hubiera tenido la significación de un motivo decisivo de contraste».
    2. Teoría positiva del consentimiento; donde se dice que «si el autor se dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo

[5] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., págs. 244.
[6] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., págs. 248.
[7] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 70.

otro, en todo caso actúo, entonces su culpabilidad es dolosa»[8].

- Teoría de la representación o teoría de la probabilidad: Aquí la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente se encuentra en la probabilidad que el autor ha previsto que se produzca el resultado, en el primer caso, la probabilidad es mayor que en el segundo, donde la posibilidad de que se produzca el resultado es mucho más lejana.
- Teoría ecléctica: En esta teoría para la existencia del dolo eventual se requiere que el sujeto tome en serio la posibilidad del delito, de tal forma que no descarte que pueda producirse, y que se conforme con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto.

Por su parte el Tribunal Supremo ha señalado que:

> *en definitiva, el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene*[9].

Así pues, la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia es más cuantitativa que cualitativa, ya que cuanto mayor es el riesgo de que se produzca el resultado y del cual es consiente el autor, más difícil será evitar la calificación

[8] https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjE0tTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAHYgbWjUAAAA=WKE

[9] ATS 1056/1998

de dolo eventual[10]. Vamos a ver un ejemplo de dolo eventual; Una madre y una abuela que obligaron a comer a un bebe a pesar de que venía sangrando durante varios días como consecuencia de la herida que tenía en la boca. Finalmente, murió por asfixia de su propia sangre.

2. EL ERROR

2.1. Introducción

Ya hemos destacado que el dolo tiene dos elementos; el intelectivo y el volitivo. Así el dolo es el conocimiento de los elementos objetivos del delito, de la antijuridicidad de la acción y del resultado de la misma. Cuando hay un conocimiento equivocado o juicio falso, es un error, mientras que cuando estamos ante una falta de conocimiento lo llamamos ignorancia, que afectarán en la culpabilidad.

Durante mucho tiempo se han dado diversas posiciones de cómo se debe tratar ambos casos: al principio se prescindía de la ignorancia, luego ambas situaciones de error e ignorancia se quedaban en un único concepto, como ignorancia, mientras que la posición mayoritaria, asoció el error al error de hecho, y la ignorancia al error de derecho. Sin embargo, esa diferencia se ha superado, y se distingue entre el error de hecho como error de tipo, y el error de derecho como el de prohibición.

2.2. El error de tipo

Actualmente el artículo 14.1 y 14.2 se establece que:

> *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. El error sobre un*

[10] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 96.

hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

Podemos establecer una diferenciación:

A) Error sobre elementos esenciales del tipo

Se trata de un error sobre los elementos del tipo objetivo, de tal forma que puede ser vencible o invencible.

- Será vencible cuando se trate de un conocimiento equivocado o juicio falso que se podía haber evitado empleando la debida diligencia, en cuyo caso, se deberá de aplicar la imprudencia. Por ejemplo, un hombre que dispara con la finalidad de probar su pistola en una mata de árboles, y hay un vagabundo durmiendo y lo mata, en cuyo caso, se trata de imprudencia y no de delito doloso. Téngase en cuenta que la imprudencia sólo se castiga cuando el Código Penal lo prevé para el delito que se trate, pues no hay imprudencia en el asesinato, pero sí en el homicidio.

- Será invencible cuando se trata de una creencia objetivamente fundada, o en general es inevitable para un hombre medio, colocándose en la situación del autor, con los conocimientos de éste y empleando toda la diligencia necesaria. Por ejemplo, el conductor de autobús que llega a una señalar de semáforo y por un error en el sistema pone que está verde, dejándole paso y sigue sin sospechar que en el siguiente cruce se va a encontrar con otro vehículo que le embiste y le causa la muerte. En estos supuestos de error de tipo invencible, queda exento al sujeto activo de responsabilidad penal.

B) Error sobre los elementos accidentales

En este tipo de error se debe distinguir entre las circunstancias agravantes y las atenuantes.

- Error sobre las circunstancias agravantes. En este supuesto, el Código Penal señala que, tanto si es vencible como invencible, se impide la apreciación[11].
- Error sobre las circunstancias atenuantes. Teniendo en cuenta el artículo 21 del Código Penal, no se necesita que el sujeto, para que le sea aplicable las atenuantes, las conozca, bastando que sean apreciadas por el juzgador. Sin embargo, en los subtipos privilegiados, hay posiciones que se inclinan por no aplicar la atenuación, sin embargo, Luzón Peña se inclina en que al no mencionarse el artículo 14 el error sobre los elementos típicos privilegiados significa que los subtipos privilegiados se aplican en cuanto concurran sus circunstancias objetivas, aunque el sujeto no lo conozca[12].

2.3. Error de prohibición

El error de prohibición es la falta de conocimiento, lo que también se denominó como hemos podido observar, ignorancia. Esa falta de conocimiento recae en la antijuridicidad de la conducta. En otras palabras, se trata de una persona que desconoce que su conducta está prohibida, y actúa creyendo que actúa lícitamente. El artículo 14.3 señala que «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». Por ejemplo, un turista extranjero que piensa que puede portar armas en España, o cree erróneamente que el ordenamiento jurídico español le autoriza a portarlas, cuando no es así.

Se distingue también entre el error de prohibición invencible y vencible. El primero sería inevitable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las personales del autor, lo cual tendría como consecuencia lo mismo que el error de tipo invencible, la exclusión de la responsabilidad penal. Mientras que el error vencible, teniendo en cuenta las circunstancias personales y del caso se podía haber evitado, será castigada con la pena inferior en uno o dos

[11] LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., pág. 79.
[12] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., págs. 268.

grados, lo cual nos lleva a señalar que, a diferencia del error de tipo vencible, siempre será castigado, mientras que el error de tipo vencible sólo se castiga en los casos en los que el Código Penal prevea la imprudencia para el delito que se trate.

2.4. La aberratio y sus formas

Se trata de un error en la fase de ejecución, a diferencia de los errores anteriores donde el error recaía en la fase interna del delito. Así, puede recaer el error en la persona o en el golpe.

A) El error en la persona o en el objeto

En este caso se confunde a una persona por otra, y se admiten dos casos:

- Que el error no afecte al bien jurídico protegido, lo cual sería irrelevante. Por ejemplo, en aquellos casos, donde una persona dispara contra otra persona, confundiéndole con el sujeto al que quería realmente disparar, para producirle la muerte. En tal caso responderá de homicidio con indiferencia de quién es el sujeto.
- Que el error afecte al bien jurídico protegido. En este caso se trata de cuando uno de los sujetos goza de una especial protección. Por ejemplo, una persona quiere matar a su vecino y por error mata al Rey, habría que aplicar el artículo 14.2 donde si hay error en las circunstancias que agravan impiden su apreciación.

B) Error en el golpe

Este tipo de error es llamado también *aberratio ictus*, en el que se produce por una falta de acierto en el ataque, por ejemplo, una persona que por falta de puntería alcanza a una persona distinta a la que quería dar. En palabras del Tribunal Supremo es: «el error en el golpe o *aberratio ictus*, consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, resulta irrelevante o intrascendente si existe identidad en el bien jurídico protegido, dado que, como señala la ley determina de modo no individualizado el objeto de protec-

ción»[13]. En otras palabras, si los viene jurídico son iguales, el error es irrelevante, y ha ido matizando posteriormente que, si ambas personas estaban a la vista, se aplicaría el dolo alternativo y por lo tanto un solo delito. Si la segunda persona no estaba a la vida, se aplica un concurso entre el tipo doloso que se pretendía y el que se ha producido[14].

2.5. Posición del Tribunal Supremo sobre el error

El Tribunal Supremo mantiene la distinción entre el error de tipo y el error de prohibición, aunque el artículo 14 del Código Penal no lo recoja expresamente con esos conceptos. Sin embargo, se relaciona el error de tipo que afecta a la tipicidad, y el error de prohibición que afecta a la culpabilidad[15].

La jurisprudencia también hace una diferenciación importante en el error de prohibición. Pues en él se distingue entre el directo y el indirecto, de tal forma que el primero se refiere a si existe o no una ley que autorice al autor a la ejecución de un hecho, es decir, el sujeto desconoce que la conducta que lleva a cabo es ilícita, y cree que no está prohibida por el ordenamiento jurídico. En el error de prohibición indirecto, se refiere aquellos casos donde un sujeto piensa que la ley le autoriza para la ejecución de una acción típica, es decir, cree que actúa con una causa de justificación, o bien sobre los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación.

Merece aquí traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo 302/2003 de 27 de febrero, donde se señala que el error de prohibición «se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal». Así mismo queda excluido el error «si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho, que basta con que se tenga conciencia de

[13] STS 1123/1995, de 8 de mayo.
[14] ST 1230/2006 de 1 de diciembre.
[15] STS 1145/2006, de 23 de noviembre.

una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente».

Se añade además en la sentencia citada anteriormente, que…

> *la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.*

Por último, la jurisprudencia también deja claro que no puede concurrir error de tipo y error de prohibición, sino que si concurre uno no puede concurrir otro[16].

[16] SAP Madrid 372/2007, de 26 de septiembre.

10. LA ANTIJURIDICIDAD

SUMARIO: 1. Concepto / 2. Causa de justificación / 3. Las diferentes causas de justificación / 4. El consentimiento

1. CONCEPTO

En la dogmática jurídico-penal se emplea el término de antijuridicidad y el del injusto como equivalentes, sin embargo, la diferencia entre ambos conceptos reside en que la antijuridicidad es una característica de la acción, de tal forma que para que haya delito necesita que la conducta sea contraria a Derecho.

Por su parte, el tipo del injusto se emplea para identificar la acción calificada como antijurídica, como dice Muñoz Conde; lo injusto es la conducta antijurídica misma.

Se puede distinguir entre la antijuridicidad formal y la material. La formal se refiere a esa infracción de la norma jurídica, es decir, conducta que es contraria a Derecho, pero no basta que sea contraria a Derecho, sino que necesita, además, que se lesione o se ponga en peligro el bien jurídico protegido[1]. En otras palabras, con la antijuridicidad formal no basta para conocer las razones por la que esa conducta es contraria a Derecho, sino que necesitamos la antijuridicidad material. Von Liszt consideraba que el fundamento material de la antijuridicidad es la lesión o daño de la acción al bien jurídico protegido, o bien su puesta en peligro[2].

Una acción por lo tanto que contradice de manera formal la norma no puede ser considerada antijurídica, como tampoco lo sería aquella acción que lesiona un bien que no está protegido jurídicamente. Por ello mismo, la esen-

[1] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 300.
[2] LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Óp. cit., págs. 175.

cia de la antijuridicidad es la ofensa a un bien jurídico protegido a través de la acción contraria a Derecho.

Ya vimos en el tipo del injusto contenía dos elementos: el disvalor-resultado y el disvalor-acción. Ambos conceptos son igual de importantes para que se configure la antijuridicidad, ya que están íntimamente conectado. Por ello mismo, el desvalor de la acción supone siempre el desvalor del resultado.

2. CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

2.1. Norma de prohibición y norma de autorización

El ordenamiento jurídico no se compone solo de normas de comportamiento, que pueden ser prohibiciones o mandatos, sino que también contienen normas que suponen una autorización de un hecho que en principio es prohibido. Por ello mismo, cuando realizas la norma de autorización se trata de un comportamiento prohibido por la norma pero que no es antijurídico. Se trata así de conductas prohibidas que el legislador por alguna manera, lo autoriza. Por ejemplo, la víctima de un asesinato que para repeler la agresión del autor se ha defendido y ante un posible disparo le ha golpeado la cabeza del atacante con un jarrón.

Como se puede observar se lesionan bienes jurídicos protegidos penalmente, sin embargo, estas conductas están toleradas por el ordenamiento jurídico, llegando en algunos casos a ser una conducta obligatoria como, por ejemplo, el policía que debe de detener a una persona se dan ciertas circunstancias para ello. La conducta será típica pero no antijurídica porque como hemos dicho, concurre una causa de justificación[3].

Sólo cabe hablar de causas de justificación donde el sujeto se ve obligado a ponderar los bienes en conflicto de acuerdo con las pautas trazadas por el legislador. La norma de autorización permite que se cause así un resultado

[3] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 105.

típico que sea doloso, pero con el fin de evitar otro resultado que el Derecho no quiere que se produzca[4].

Se exige así, y siguiendo a Muñoz Conde:

- Ante un acto justificado no cabe la legítima defensa
- Cuando hay participación en un acto justificado entonces también está justificada para éste
- A diferencia de las causas de culpabilidad, en las causas de justificación no se imponen medidas de seguridad
- Se exime en las causas de justificación la comprobación de la culpabilidad del autor[5].

Las causas de justificación contienen elementos objetivos y subjetivos. De esta manera, para que se dé la causa de justificación no basta con que se produzca objetivamente la situación, sino que, además, se requiere unos elementos subjetivos en el autor que hagan justificada la acción. Por ejemplo, en el estado de necesidad, no basta con que se dé la situación de necesidad, sino que se lleve a cabo para evitar un mal propio o ajeno. Siguiendo a Muñoz Conde, el elemento subjetivo de justificación no exige que los móviles del que actúa justificadamente sean valiosos, sino que el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo justificado[6].

En definitiva, la norma que autoriza el comportamiento contempla dos elementos como ya hemos señalado, el subjetivo que consiste en que se le represente al autor que el resultado que causa es el medio idóneo para evitar otro resultado, y el elemento objetivo que, está constituido por los elementos del tipo delictivo realizado, por el peligro de que se lesione el bien jurídico protegido al que la norma de autorización le ha otorgado preferencia[7].

[4] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Óp. cit., pág. 300.
[5] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Óp. cit., pág. 300.
[6] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Óp. cit., pág. 309.
[7] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 106.

2.2. El error en la causa de justificación

Cuando se produce una causa de justificación es porque se dan los dos elementos; el subjetivo y el objetivo. De esta forma, cuando falta algún elemento hace que el acto sea antijurídico. Cuando falta el elemento subjetivo es porque el autor no quiere actuar conforme a Derecho, pero su acto causa un resultado objetivamente lícito. Si falta el elemento objetivo, el sujeto quería actuar conforme a Derecho, pero el acto que produjo no está objetivamente autorizado por el Derecho. En ambos casos nos encontramos en un error.

A) Ausencia de elemento subjetivo

Como ya hemos podido adelantar, se produce cuando al sujeto quiso actuar en contra del Derecho, pero su acción produjo un resultado lícito. Por ejemplo, una persona entra a robar a una casa sin saber que de esa manera salvaba a los que allí dentro se encontraban. Sobre esta cuestión se dan tres posiciones, como señala Cuello Contreras y Mapelli Caffarena:

- Una posición doctrinal considera castigarlo como delito consumado, puesto que cuando se dio objetivamente la causa de justificación el autor lo ignoraba, y por lo tanto se está llevando a cabo de forma completa la tipicidad, aunque el tipo de autorización no, ya que falta el conocimiento del sujeto de que estaba actuando lícitamente. Ciertamente, que esto permite una disminución del disvalor-resultado, que, aunque no excluye la antijuridicidad sí que se atenúa.
- Para otra segunda posición doctrinal, considera castigar tal conducta como una tentativa, ya que la situación objetiva justificante hace que decaiga el disvalor-resultado. En este caso y en el anterior, se castiga con pena inferior en uno o dos grados.
- Por último, hay una posición minoritaria, que entiende que debe ser justificada plenamente la conducta haciendo que el comportamiento del autor sea impune, pues la situación objetivamente jus-

tificante es suficiente para justificar plenamente el comportamiento del autor[8].

B) Ausencia del elemento objetivo de justificación

Hay que tener en cuenta las variantes que se nos presentan aquí.

- Error en una situación justificante. Se trata da cuando el sujeto creía en la existencia de un hecho que le autorizaba a actuar y pensaba por lo tanto que su conducta estaba justificada. El problema que se presenta en este error es en distinción entre lo putativo y lo real, por ello mismo, se plantea que se deba de valorar desde la posición de cualquier observador con las mismas características del autor. Por ejemplo, una persona cree que otra va a pegarle, entonces se defiende. Habrá que partir de una valoración por parte de un observador objetivo que en la posición o situación del autor también habría visto un posible ataque a su persona. En este caso, los finalistas como dice Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, tienden a aplicar el delito doloso con una atenuante de eximente incompleta muy cualificada (art. 21.1 CP) otra posición habla de una imprudencia, algo que creemos que debería de ser, ya que en caso de que el sujeto se hubiera equivocado ante un posible ataque, porque no empleó la diligencia necesaria, estamos ante una imprudencia.
- Causa de justificación putativa. Se produce una causa de justificación putativa cuando el autor ha comprobado que se daba una causa de justificación y, sin embargo, después no se daba, por ejemplo, una persona que se defiende ante un posible ataque de otra con un arma blanca, sin embargo, se comprueba posteriormente que el arma era de juguete. Volvemos aquí a tener posiciones enfrentadas, donde una parte considera que la conducta del sujeto está plenamente justificada, mientras que otra posición considera que no cabría defensa por el sujeto activo, sin embargo, no se puede castigar a éste, aplicando una atenuación.

[8] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., págs. 106-107.

3. LAS DIFERENTES CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

3.1. Legítima defensa

A) Concepto

En base al artículo 20.4 del Código Penal, se recoge que:

> *El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:*
>
> *Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.*
>
> *Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.*
>
> *Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.*

Estamos ante una legítima defensa, y por lo tanto el ordenamiento jurídico permite que el sujeto se defienda cuando se produce un ataque a los bienes jurídicos, así el fundamento de esta causa de justificación se encuentra en anteponer los bienes jurídicos del atacado a los bienes jurídicos del ofensor, con la finalidad de que los delincuentes actúen con el temor de una posible agresión[9].

B) Elementos

Los elementos que integran la legítima defensa son:

- Agresión

  En este caso estamos hablando de una acción o bien una omisión humana de forma dolosa, de no ser una acción humana entonces no hablamos de legítima defensa sino de estado de necesidad. Así mismo, se requiere que la agresión sea dolosa, sin embargo, se ha admitido que exista legítima defensa cuando hay una agresión imprudente, lo

[9] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 110.

único, que la legítima defensa debe de ser de menor fuerza que cuando la agresión es dolosa.

Además, no cabe con cualquier agresión, sino que es necesario que sea ilegítima, en otras palabras, que sea antijurídica. Por ello mismo no cabe hablar de legítima defensa cuando la agresión es lícita. También es necesario que la agresión ponga en peligro los bienes jurídicos protegidos y que exista realmente un verdadero riesgo inminente de que sean lesionados.

Sin embargo, cabe legítima defensa cuando la agresión ilegítima sea además culpable, es decir, cabe la legítima defensa ante el ataque de una persona con una alteración psíquica.

La agresión ilegítima debe de ser real, lo cual no cabe defensa ante una agresión que realmente no existe, pues estaríamos ante una legítima defensa putativa, en cuyo caso habrá que aplicar el error de prohibición, valorando si es vencible o invencible.

Por último, la agresión debe de ser actual, pues esto significa que no cabe la legítima defensa cuando la agresión no ha comenzado o bien ya ha cesado. Estaríamos así ante un caso de legítima defensa con un exceso extensivo cuando el sujeto dispara al autor cuando huye. Por su parte, estaríamos ante una legítima defensa preventiva cuando hay una amenaza y el sujeto se ha adelantado demasiado a la agresión[10].

– Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla

Se trata de utilizar el medio de defensa más adecuado y menos perjudicial para el autor del delito, es decir, se exige que sea un medio proporcional para repeler la agresión. Así mismo, no cabe que se defienda con una pistola aquel que está siendo golpeado con la mano.

– Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

No cabe que se utilice la legítima defensa ante una provocación previa del defensor, por ejemplo, cuando una persona está recibiendo cons-

[10] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Óp. cit., pág. 326.

tantemente insultos sobre sus hijos fallecidos, y el que realiza el insulto sabe que se trata de una persona que ha perdido a sus hijos, así pues, dado que éste ha provocado el ataque antijurídico, no cabría defenderse[11].

3.2. Estado de necesidad

A) concepto

El artículo 20.5 del Código Penal, señala que:

> *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:*
>
> > *Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*
> >
> > *Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*
> >
> > *Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*

Estamos ante un supuesto de estado de necesidad cuando el ordenamiento jurídico permite cometer un delito para salvar un bien jurídico protegido de mayor valor. Tenemos que diferenciar, teniendo en cuenta la doctrina:

- El estado de necesidad justificante, que se produce cuando se colisionan dos bienes jurídicos de distinto valor, de tal forma que para salvar el de mayor valor se daña o se sacrifica el de menor valor. Por ello mismo es necesario que se realice una ponderación de bienes jurídicos en conflicto.
- Por su parte, estaríamos ante un estado de necesidad exculpante cuando la colisión de bienes jurídicos es de igual valor. Permite en

[11] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 115.

este caso tratar si se dan los requisitos del estado de necesidad como una eximente.

- El estado de necesidad defensivo se trata de aquellos casos en los que el valor de los bienes jurídicos que colisionan es del mismo valor, pero se salva el que no ha ocasionado la colisión, lo cual estaría justificado.

B) Elementos

- Evitación de un mal propio o ajeno

Es el primer requisito del estado de necesidad, donde se señala que se necesita que haya una amenaza al bien jurídico propio o ajeno. Cuando el Código Penal habla de mal, se alude siempre al peligro que amenaza al bien jurídico. Además, que el bien jurídico que se intenta salvar esté en peligro inminente, siendo ese peligro real y objetivo, no supuesto.

- Que el mal causado no sea superior al que se trate de evitar

Es necesario que el mal que se causa, la infracción que se lleva a cabo para evitar la lesión sea el único camino posible para conseguir la finalidad que se pretende. Por ello mismo hay que ponderar los bienes jurídicos, así mismo, no cabe estado de necesidad si para evitar un daño, se causa una catástrofe.

Muñoz Conde señala que más que una comparación de los males en juego debe de ser una relación de adecuación[12].

- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto

En este caso, se prohíbe alegar estado de necesidad cuando, se provoca la situación de necesidad por el sujeto que se ampara en ella. Esto lo explica muy bien Muñoz Conde cuando señala que, no se trata de que el hecho, por ejemplo, un incendio, lo haya cometido intencionadamente, sino que sea la situación misma de necesidad la que se haya cometido intencionadamente. Este autor utiliza el ejemplo de un conductor que provoca una

[12] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Óp. cit., pág. 329.

situación extrema al ir conduciendo a una velocidad excesiva, y debe elegir entre atropellar al camión o colisionar con un ciclista[13].

– Que el necesitado no tenga, por razón de su oficio o cargo, obligación de sacrificarse

  Este elemento exige que, el que actúa en esta situación se requiere que no esté obligado a soportarla. Por ejemplo, personas encargada de ciertos oficios, que tienen la obligación de soportar un cierto peligro, en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, los bomberos.

3.3. Obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Se trata aquí de cumplir con un deber o ejercer legítimamente un derecho, oficio o cargo, pero claro está que dentro de los límites legales y siempre conforme a Derecho. Estamos ante aquellos casos en los que la norma obliga a quien se ampara en ella a realizar, una ponderación de los bienes jurídicos a proteger y los bienes que deben de ser lesionados para ello.

Uno de los casos más característicos es el del uso de la violencia por parte de la autoridad o de sus agentes, con la finalidad de detener por ejemplo a un delincuente. Pero para que sea una causa justificada es necesario que la violencia que se ha empleado por la autoridad o agente sea racional y su adecuación sea proporcional al hecho. Otra situación que quedaría dentro de esta causa de justificación es el derecho de corrección de los padres a los hijos, una corrección que debe de ser moderada[14].

En muchas profesiones se obliga al cumplimiento de deberes o a la realización de actos que no estarían justificados si se dan fuera de la actividad

[13] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 118.
[14] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 103.

profesional, por ejemplo, el abogado que no denuncia un hecho que su cliente le señala que ha cometido ya que le ampara el secreto profesional[15].

4. EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento es un acto de disposición por el que el titular del bien jurídico protegido renuncia a la protección que el Estado le ofrece. El artículo 20 del Código Penal no recoge como causa de justificación el consentimiento, por ello mismo, hay autores que hablan de un elemento intermedio entre la tipicidad y la antijuridicidad.

El Código Penal va recogiendo causas que excluyen la responsabilidad de forma implícita en algunas ocasiones, y en otra de forma expresa, porque el sujeto presta el consentimiento. Sería el caso de una persona que se somete voluntariamente a una intervención del cambio de sexo, donde sería delito de no haber él prestado su consentimiento. De esta manera, en algunos casos el consentimiento puede excluir la tipicidad, y en otros no se excluye la tipicidad, pero sí la antijuridicidad.

El consentimiento debe de ser expreso, aunque también es posible que se realice de forma tácita en aquellos casos, que como señala Muñoz Conde, están basados en una previa relación de confianza. Así podemos extraer como requisitos:

- Que el bien jurídico sea disponible, lo que hace que los bienes jurídicos personales lo sean, no lo serán en este caso, los bienes supra individuales.
- La capacidad para consentir dependerá de cada tipo de delito, ya que no tiene por qué coincidir con la capacidad civil. De esta forma, de manera general, basta la voluntad natural, pero ciertos delitos requieren que tengan una comprensión especial, por ejemplo, intervenciones quirúrgicas.

[15] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Óp. cit., pág. 330.

- No puede haber vicios en el consentimiento, esto es, no puede haber engaño, error, amenaza o coacción, o incluso suposición errónea del consentimiento.
- El consentimiento deberá de prestarse antes del hecho y debe de ser conocido por quien actúa a su amparo[16].

[16] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Óp. cit., pág. 335.

11. LA CULPABILIDAD

SUMARIO: 1. La culpabilidad / 2. Los menores de edad / 3. Anomalía psíquica / 4. Trastornos mentales transitorios / 5. Intoxicación plena / 6. Alteración de la percepción / 7. Miedo insuperable / 8. *Actio libera in causa*

1. LA CULPABILIDAD

1.1. Concepto

Un elemento de la culpabilidad es la imputabilidad, que se ha considerado como el requisito previo a la acción, siendo definido como la aptitud de poder cometer un delito y soportar su pena. Es así la capacidad del ser humano para poder entender que el sujeto ha llevado a cabo una acción que ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido, siendo necesario que se tenga inteligencia y voluntad. Cuando el sujeto no tiene esa capacidad entonces estamos hablando de personas inimputables, como sería, por ejemplo, la anomalía o alteración psíquica. Se ha identificado la imputabilidad con la capacidad de obrar, pues al igual que un sujeto puede ser sujeto activo o pasivo en un negocio jurídico, también se puede ser autor de un delito y soportar esa pena que lleva impuesta[1].

Así mismo, la culpabilidad acopla la tipicidad y la antijuridicidad en la culpabilidad, es decir, acopla lo objetivo en lo subjetivo. Por ello mismo, cuando una persona es imputable, porque tiene capacidad suficiente para entender la conducta que ha realizado, y de hecho podía haberla evitado si hubiera querido, se convierte en una persona capaz de soportar la pena impuesta.

La culpabilidad se convierte en uno de los elementos del delito, porque si la acción es típica y antijurídica, lo necesario para poder castigar al sujeto es que éste pueda soportar la pena que se le impone, y además que

[1] LUZÓN CUESTA, J.M Compendio de Derecho Penal, Óp. cit., pág. 101.

tenga capacidad para poder cometer el delito. En otras palabras, es necesario que el sujeto tenga inteligencia y voluntad[2].

Debemos distinguir entre la antijuridicidad y la culpabilidad. En el caso de la antijuridicidad, una persona que realiza el tipo ataca a un bien jurídico protegido penalmente, siendo la antijuridicidad un juicio sobre el comportamiento del autor. Así mismo, actúa antijurídicamente, quien, sin estar autorizado, realiza el tipo y daña o pone en peligro el bien jurídico protegido. Por su parte la culpabilidad, requiere que se compruebe si el autor que ha realizado una acción típica y antijurídica pudo haber actuado de otra manera, o incluso pudo haberla evitado. Es como señalan algunos autores, un reproche hacia la persona que ha cometido el delito y que podía haber actuado de otra manera.

1.2. Elementos de la culpabilidad

Cuando nos encontramos ante una acción típica y antijurídica, para saber si concurre la culpabilidad habrá que valorar que el sujeto que ha cometido el delito, teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, tiene capacidad suficiente para comprender la conducta ilícita o si por el contrario podría haber actuado de otra manera. Por ello, de esta afirmación se deducen una serie de elementos:

a) Capacidad de culpabilidad. En primer lugar, se requiere que el sujeto sea una persona mayor de edad, esto es, con una madurez suficiente para comprender el significado de sus actos y actuar conforme a ello. No tienen ese grado de desarrollo entre otros, los menores de edad o las personas con una enfermedad mental.
b) Conocimiento de la antijuridicidad. Se requiere así que el sujeto no inimputable haya conocido o podido conocer que su comportamiento no está prohibido, ya que, si el sujeto no sabía que su conducta estaba prohibida, no podría ser culpable si tal error no pudo haberse evitado, en caso contrario, la pena se atenuaría.

[2] LUZÓN CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal, Óp. cit., pág. 101.

c) Exigibilidad de un comportamiento distinto. Aquí se exige que el sujeto en un determinado momento se comporte de una manera, de tal forma que si llevó a cabo una conducta delictiva y actúa sabiendo que está cometiendo ese delito, cuando podía haber actuado de otra manera, entonces estamos hablando de culpabilidad[3].

Así mismo, no será culpable aquella persona de 12 años que entra en una tienda y roba un móvil, pues su comportamiento a pesar de ser típico y antijurídico no podrá responder porque él es menor de edad. Otro ejemplo sería una médico que en pleno delirio de una esquizofrenia paranoide ha matado a sus compañeras de trabajo, comete un delito típico y antijurídico, pero no podrá ser culpable ya que se le excluye la culpabilidad por la anomalía o alteración psíquica que ha presentado en el momento de la comisión y que han hecho que no pueda entender lo que estaba haciendo[4].

2. LOS MENORES DE EDAD

Una de las causas que excluyen la culpabilidad y tal como hemos podido ver, es la minoría de edad. En base al artículo 19 del Código Penal, los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Sin embargo, no hablamos de una irresponsabilidad absoluta ya que a los mayores de 14 y menores de 18 se le puede exigir responsabilidad en base a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores.

El motivo por el que hace que se de esta falta de culpabilidad en el sujeto es porque el legislador está teniendo en cuenta ciertas peculiaridades, «ya que las personas vamos desarrollando una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia grupal en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con esas normas»[5], en otras palabras, el legislador considera que los menores de 14 años cometen infracciones de menor relevancia, y en aquellos casos que puedan tener una mayor relevancia,

[3] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 127.
[4] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Óp. cit., pág. 347.
[5] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, parte general, Óp. cit., pág. 363.

es suficiente con darles una respuesta sin necesidad de intervención del aparato judicial sancionador del Estado.[6]

De esta forma, el legislador tiene en cuenta que hay un momento en la edad de las personas que su grado de madurez es menor, que es cuando quedan exentos de responsabilidad penal los menores de 14 años. A partir de esta edad, se aplica la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores, donde el legislador ha querido aplicar al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, siendo diferente según la edad. Así, los mayores de 14 y menores de 16 la duración de las medidas será menor que las aplicadas a los mayores de 16 y menores de 18 años.

3. ANOMALÍA PSÍQUICA

El artículo 20.1 del Código Penal, señala que están exentos de responsabilidad:

> *El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.*

El precepto anteriormente señalado, recoge como conceptos sinónimos la anomalía o alteración psíquica. Sin embargo, hemos de señalar que no es del todo así, pues vamos aquí a centrarnos en la anomalía psíquica.

Se trata de enfermedades mentales que anulan el conocimiento y la voluntad, y pueden ser de diferentes tipos. Así mismo, teniendo en cuenta el concepto que hemos dado de culpabilidad, cuando una persona actúa bajo una enfermedad mental se convierte en inimputable.

[6] https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTA3MDtbLUouLM_DxbIwMDCyDfAiSQmVbpkp8cUlmQapuWmFOcCgBSytwkNQAAAA==WKE

Dentro de las anomalías psíquicas vamos a señalar algunas de las muchas que pueden darse:

A) Psicosis

Dentro de la psicosis se distingue entre la psicosis exógena y endógena. Las psicosis exógena es causado por una anomalía psíquica debido a un daño en el sistema nervioso. Se habla así de psicosis exógena; el delirium, demencias, traumatismo craneal, epilepsia. En definitiva, enfermedades mentales que causan una anulación de la inteligencia del sujeto, impidiendo comprender la conducta que está llevando a cabo.

Por su parte la psicosis endógena, es una enfermedad mental que se ha considerado como una enfermedad que no es debido a un daño orgánico pero que sí existe una pérdida de la orientación por el sentido, tendríamos así el caso de la esquizofrenia.

B) Retraso mental

Se trata de alteraciones congénitas de la inteligencia que no se atribuyen a una enfermedad comprobada, no apreciándose daños cerebrales. Así mismo tenemos dentro de este grupo la oligofrenia, cuyo retraso mental permite distinguir en profundo, grave y leve, aplicándose la eximente completa en el profundo y grave, mientras que en el leve se permite la atenuación, pero no la eximente completa ya que no se tiene anuladas las facultades intelectivas y volitivas[7].

C) Neurosis

La neurosis es un trastorno mental que se produce por la pérdida de contacto con la realidad manifestándose en la presencia de angustia o ansiedad. Por ello mismo, dentro de la neurosis, tenemos los trastornos de ansiedad, somatomorfos, disociativos, de identidad sexual entre otras variedades.

[7] https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjUzNDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAhIT6hTUAAAA=WKE

D) Psicópatas

Se trata de alteraciones congénitas que se manifiestan en una falta de adaptación en el desarrollo de actividades y en una incapacidad para la vida social. Según el Tribunal Supremo, la psicopatía…

> *constituyen desequilibrios caracterológicos e integran enfermedades mentales de carácter endógeno, originadoras de trastornos de temperamento, de conducta y de la afectividad, con merma sensible de ésta, y que merecen, en principio, una atenuación de la pena, que como norma general estribará en la aplicación de una atenuante análoga. Se ha estimado que la psicopatía debe ser valorada como eximente incompleta cuando ocasione una disminución importante de la capacidad de autodeterminación y siempre que exista una causalidad psíquica entre el trastorno de la personalidad que implica la psicopatía y el delito cometido.*

Se ha considerado como una atenuante de la responsabilidad penal cuando afectan sensiblemente sin anularlas a las facultades intelectivas y volitivas del sujeto[8].

Las personas que han cometido el delito, pero no pueden ser culpables porque se han dado alguna de las enfermedades mentales anteriormente señaladas, se aplicaría una medida de seguridad recogida en el artículo 101 y del 105 al 108 del Código Penal.

4. TRASTORNOS MENTALES TRANSITORIOS

Los trastornos mentales transitorios se refieren a las alteraciones psíquicas, que, a diferencia con la anomalía, son de carácter pasajero. Los requisitos del trastorno mental transitorio son:

- Aparecen de forma inesperada y brusca
- Irrumpen en la mente del sujeto perdiendo las facultades intelectivas y volitivas o una de ellas.

[8] STS 997/1994 de 8 de marzo.

- Dura un periodo corto de tiempo
- Su curación no deja secuelas
- El sujeto no ha usado el trastorno con la finalidad de cometer el delito o lograr su impunidad.

Así mismo, la diferencia entre la enajenación mental y el trastorno mental transitorio reside en el tiempo, y es que éste último dura como hemos dicho un periodo breve. No se podrá así aplicar la eximente a aquellas personas que de forma dolosa o imprudente han buscado situarse en una situación de inimputabilidad en el momento de la ejecución del delito, véase una persona que quiere pegar a otra y para quedar exento de pena se droga previamente para llevar a cabo la conducta delictiva.

En este caso, también ocurrirá como lo visto en el apartado anterior, y es que a la persona que no responderá de una pena, si podrá serle impuesta una medida de seguridad recogida en el artículo 101 y 105 a 108del Código Penal.

5. INTOXICACIÓN PLENA

Dice el Código Penal que quedará exento de responsabilidad penal: el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20.2 CP).

El artículo 20.2 del Código Penal lo que hace es recoger una eximente completa cuando se comete el delito la persona tiene anuladas las facultades intelectivas y volitivas debido al consumo de drogas u otras sustancias. Es necesario tal como dice el precepto que no se haya utilizado con el fin de

cometer el delito, por ejemplo, una persona se droga antes de matar a otra con la finalidad de quedar exento de culpabilidad.

Podemos dividir la causa de inimputabilidad en:

- Estado de intoxicación plena.
- Influencia de un síndrome de abstinencia debido a su dependencia a tales sustancias.

No se puede valorar de la misma manera cuando una persona está bajo los efectos de una ingesta ocasional y comete el delito, de aquella que comete el delito debido a su grave adicción, ya que, en este segundo caso, se trata de una enfermedad crónica que da lugar a una anulación de las facultades intelectivas y volitivas. En ambos casos, estaríamos ante una exención de la responsabilidad penal, pero en el de intoxicación plena sería por el artículo 20.2 del Código Penal, y en el caso segundo, al tratarse de una enfermedad psíquica debido al consumo reiterado de las sustancias, quedaría exentos por anomalía o alteración psíquica.

Cabe ahora definir aquí qué significa la intoxicación, y para ello utilizamos la definición dada por Diagnostic and Statistical Manual:

> *la aparición de un síndrome reversible específico de cada sustancia tras la reciente ingestión de la misma y que lleva consigo la presencia de cambios psicológicos o comportamentales desadaptativos, clínicamente significativos, debido al efecto de la sustancia sobre el sistema nervioso central, que se presenta durante el consumo de la sustancia o poco tiempo después.*

La intoxicación tiene diferentes fases, como dice Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, la primera fase es la de entrada en el organismo, la siguiente fase es la de distribución por el organismo, y por último la desintoxicación que es la eliminación paulatina de la sustancia[9]. Por ello mismo, el momento que dará lugar a la intoxicación plena y por ende, a una situación de inimputabilidad, es el de la intoxicación plena, que supone el momento más cercano a la

[9] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 131.

máxima concentración en sangre antes del comienzo de la eliminación o desintoxicación[10].

Hasta aquí, podemos señalar que una persona que se encuentra en intoxicación plena dará lugar a una inimputabilidad por la comisión del delito. Sin embargo, aquellas personas que presentan cuadros de abstinencia también quedarán exentas, ya que supone la reducción del consumo de una sustancia que se había estado injiriendo durante un periodo prolongado de tiempo, produciendo una enfermedad mental que provoca un deterioro de las áreas importantes de actividad del individuo que la padece, y que suelen aparecer horas después de la ingestión y dura aproximadamente entre siete y diez días[11].

Podemos diferenciar los efectos penales en tres momentos:

- Estaríamos ante una *eximente completa* del artículo 20.2 del Código Penal cuando se ha producido una intoxicación plena o síndrome de abstinencia, de tal forma que se ha anulado la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y se actúa bajo dicha comprensión. Es posible aplicar en vez del artículo 20.2 del Código Penal, el apartado primero del mismo precepto, cuando debido al consumo reiterado de tales sustancias queda constatado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica de forma, que no es capaz de comprender la ilicitud de su conducta o actúa conforme a dicha comprensión.
- Cuando falta alguno de los elementos para dar lugar a una eximente plena, de tal forma que el sujeto ha actuado en intoxicación semiplena o síndrome de abstinencia, pero sin tener anuladas las facultades intelectivas y volitivas, entonces estaríamos ante una atenuación de la responsabilidad por la vía de una *eximente incompleta* del artículo 21.1 del Código Penal.
- Por último, cuando el sujeto activo no cometa el delito en intoxicación plena ni tampoco por síndrome de abstinencia, sin embargo, lo comete por la grave adicción a tales sustancias, se apli-

[10] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 131.
[11] Ibidem, pág. 132.

caría una atenuante la *atenuante específica* del artículo 21.2 del Código Penal, que por la vía del artículo 66.4 se permite aplicar la pena inferior en uno o dos grados, produciendo así los mismos efectos que la eximente incompleta.

Como consecuencia de la eximente completa, a los sujetos se les aplicará las medidas de seguridad, recogidas en el artículo 102 y 105 a 108 del Código Penal y la responsabilidad civil en los artículos 118 y 119.

6. ALTERACIONES DE LA PERCEPCIÓN

El artículo 20.3 del Código Penal recoge que quedará exento de responsabilidad penal «el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o de la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

Esta eximente se alcanza cuando se trata de personas con una discapacidad que afecta de forma grave al desarrollo normal de la personalidad. Así quedaría dentro tanto la ceguera como el sordomudo. Debe de haberse producido desde el nacimiento o desde la infancia, de tal manera que tiene una falta de conocimiento de lo que se produce en el mundo exterior.

Cuando nos encontramos ante un caso de alteración de la percepción, para determinar si el sujeto debía ser inimputable, habrá que comprobar si se tuvo capacidad de comprender el significado de sus actos y pudo actuar en consecuencia con esa comprensión.

En el caso de comprender el significado de sus actos, se hace referencia a si el sujeto tuvo conocimiento de la antijuridicidad produciendo, en una persona plena, si ésta no conocía la antijuridicidad de su conducta, estaríamos ante un error de prohibición. La diferencia estaría, en que el desconocimiento se produce por una persona incapaz, debido a la alteración de su percepción. Por otro lado, respecto a la capacidad de actuar conforme a dicha comprensión, consiste o se exige que la persona que comprende el daño pueda controlar sus impulsos.

Por último, debemos señalar que al igual que todas las causas anteriores que hemos visto, la inimputabilidad por alteración de la realidad puede dar lugar a una eximente incompleta ya que, existiendo todos o parte de los elementos para general la eximente completa, no se ha alcanzado el grado suficiente para eximir de responsabilidad, por la vía del artículo 21.1 del Código Penal[12].

Las consecuencias de la eximente se contemplan como medida de seguridad de los artículos 103 y 105 a 108 del Código Penal, aplicando además una responsabilidad civil de los artículos 118 y 119.

7. MIEDO INSUPERABLE

El artículo 20.6 del Código Penal recoge que quedará exento de responsabilidad penal el que obre impulsado por miedo insuperable. Se trata de una circunstancia en la que el sujeto tiene una reacción anómala que dará lugar a una exención de la responsabilidad debido a que el sujeto se mueve por razones de temor o pánico que le inhiben de su capacidad.

a) Es necesario que el sujeto obre impulsado por ese miedo insuperable, donde se requiere la presencia de un temor que coloque al sujeto en un estado emocional de una intensidad suficiente como para privarle de su normal reacción, provocándole una anulación de sus capacidades intelectivas y volitivas.
b) Se exige que el miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado, es decir, invencible, que podría haberse evitado por la generalidad de las personas. De tal forma que un hombre medio, con la misma capacidad que el sujeto activo y en las mismas circunstancias, hubiera actuado de la misma manera.
c) Así, se exige que el sujeto actúe movido por el temor, de tal forma que ese temor sea el único móvil de la acción.

[12] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 133.

Así mismo, faltando alguno de los requisitos que hemos señalado, estaríamos ante una eximente incompleta. Para determinar si es así o no, habrá que valorar si miedo era superable, pudiendo haber actuado el sujeto de otra manera.

Por último, se ha de señalar que no se aplicará la medida de seguridad, pero sí la responsabilidad civil de los artículos 118 y 119 del Código Penal.

8. *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

La imputabilidad hay que comprobarla en el momento de la comisión del hecho delictivo, sin embargo, es posible que el sujeto a pesar de tener en el momento de la comisión anulada las facultades intelectivas y volitivas, no vaya a responder ya que el autor utilizó tales circunstancias para quedar exento de responsabilidad. Sería el caso visto de una persona que se droga para matar a su compañero de trabajo.

Tenemos que diferenciar entre el *actio libera in causa* dolosa y la imprudente. La primera, se produce cuando el autor tiene capacidad plena y de forma dolosa utiliza los medios para anular las facultades intelectivas y volitivas con la finalidad de cometer el delito y quedar exento. El caso sería el que acabamos de ver. El autor dirige su conducta a la autopuesta del estado de inimputabilidad.

En el segundo supuesto, el *actio libera in causa* imprudente, el sujeto se coloca en situación plena de inimputabilidad de forma voluntaria, pero no dolosa, sino imprudente, es decir, pudiendo prever que éste tendrá lugar. Por ejemplo, la persona que coge el coche tras haber bebido y mata a un peatón. No responderá por la comisión dolosa sino imprudente ya que él no quería haber cometido el delito, sin embargo, debería de haber previsto su comisión[13].

En definitiva, la doctrina del *actio libera in causa* se aplicará en la resolución de los casos en los que en el momento de cometer la acción que produce la consumación del hecho típico, hay un estado de inimputabilidad

[13] CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Óp. cit., pág. 135.

en el sujeto, sin embargo, en un momento anterior el sujeto estando plenamente capacitado, ha provocado la conducta de forma dolosa o imprudente, con la finalidad de cometer el delito encontrándose en una situación de inimputabilidad[14].

[14] LUZÓN PEÑA, D.M. Lecciones de Derecho Penal, Óp. cit., pág. 538.

12. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CORRESPONDIENTE AL INJUSTO Y A LA CULPABILIDAD

SUMARIO: 1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal / 2. Las circunstancias atenuantes en particular / 3. Las circunstancias agravantes / 4. Circunstancia mixta de parentesco / 5. Compatibilidad e incompatibilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal / 6. Comunicabilidad de las circunstancias

1. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Se trata de aquellas circunstancias que pueden agravar o atenuar la responsabilidad penal. Así el Código Penal recoge una sanción para cada tipo de delito, estableciendo un marco penal, con unos máximos y mínimos, que según las circunstancias pueden dar lugar a la aplicación de elementos, que tal como hemos señalado, pueden agravar o pueden atenuar la responsabilidad.

La denominación que reciben las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal, son las atenuantes. Por su parte las que agravan la responsabilidad penal son aquellas que se denominan agravantes. Se contienen en el artículo 21 del Código Penal las atenuantes, y en el artículo 22 del mismo texto legal, las agravantes. Téngase en cuenta que, dentro de cada tipo delictivo, recogidos en la Parte Especial del Código Penal, puede haber circunstancias agravantes o atenuantes que vienen a ser elementos del tipo, o subtipo agravado o atenuando.

Podemos clasificar las circunstancias atenuantes en:

- En el artículo 21.1-3 del Código Penal que se fundamentan en la capacidad de la persona, de tal forma que no eximen de responsabilidad, pero atenúan porque cometen el delito con alteración de las facultades intelectivas y volitivas.

- Las recogidas en el artículo 21.4-5 del Código Penal que se fundamentan en lo ocurrido con posterioridad al hecho delictivo, como es el caso de confesar la infracción y reparación del daño.
- La atenuante sexta del mismo precepto del Código Penal que se trata de dilaciones extraordinarias e indebidas, íntimamente ligado con el derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.
- La atenuante del apartado séptimo que recoge la atenuante analógica.

Por otro lado, se puede clasificar las agravantes en:

- Cometer el delito con mayor seguridad, sería el caso del artículo 22.1 y 2 del Código Penal.
- Las circunstancias que propician la ejecución del delito, como por ejemplo el precio, la promesa, la recompensa, el racismo (…) Estas son las recogidas en el artículo 22.2-7 exceptuando el apartado 5 del Código Penal.
- Por último, la excepción anterior, que se refiere al ensañamiento, y que contempla el añadir padecimientos innecesarios.

2. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES EN PARTICULAR

2.1. Eximente incompleta (art. 21.1 CP)

Esta eximente incompleta se recoge en el artículo 21 apartado primero del Código Penal. En ella se dice que son circunstancias atenuantes «las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos».

Se trata de la falta de algunos de los requisitos de las eximentes completas señaladas en el artículo 20 del Código Penal y las cuales ya hemos analizado. Analizamos cada una de ellas:

A) Anomalía o alteración psíquica (art. 20.1 CP)

Ya señalamos que este apartado se trata de la exención de la responsabilidad penal cuando, «el que, a 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». El Tribunal Supremo ha señalado que la eximente de anomalía o alteración psíquica debe tener una íntima conexión con el delito, ya que la enfermedad es la condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo[1].

Así pues, cuando nos encontramos ante una anomalía psíquica de carácter permanente, que no ha producido una anulación plena de las facultades intelectivas y volitivas, sino que ha provocado una alteración de las mismas, nos encontramos ante una eximente incompleta. Por ejemplo, A que tiene esquizofrenia, comete el delito, pero en el momento de la comisión, no tenía una completa anulación de las facultades de conocimiento y voluntad, por lo que al tratarse de una eximente incompleta. El Tribunal Supremo lo definió así:

> *situación intermedia de influencia de la enfermedad en el sentir y en el querer del sujeto activo, o lo que es lo mismo, se viene a decir que el enfermo esquizofrénico es totalmente inimputable cuando su padecimiento se halla en momento álgido y, sin embargo, no debe tenerse en cuenta cuando la enfermedad aun existiendo, se encuentra simplemente latente, sin exteriorizarse*[2].

En definitiva, habrá que valorar si la enfermedad mental provoca una afectación a la capacidad de comprensión o a la motivación de la conducta del sujeto.

B) Intoxicación plena por consuno de drogas (art. 20.2 CP)

El artículo 20.2 pudimos ver que contemplaba lo siguiente:

[1] STS 51/1993 de 20 de enero.
[2] STS 208/1997 de 20 de enero.

> *El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no se haya buscado con el propósito de cometerla o no se hubiera previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia de tales sustancias que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

En este caso, atendiendo a las características del sujeto y el momento de la comisión del hecho, podría valorarse que cuando el sujeto activo cometió el delito, no tenía limitada de forma plena la capacidad, por lo que, en tal caso, se podría aplicar eximente incompleta.

C) Alteración de la percepción (art. 20.3 CP)

Dice el precepto que «el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

Nos encontraríamos ante una eximente incompleta cuando la alteración se ha producido en el período de la adolescencia, o si la alteración que sufre el sujeto no es grave de tal forma que no tiene una pérdida de la conciencia de la realidad.

D) Legítima defensa (art. 20.4 CP)

Recordemos que el artículo señalado recoge que:

> *el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o estas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.*

El requisito imprescindible que se da en la legítima defensa es el de la agresión, de tal forma, que, si falta alguno de los restantes, estaríamos ante una atenuación. Lógicamente, si existe una desproporción en función de las circunstancias de cada caso, se puede aplicar una eximente incompleta. El Tribunal Supremo ha señalado que «en caso de exceso intensivo o impropio, en que la reacción se anticipa por no existir aún ataque o se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión», no se aplicaría atenuante[3].

E) Estado de necesidad (art. 20.5 CP)

En tal precepto se recoge que quedará exento de responsabilidad,

> *el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*

Requisito imprescindible en el estado de necesidad es el obrar en un estado de necesidad, y que éste no haya sido provocado dolosamente por el sujeto, aplicando una atenuante, y por lo tanto eximente incompleta en los casos donde falte algún otro.

F) Miedo insuperable (art. 20.6 CP)

Se establece así que, para aplicar eximente completa, es necesario que el sujeto obre impulsado por miedo insuperable. Lo que hace que se trate de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva[4]. Se declara que se viene admitiendo la posibilidad de apreciar esta causa inculpabilidad como eximente incompleta o incluso, como atenuante analógica en los casos de ausencia del requisito de insuperabilidad de la situación ocasionada de temor,

[3] STS 794/2003 de 3 de junio.
[4] STS 180/2006 de 16 de febrero.

siempre que lleve consigo una disminución de las facultades de conocimiento y voluntad[5].

G) Cumplimiento de deberes y ejercicio de derecho (art. 20.7 CP)

Por último, respecto al cumplimiento de deberes y ejercicio de derechos, hablamos de un caso de eximente incompleta, cuando no hay proporcionalidad en el cumplimiento de sus deberes.

2.2. Atenuantes específicas

Las atenuantes que se recogen como específicas son las que se señalan en el artículo 21.2-7 del Código Penal. Vamos a analizarlas de forma individualizada.

A) Adicción a las drogas (art. 21.2 CP)

El artículo 21.2 del Código Penal señala que es una circunstancia atenuante, «la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior».

Opera como atenuante cuando la adicción no llega a eximir plenamente las capacidades intelectivas y volitivas, de tal forma que el sujeto actúe debido a la adicción que tiene pero que no llega a ser una situación de abstinencia. Hay que tener en cuenta que existe una pequeña diferenciación entre la eximente incompleta y la atenuante específica, que según el Tribunal Supremo señala que…

> *el alcoholismo crónico es una toxifrenia que puede determinar una demenciación acreedora a ser recogida como circunstancia eximente de enajenación mental, o al menos como atenuante eximente incompleta cuando se ha producido un notable deterioro de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de su patología de origen alcohólico generalmente determinada por la ingestión reiterada frecuentemente y a lo largo de un tiempo de cierta duración de bebidas que contienen alcohol de tal modo, que la intensidad de la alteración habrá de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad.*

[5] STS 1121/1993 de 19 de mayo.

De tal forma que…

> *mientras que en fases avanzadas o en los momentos de delirio incluso de locura alcohólica se origina la irresponsabilidad del agente por destrucción de la propia personalidad, es evidente en cambio que fuera de esas situaciones graves o fuera de otras menos graves en las que no se anula la personalidad por sí se disminuyen sensiblemente las facultades antes dicha, fuera de esas situaciones, repítase, el simple alcoholismo crónico y controlado, no es causa alteración alguna en la capacidad de obrar y discernir.*

De tal forma que la persona con grave adicción a tales sustancias…

> *opera en un marco que va desde la inusual carencia de aquella (eximente completa) pasando por el hito intermedio de la eximente incompleta, hasta la mera atenuación analógica e incluso la total irrelevancia en cuanto la simple condición de drogadicto no supone causa legal de atenuación de la responsabilidad*[6].

En resumen, habrá que estar a las circunstancias personales del sujeto para poder establecer el grado de responsabilidad y si nos encontramos o no ante una eximente incompleta o atenuante específica o incluso analógica (21.1, 2 o 6).

B) La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (art. 21.3 CP)

Se ha denominado como atenuante pasional, donde se disminuye la responsabilidad del sujeto activo cuando actúa disminuido las facultades intelectivas por determinadas causas o estímulos, lo que produce que se reduzca la culpabilidad.

No basta con que se trate de cualquier reacción pasional o colérica, sino que debe de ser un estímulo tan importante que «permita explicar la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discor-

[6] STS 962/1995 de 28 de septiembre.

dante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación ahora examinada»[7].

Se deberá de analizar las condiciones que han movido al sujeto a cometer ese delito, y sus consecuencias, valorando si el sujeto ha sufrido una pérdida temporal del juicio de una persona provocada por causas varias o estímulos muy poderosos. Necesitándose un impulso no una pasión cualquiera. El arrebato según el Tribunal Supremo está relacionado con la emoción, como un estado de exaltación y momentáneo del sentimiento humano, por su parte, la obcecación está íntimamente ligada a la pasión, como un hábito psíquico larvado y perdurable[8].

Así pues, el arrebato es una emoción más espontánea y dinámica, mientras que la pasión aparece de forma más plausible y suele ser más estática.

C) La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral (art. 21.5 CP)

Para apreciar esta atenuante debe de producirse una reparación del daño, pero como requisito se exige que sea con anterioridad a la celebración del juicio oral. Además, la reparación debe de ser efectiva y no una promesa o compromiso de reparación.

D) La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa (art. 21.6 CP)

Esta atenuación se aplica ya que los órganos judiciales tienen la obligación de dar impulso procesal sin tener el sujeto activo que soportar las dilaciones indebidas, téngase en cuenta que es un derecho fundamental como ya hemos tenido ocasión de señalar, del artículo 24.2 de la Constitución Española.

[7] STS 306/2005 de 8 de marzo.
[8] STS 240/2018 de 23 de mayo y STS 332/2017 de 10 de mayo.

E) Atenuante analógica (art. 21.7 CP)

Dice el artículo 21.7 que atenúa la responsabilidad penal «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

Esta atenuante se fundamenta en que nuestro Derecho Penal permite la analogía, pero a favor del reo, aplicándose en aquellos casos donde la atenuante deba tener aplicación cuando exista analogía con la circunstancia del artículo 21 de que se trate, es decir, debe utilizarse la atenuante como referencia para conocer la atenuante analógica. Según el Tribunal Supremo la atenuante analógica no puede alcanzar nunca al supuesto en el que falten los requisitos básicos para darse la atenuante típica[9].

3. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

A) Alevosía (art. 22.1 CP)

Dice el artículo 22.1 del Código Penal que son circunstancias agravantes…

> *ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modoso o formas que tienden directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.*

La alevosía agrava la responsabilidad penal del sujeto activo cuando el hecho que se le imputa es constitutivo de una infracción delictiva, y en base al artículo 66.2 del Código Penal, se prevé que para los delitos leves e imprudentes los jueces y tribunales puedan aplicar las penas a su prudente arbitrio, sin que estén obligados a aplicar las penas teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes.

El fundamento de la agravante es justifica en la mayor peligrosidad y culpabilidad del delincuente, considerando el Tribunal Supremo que…

[9] STS 1620/2003 de 27 de noviembre.

ofrece esta agravante dos aspectos complementarios que patentizan su carácter mixto, pues su vertiente objetiva consiste en un modus operandi que asegura el resultado, elimina la posible defensa de la víctima y en consecuencia, evita riesgos del agente, mientras que en su faceta subjetiva incluye un componente teleológico, que se traduce en que el dolo del agente ha de proyectarse tanto sobre la acción en sí como sobre la indefensión de la víctima y así fundamento está en un plus de antijuridicidad y culpabilidad[10].

Se ha distinguido tres modalidades de alevosía por el Tribunal Supremo:

- La denominada proditoria que incluye la traición equiparable a la asechanza, insidia, emboscada, celada o laxo
- La súbita o inopinada, en la que la agravante consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino,
- La consistente en el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o víctimas ebrias en la fase letárgica o comatosa[11].

Se distingue, además, siguiendo a Luzón Cuesta[12], como elementos integrantes:

- Normativo que son los delitos que operan contra las personas
- Instrumental, que se refiere a los medios modos o formas de cometer el delito
- Teleológico que es el propósito de evitar el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido.

B) Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente (art. 22.2 CP).

[10] STS 596/2006
[11] STS 4 de junio de 1992
[12] LUZÓN CUESTA, J. M Compendio de Derecho Penal, Óp. cit., pág. 138.

Como se puede extraer del precepto, hemos de distinguir entre:

- Disfraz: Se trata de

> *cualquier ocultación o desfiguración del rostro o facciones, de la apariencia exterior o de la indumentaria habitual del sujeto activo, constituye disfraz, siendo la* ratio essendi *de la agravación, en unas ocasiones las mayores facilidades comisivas al poderse aproximar el ofendido sin despertar sospechas o recelos logrando su desprevenimiento y, en otras, las más, al haber conseguido el culpable no ser reconocido e identificado, es decir, bien una mayor facilidad en la ejecución bien una más segura impunidad, siendo la primera finalidad pretendida en las menos de las veces y en las más de las ocasiones la segunda*[13].

En otras palabras, cualquier forma que permita evitar identificar al sujeto activo, así como aquel disfraz que desconcierta o incluso aterroriza a la víctima y dificulta posteriormente su identificación.

- Abuso de superioridad: Previamente a la comisión de delito debe existir una relación entre la víctima y el autor, en la que la primera sea inferior y la segunda superior teniendo que ser eficaz para cometer el delito. Se ha entendido como desequilibrio de poderes, no teniendo que ser sólo físico, sino también psíquico, entre el autor y la víctima[14].
- Lugar: Se trata de una agravante que permite al sujeto activo aprovecharse para asegurar el delito y/o su ocultación.
- Tiempo: Se trata de una circunstancia que permita facilitad la comisión por ello mismo, puede apreciarse tanto en nocturnidad como en horas intempestivas, siempre que las características del tiempo se hayan utilizado para aprovecharse a favor del sujeto activo para cometer el delito. El Tribunal Supremo ha señalado en relación a la agravante que se exija un elemento objetivo, como es la existencia de oscuridad y soledad, así como uno subjetivo, que

[13] STS 179/2007 de 7 de marzo
[14] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Curso de Derecho penal, Óp. cit., pág. 219.

es que se haya buscado con el propósito o al menos aprovechados por el agente del hecho[15].

- Auxilio de personas: Agravante que debilita la defensa que pudiera hacer el ofendido, e incluso asegurar el delito tras su comisión[16].

C) Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa (art. 22.3 CP)

El Tribunal Supremo ha establecido que el precio, promesa o recompensa:

> *sean el motor de la acción criminal, pues si existe un precio o recompensa, pero el mismo no ha sido lo que ha impulsado aquella, no puede apreciarse agravante, requiriéndose que haya: en cuanto a la actividad, el recibir una merced de tipo económico para la ejecución del hecho, en cuanto a la culpabilidad, que la merced influya como causa motriz del delito, mediante el* pactum sceleris *remuneratorio, afectándose tanto al que entrega como al que recibe el precio, y en cuanto a la antijuridicidad, que la merced tenga suficiente intensidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que se deja sentir ante la misma*[17].

D) Discriminación (art. 22.4CP)

La agravante de discriminación se refiere a…

> *Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.*

[15] STS 472/1995 de 1 de abril.
[16] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Curso de Derecho penal, Óp. cit., pág. 219.
[17] STS 7 de julio de 1983 y 14 de septiembre de 1992.

Esta agravante se fundamenta en el derecho a la igualdad de las personas recogido en el artículo14 de la Constitución Española. Se requiere cometer el delito por alguno de los motivos señalados en el precepto.

E) Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito (art. 22.5 CP)

Se trata de una agravante que precisa de un componente objetivo, que supone el sufrimiento innecesario de la víctima, pudiendo ser este daño tanto psíquico como físico. El otro componente sería el subjetivo, donde se requiere que el autor lleve a cabo la acción de forma deliberada y consciente, que sepa que esos actos no están dirigidos de modo directo a la consumación sino al aumento del sufrimiento de la víctima. El Tribunal Supremo ha señalado también que el ensañamiento ha de ser necesariamente, frio, refinado y reflexivo, no encontrándose en la cólera que hiere o golpea ciegamente y sin cesar, aunque en alguna otra sentencia no se ha exigido tal frialdad[18].

La agravante es compatible con la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio.

F) Obrar con abuso de confianza (art. 22.6 CP)

Se exige para apreciar esta agravante, que exista una relación previamente entre el autor y la víctima que haya permitido facilitar la comisión del delito, debido a la confianza que la víctima depositó en el sujeto activo. No se reconoce esta agravante cuando el autor ha buscado la confianza con la finalidad de cometer el delito, de tal forma que se fundamenta así en una relación de confianza real, no fingida por el autor para cometer el delito[19].

G) Prevalimiento del carácter público (art. 22.7 CP)

Agravante que se aprecia cuando el autor hace valer su carácter público, y la víctima lo conozca de forma que el sujeto activo ponga este carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que, en lugar de servir al

[18] STS 26 de septiembre de 1988 y 2523/2001 de 20 de diciembre.
[19] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Curso de Derecho penal, Óp. cit., pág. 222.

cargo se sirva del cargo para delinquir, aprovechando la cualidad, pero no dentro de la actividad que le es inherente[20].

H) Reincidencia (art. 22.8 CP)

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

Se exige para apreciar esta agravante, que la sentencia sea firme, que no quepa recurso, por lo que permite que pueda ser ejecutada. Además, los delitos deben de estar comprendidos en el mismo título del Código Penal, y tienen además que ser de la misma naturaleza. Así también, que los antecedentes no hayan sido cancelados o debieran de serlo.

El fundamento de la reincidencia se encuentra en la prevención general tanto positiva como negativa[21].

4. CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente (art. 23 CP).

Es como se podrá comprobar a lo largo del Código Penal una circunstancia que puede agravar o atenuar, por eso se llama mixta, así tenemos en

[20] LUZÓN CUESTA, J. M Compendio de Derecho Penal, Óp. cit., pág. 145.
[21] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Curso de Derecho penal, Óp. cit., pág. 225.

los delitos de violencia doméstica opera de forma agravatoria, mientras que por ejemplo en los delitos contra el patrimonio, atenúa.

5. COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Cuando se aprecian las circunstancia agravantes o atenuantes, hay que tener en cuenta el artículo 67 del Código Penal que recoge que «las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse».

En otras palabras, no se podrán apreciar tales circunstancias cuando las mismas sean inherentes al delito, por ejemplo, en el delito de asesinato con ensañamiento no puede apreciarse la agravante genérica del artículo 22 del Código Penal, porque el precepto que regula el asesinato lo contempla como parte del tipo del injusto que lo acompaña.

6. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Regulado en el artículo 65 del Código Penal, nos encontramos con el problema de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes y atenuantes. Así se recoge que…

> *1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.*
>
> *2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.*
>
> *3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan*

> *la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.*

gPodemos diferenciar las recogidas en el apartado primero; que son las circunstancias de carácter personal en las que no se puede comunicar a los partícipes, lo que hace que sólo se agrave o atenúe a los sujetos activos en quienes concurran.

Entre las circunstancias atenuantes de carácter personal nos encontramos: las atenuantes de eximente incompleta; como sería la minoría de edad, anomalía o alteración psíquica etc. También la adición a sustancias, estado pasional, confesión y reparación del daño.

Las circunstancias agravantes que son de carácter personal tenemos: el abuso de superioridad, precio promesa o recompensa, discriminación, abuso de confianza, reincidencia y parentesco[22].

Las circunstancias de carácter objetivo, que sí permiten que sean comunicables a los partícipes, es decir, permite su aplicación a los que participan en el hecho, son las del apartado segundo, siempre que tuvieran conocimiento en el momento de la acción o de su cooperación, requiriéndose un conocimiento real y efectivo. Estas circunstancias son, en las atenuantes, la legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio del cargo. Y las agravantes; alevosía, disfraz, lugar tiempo y auxilio de la persona, ensañamiento y prevalimiento de carácter público.

Así, las causas de inimputabilidad son incomunicables mientras que las causas de justificación son comunicables[23].

[22] CUELLO CONTRERARS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. Curso de Derecho penal, Óp. cit., pág. 227.
[23] LUZÓN CUESTA, J. M Compendio de Derecho Penal, Óp. cit., pág. 149

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho Penal, parte general*, Akal, Madrid, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal español*, Ariel, 1984.

CARBONELL MATEU, J. C. Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales, Tirant lo Blanch, 1995.

CARRARA, F. programa del curso de derecho criminal desarrollado en la real universidad de pisa, Reus, Madrid, 1925.

CEREZO MIR, J. Derecho penal: Concepto y principios constitucionales, Tirant lo Blanch, Valencia 1999,

CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General,* Tecnos, Madrid, 2021

DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2009.

DURÁN MIGLIARDI, M. Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Emmanuel Kant a propósito del neoretribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 16, 2011

GÜNTHER, J. y CANCIO, M. *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*, GRIJLEY, 2000

JACOBS, G. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

LASCAURRAIN SÁNCHEZ, J. A. *Manual de introducción al Derecho Penal. Parte General*, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019

LISZT, F. *Tratado de Dercho Penal*, Reus, Madrid, 1926.

LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, Revista de Derecho público privado, 1946.

MIR PUG. S. *Derecho Penal. Parte General,* Reppertor, Barcelona, 2010

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Derecho Penal, Parte General, Civitas, Madrid, 1977.

ROXIN, C. *Problemas básicos del Derecho Penal,* Reus, Madrid, 1976.

VIVES ANTÓN, T. *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-constitucin-espaola-de-1978-y-el-derecho-penal-0/html/ff26b384-82b1-11df-acc7-002185ce6064_3.html