esquemas

TOMO XIX

ESQUEMAS DE TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Y DE LA PENA

3ª EDICIÓN CORREGIDA Y ADAPTADA A LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO

DIRECTORES

G. Quintero Olivares
J. C. Carbonell Mateu
F. Morales Prats
N. García Rivas
F. J. Álvarez García

COORDINADORES

A. Manjón-Cabeza Olmeda
A. Ventura Püschel



TIRANT LO BLANCH

TOMO XIX

ESQUEMAS DE TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Y DE LA PENA

3ª Edición

(Corregida y adaptada a la LO 5/2010, de 22 de junio)

Directores:

G. Quintero Olivares
J. C. Carbonell Mateu
F. Morales Prats
N. García Rivas
F. J. Álvarez García

Coordinadores:

A. Manjón-Cabeza Olmeda
A. Ventura Püschel

tirant lo blanch
Valencia, 2010

Copyright ® 2010

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

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

© G. QUINTERO OLIVARES
J. C. CARBONELL MATEU
F. MORALES PRATS
N. GARCÍA RIVAS
F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V - 3776 - 2010
I.S.B.N.: 978 - 84 - 9876 - 969 - 2
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L.
MAQUETA: PMc Media

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

Esta publicación se ha podido llevar a cabo gracias al impulso y patrocinio de la «Cátedra Antonio Quintano Ripollés de Derecho Penal Internacional y Humanitario», y a la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete).

Índice

Listado de autores 13
Abreviaturas 15
Prólogo 17

Tema I
INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO (García Rivas, N.) 19

Tema II
LA TIPICIDAD PENAL (Quintero Olivares, G.) 25

Tema III
LA ACCIÓN EN DERECHO PENAL (Dopico Gómez-Aller, J.) 31

Tema IV
OMISIONES EN DERECHO PENAL (Dopico Gómez-Aller, J.) 39

Tema V
LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD (Castro Moreno, A.) .. 47

Tema VI
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (Borja Jiménez, E.) 53

Tema VII
EL DOLO PENAL (Ventura Püschel, A.) 59

Tema VIII
EL ERROR DE TIPO (Castro Moreno, A.) 67

Tema IX
LA IMPRUDENCIA (García Rivas, N.) 73

Tema X
LOS ACTOS PREPARATORIOS (Mira Benavent, J.) 79

Tema XI
LA TENTATIVA DE DELITO (Manjón-Cabeza Olmeda, A.) 87

Tema XII
LA AUTORÍA (Carrasco Andrino, M.) 95

Tema XIII
LA PARTICIPACIÓN (Gili Pascual, A.) 103

Tema XIV
ANTIJURIDICIDAD Y TIPO DE LO INJUSTO (Ventura Püschel, A.; ha colaborado en la elaboración del material M. Sánchez Dafauce) 111

Tema XV
LA LEGÍTIMA DEFENSA (Otero González, P.) 119

Tema XVI
EL ESTADO DE NECESIDAD (Tomas-Valiente Lanuza, C.) 125

Tema XVII
EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO (Carbonell Mateu, J. C.) 133

Tema XVIII
LA CULPABILIDAD (Sánchez Dafauce, M.) 139

Tema XIX
LA IMPUTABILIDAD (García Rivas, N.) 147

Tema XX
CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN (Llabrés Fuster, A.) 153

Tema XXI
INEXIGIBILIDAD Y MIEDO INSUPERABLE (Martínez Garay, L.) 161

Tema XXII
LA PUNBILIDAD (Pedreira González, F. M.)..... 169

Tema XXIII
CONCURSO DE DELITOS (Guardiola García, J.) 173

Tema XXIV
CONCURSO DE NORMAS (Brandariz García, J. A.) 179

Tema XXV
TEORÍA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS GENÉRICAS (Guardiola García, J.) 183

Tema XXVI
CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES GENÉRICAS (Colás Turégano, A.) 189

Tema XXVII
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES GENÉRICAS (Andrés Domínguez, A. C. y Gutiérrez Castañeda, A.) 197

Tema XXVIII
LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO (Guardiola García, J.)..... 211

Tema XXIX
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS INFRACCIONES PENALES: LAS PENAS (Cervelló Donderis, V.) 215

Tema XXX
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS INFRACCIONES PENALES: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD (Cervelló Donderis, V.) 223

Tema XXXI
EL COMISO Y LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS (Ramón Ribas, E.)..... 231

Tema XXXII
REGLAS GENERALES DE APLICACIÓN DE LAS PENAS (Morales Prats, F., Rodríguez Puerta, M. J. y Morón Lerma, E.) 243

Tema XXXIII
LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y FORMAS SUSTITUTIVAS (Otero González, P.) 247

Tema XXXIV
LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS (Morales Prats, F., Rodríguez Puerta, M. J. y Morón Lerma, E.) 257

Tema XXXV
LA PENA DE MULTA (Roca Agapito, L.) 263

Tema XXXVI
EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL (Álvarez García, F. J.)..... 271

Tema XXXVII
LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO Y LAS COSTAS PROCESALES (Sánchez Tomás, J.) 279

Tema XXXVIII
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (Dopico Gómez-Aller, J.) 287

Listado de autores

Álvarez García, Francisco Javier (Catedrático de Derecho Penal, Universidad Carlos III)

Andrés Domínguez, Ana Cristina (Titular de Derecho Penal, Universidad de Cantabria)

Borja Jiménez, Emiliano (Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

Brandariz García, José Ángel (Titular de Derecho Penal, Universidad de La Coruña)

Carbonell Mateu, Juan Carlos (Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

Carrasco Andrino, María del Mar (Titular de Derecho Penal, Universidad de Alicante)

Castro Moreno, Abraham (Catedrático habilitado de Derecho Penal, Universidad Carlos III de Madrid)

Cervelló Donderis, Vicenta (Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

Colás Turégano, Asunción (Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

Dopico Gómez-Aller, Jacobo (Titular Interino de Derecho Penal. Universidad Carlos III)

García Rivas, Nicolás (Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Castilla La Mancha)

Gili Pascual, Antoni (Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

Guardiola García, Javier (Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

Gutíerrez Castañeda, Ana (Ayudante de Derecho Penal, Universidad de Cantabria)

Llabres Fuster, Antoni (Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli (Titular de Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid)

Martínez Garay, Lucía (Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

Mira Benavent, Javier (Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

Morales Prats, Fermín (Catedrático de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona)

Morón Lerma, Esther (Asociada de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona)

Otero González, Pilar (Titular de Derecho Penal, Universidad Carlos III)

Pedreira González, Félix Mª (Ayudante Doctor de Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid)

QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Catedrático de Derecho Penal, Universidad Rovira i Virgili)

RAMÓN RIBAS, EDUARDO (Titular de Derecho Penal, Universidad de las Islas Baleares)

ROCA AGAPITO, LUIS (Titular de Derecho Penal, Universidad de Oviedo)

RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ (Titular de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona)

SÁNCHEZ DAFAUCE, MARIO (Ayudante de Derecho Penal, Universidad Carlos III)

SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL (Titular de Derecho Penal. Universidad de Murcia)

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, CARMEN (Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia)

VENTURA PÜSCHEL, ARTURO (Prof. Colaborador de Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid)

Abreviaturas

AAP	Auto Audiencia Provincial
ALIC	Actio libera in causa
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
Ccom	Código de Comercio
CE	Constitución española
CP	Código Penal
FGE	Fiscalía General del Estado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LI	Ley de Indulto
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores
RD	Real Decreto
RP	Reglamento Penitenciario
RPS	Responsabilidad Personal Subsidiaria
RPSIM	Responsabilidad Personal Subsidiaria por Impago de Multa
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sec.	Sección
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

Prólogo

Esta obra obedece a la necesidad de contar con nuevos materiales docentes que faciliten la labor de enseñar y, sobre todo, la de aprender, ante las reformas que se han producido en la Universidad. El sistema «Bologna» plantea justificadas dudas y temores ya que se recorta en exceso el tiempo de los estudios, lo que ha supuesto una merma considerable de las lecciones magistrales lo que requiere un esfuerzo mayor o, al menos, distinto por parte de los alumnos. También la metodología es distinta. El Espacio Europeo de Educación Superior orienta la enseñanza hacia la adquisición de habilidades y no sólo de conocimientos, pero esto no puede traducirse en prescindir de los conocimientos teóricos de las asignaturas, máxime cuando se trata de materias de tan alto contenido dogmático como la Parte General del Derecho Penal. Renunciar a una formación de este tipo tal y como se ha hecho, va a llevar a un empobrecimiento insoportable de la Universidad.

Pues bien, hay que hacer compatible esta necesidad de no vaciar la asignatura con un recorte del tiempo dedicado a las lecciones magistrales, lo que aconseja suministrar a los alumnos materiales e instrumentos que faciliten su labor y hagan su estudio más fructífero. A esta idea responden estos "esquemas" que quieren servir de puente entre las clases magistrales y los manuales al uso. Ese puente de unión requiere un tipo de obra en el que se mezcle la sencillez —no simpleza— expositiva, con la utilización de gran cantidad de ejemplos y la referencia a la Jurisprudencia, en principio la mayoritaria cuando la haya, aunque en ocasiones deba señalarse que en ciertas materias fundamentales la Sala Segunda del Tribunal Supremo proporciona un alarmante panorama de disenso interno que genera inseguridad jurídica y atenta contra la igualdad en la aplicación de la Ley.

Para afrontar el reto de elaborar un texto con las pretensiones indicadas, los Directores del mismo decidimos llevar a cabo una «obra coral», invitando a participar en su confección a un importante número de Profesores de Derecho Penal de distintas Universidades españolas (algunos discípulos de los Directores, otros no) de los muchos, y muy buenos, que existen. Pues bien, tengo que decir que todos ellos han trabajado con ahínco para elaborar una obra cuyo mérito no se encuentra, evidentemente, en contribución alguna al progreso del conocimiento, en el sentido de que nada se relata en ella que no se conociera ya; pero ello no quiere decir que esta obra carezca de valores, los posee y muy señalados, especialmente el referido al esfuerzo por alcanzar claridad, concisión y sencillez; y semejantes resultados, es notorio, no pueden alcanzarse sin contar con unos Profesores con excelente formación y capaces de «salir» del discurso habitual para poner una obra al alcance de los estudiantes.

Esta edición que ahora prologo es la 3ª. Se trata de una edición especialmente difícil de elaborar, pues la reforma del

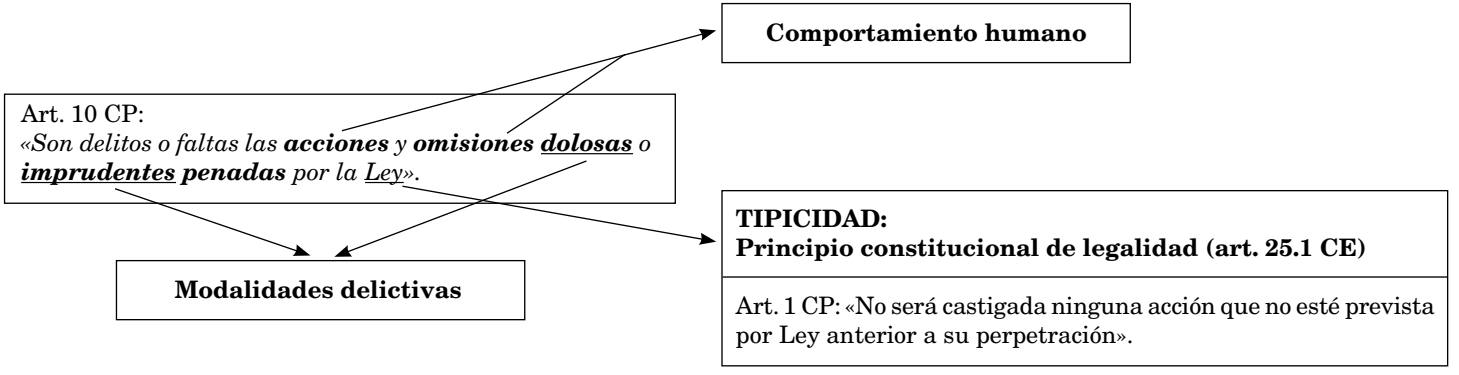
Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, ha modificado muchas decenas de artículos del Código; y lo que es más importante: ha introducido un nuevo modelo de imputación, el perteneciente a las personas jurídicas, que rompe con el monopolio del que han gozado hasta el momento, en el ámbito de la codificación penal, las personas físicas. Obviamente, y como no podía ser de otra forma, esa modificación se refleja en estos "esquemas"; y lo hace ocupando un espacio propio y distinto al de las personas físicas, pues como hemos dicho de otro modelo de imputación se trata.

Francisco Javier Álvarez García

Tema I

Introducción a la teoría jurídica del delito

1. Concepto legal de delito



2. El sistema de la teoría del delito: sistemas causalista y finalista

2.1. A lo largo de la historia se han sucedido distintos esquemas explicativos del delito que ordenan de manera diferente sus elementos. En la actualidad predomina en la doctrina el que se sigue en este texto, procedente del **sistema finalista** (Welzel). No obstante, dado que perviven todavía resoluciones judiciales que siguen el **sistema causalista** (Mezger) conviene ofrecer una exposición sucinta del mismo.

Para ambos sistemas, el delito es una CONDUCTA TÍPICA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLE. Lo que diferencia a uno de otro es el contenido de cada categoría.

2.2. El **sistema causalista** responde a la interpretación científica de los problemas sociales de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, caracterizada por su adaptación a los esquemas explicativos de las ciencias experimentales y la consideración de la conducta humana como un mero fenómeno causante, en su caso, de algún daño social. Puesto que el legislador se limita a definir en la Ley una conducta que adjetiva de delictiva, la tarea del intérprete consiste —en primer lugar— en averiguar si el comportamiento del sujeto es la causa de la aparición de dicho fenómeno, descrito en la Ley (TIPICIDAD). Pero ese indicio de conducta ilícita puede quedar desvirtuado si en el caso concurre alguna causa de justificación (p. ej. legítima defensa), lo que obliga a introducir un elemento más: la ANTIJURICIDAD de la conducta, cuya ausencia permitirá considerarla lícita.

En el sistema causalista, la *valoración* sobre la conducta realizada queda relegada al último de los elementos del delito (LA CULPABILIDAD), pues en él debe averiguarse no sólo si el autor se encontraba en una situación psíquica normal (IMPUTABILIDAD) sino el grado de desafección con los valores del ordenamiento, lo que permite hablar de 2 MODALIDADES de culpabilidad: **dolosa** e **imprudente**. La primera requiere que el sujeto obre a conciencia, no sólo de aquello que ha causado sino también de su carácter prohibido (*dolus malus*). La segunda requiere menos: que la causación haya tenido lugar mediante la infracción del deber de cuidado por parte del autor.

2.3. El **sistema finalista** nace en el segundo tercio del siglo XX, inspirado en la filosofía de la acción de WELZEL, que la identifica con la «acción final», esto es, dirigida a un fin. El obrar de una persona no puede identificarse —afirma— con el de otro ser de la naturaleza; el hombre actúa con una finalidad determinada y es ella la que debe ser objeto de valoración.

En virtud de este criterio, la *valoración* sobre la conducta del sujeto debe realizarse cuando entra en contacto dicha conducta con el Ordenamiento Jurídico, es decir, en la propia TIPICIDAD del hecho, pues el tipo no es otra cosa que la descripción de la conducta punible. En virtud de esta consideración, la (des)valoración de la realización del tipo (*desvalor de resultado*) con intención («*dolo natural*») tiene que ser diferente de la que le corresponde a la realización del tipo (sólo) con infracción del deber de cuidado (*imprudencia*). Estos distintos *desvalores de la acción* dan lugar a otros tantos *tipos de delito*: doloso e imprudente.

La CULPABILIDAD queda entonces como un elemento ajeno a la *valoración* y sujeto sólo a la *atribución* del hecho típico y antijurídico a la persona. Para ello, debe constatarse su *capacidad* para comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión (***imputabilidad***). En segundo lugar, debe constatarse que ***conocía la prohibición*** infringida, lo que no exige desde luego que el autor conociera la misma como un estudiante de Derecho Penal, sino que basta la apreciación de una persona normal. Por último, la **exigibilidad**

permite excluir la responsabilidad penal cuando concurran circunstancias excepcionales que impidan afirmar que el sujeto obró «a conciencia del mal» o que permitan asegurar que lo hizo «porque no le quedó otro remedio» (p. ej. tuvo que robar bajo amenazas graves a su familia).

2.4. Una amplísima mayoría de la doctrina explica el delito conforme al esquema finalista aunque desde planteamientos normativos (y no los de la filosofía de la acción adoptados por Welzel); y ese es también el que se sigue en esta obra.

3. Delito y sanción (penas y medidas de seguridad)

3.1. Si se verifican uno a uno todos los elementos del delito (siguiendo uno u otro sistema), la consecuencia jurídica es la imposición de una pena (salvo casos excepcionales, en los que pueden entrar en juego una excusa absolutoria). Por el contrario, cuando se afirma la TIPICIDAD y la ANTIJURICIDAD del hecho, pero se considera que el autor NO ES CULPABLE porque existía alguna circunstancia que afectaba a su imputabilidad (p.ej. esquizofrenia) la exención de *pena* no significa que no pueda ser sancionado el sujeto con una *medida de seguridad*, siempre que se constate su peligrosidad (arts. 6 y 95 CP). El internamiento en un hospital psiquiátrico penitenciario para cumplir cinco o diez años «porque se ha cometido un delito» constituye también una sanción, por mucho que tenga características peculiares. De ahí que se afirme que el sistema penal es, en lo que se refiere a las sanciones, un sistema de «***doble vía***»: para los imputables, la pena; para los inimputables o semi-inimputables, la medida de seguridad.

SISTEMA CAUSALISTA

CONDUCTA: cualquier manifestación de la voluntad de la persona.

TÍPICA: La manifestación de voluntad (acción u omisión) puede conectarse **causalmente** con el supuesto de hecho previsto en la norma legal.

ANTIJURÍDICA: Ausencia de causas de justificación.

CULPABLE:

a) Capacidad de culpabilidad (**IMPUTABILIDAD**): Capacidad psíquica del sujeto para conocer y querer el hecho típico.

b) **CLASES DE CULPABILIDAD**:
- **Dolo**: El sujeto capaz conoce y quiere la realización del hecho típico.
  - ✓ Conocer y querer los elementos objetivos del tipo (el suceso típico)
  - ✓ Conocer la prohibición (carácter típico y antijurídico) del hecho.
- **Imprudencia**: El sujeto capaz no quiere la realización del hecho típico, pero este se verifica a causa de su comportamiento negligente.

c) **EXIGIBILIDAD**: No concurren circunstancias que hagan inexigible una conducta distinta.

SISTEMA FINALISTA

CONDUCTA: Comportamiento humano.

TIPICA: Junto al *desvalor de resultado* (**causación**) se valora también el *desvalor de acción* (la creación de un riesgo antijurídico por parte del autor, así como su voluntad antinormativa), lo que da lugar a **2 MODALIDADES TÍPICAS:**

a) **Dolosa:** El sujeto conoce y quiere la realización del hecho típico (intención). Primer elemento del «*dolus malus*» del sistema causalista, denominado ahora «*Dolo natural*»)
b) **Imprudente:** El sujeto realiza el hecho típico sin intención, pero infringiendo el deber de cuidado.

ANTIJURÍDICA: Ausencia de causas de justificación.

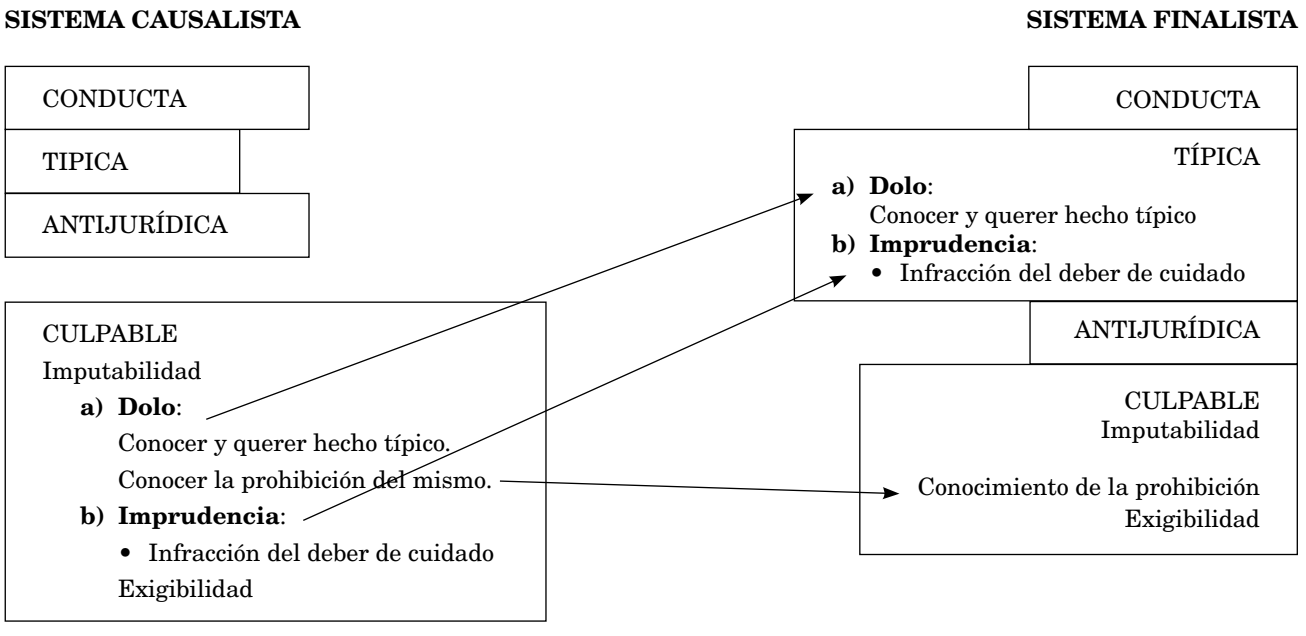
CULPABLE: Analiza el grado de motivación normativa del autor.

Contiene 3 elementos:

a) **IMPUTABILIDAD:** Capacidad del sujeto para ser motivado normalmente. Capacidad para conocer la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión.

b) **CONOCIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN:** Uno de los elementos del «*dolus malus*» del sistema causalista, que adquiere independencia. Su ausencia da lugar al *error de prohibición.*

c) **EXIGIBILIDAD:** Ausencia de circunstancias de cualquier clase que impidan la normal motivación del autor.


SISTEMA CAUSALISTA
CONDUCTA
TIPICA
ANTIJURÍDICA
CULPABLE
Imputabilidad
a) Dolo:
Conocer y querer hecho típico.
Conocer la prohibición del mismo.
b) Imprudencia:
• Infracción del deber de cuidado
Exigibilidad
SISTEMA FINALISTA
CONDUCTA
TÍPICA
a) Dolo:
Conocer y querer hecho típico
b) Imprudencia:
• Infracción del deber de cuidado
ANTIJURÍDICA
CULPABLE
Imputabilidad
Conocimiento de la prohibición
Exigibilidad

Tema II

La tipicidad penal

1. La tipicidad y la teoría de los tipos

1.1. El fundamento de la tipicidad: el principio de legalidad y la exigencia de concreción y taxatividad. La diferencia entre *hecho,* en tanto que suceso humano y social, y *conducta típica,* en tanto que acción u omisión *subsumible en una tipicidad:* el concepto de *subsunción.*

1.2. Los tipos describen acciones humanas: debate entre los conceptos prejurídicos y jurídicos de acción

1.3. En ocasiones la tipicidad formal de una conducta humana es solo *aparente,* porque socialmente ha sido asimilada como aceptada. Cuando eso sucede estaremos ante supuesto de *adecuación social* de la conducta que inicialmente era típica. Cuando se dice que una conducta es socialmente adecuada en realidad se está afirmando que carece de capacidad para dañar u ofender al bien jurídico. Eso mismo sucederá también cuando esa conducta, aparentemente típica, no pueda sustentar la *imputación objetiva* del resultado. Para la doctrina penal «adecuación social» e «imputación objetiva» son *conceptos alternativos que dependen de la ideología jurídica que se siga.* Finalmente, por aplicación del viejo principio *minima non cura praetor,* se alude a la *insignificancia* como causa de exclusión no ya del tipo, sino del interés del derecho penal.

1.4. Las descripciones típicas son una de las tres columnas en que se apoya la teoría del delito (junto con la antijuricidad y la culpabilidad)

1.5. Las funciones de la tipicidad:

- ✓ La esencial función de *garantía*: la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva contra reo. Precisamente por tener que cumplir con esa función derivada del principio de legalidad se rechaza mayoritariamente el recurso a tipos o cláusulas abiertos, que remiten al arbitrio del intérprete la selección concreta de las acciones que pueden ser castigadas.
- ✓ La función de *motivación*: la conminación penal como mensaje que pretende orientar hacia un modelo mínimo de convivencia pacífica.
- ✓ La llamada función *indiciaria*: lo que es típico es «indiciariamente» injusto, pues los tipos describen conductas que ya han sido valoradas como injustas. La perfección del delito requiere la ulterior verificación de la concurrencia de la antijuricidad general y personal, y de la culpabilidad.
- ✓ Un sector minoritario de la doctrina penal sostiene que las conductas típicas que ulteriormente merecen una

causa de justificación, son en realidad *conductas atípicas.* Esa idea de la significación de las causas de justificación, que así se transforman en *elementos negativos del tipo,* implica desconocer o despreciar la diferencia entre lo típico y lo ajeno al derecho, ignorar la realidad de que un bien jurídico ha sido (justificadamente) lesionado, y, por último, obliga a despreciar la función del proceso penal que precisamente nace porque la conducta es *en principio injusta.* Confunde en suma la *antijuricidad general con la justificación especial.*

2. Clases de tipos

2.1. Los tipos describen acciones u omisiones que lesionan u ofenden bienes jurídicos. Esas descripciones se hacen con el lenguaje (del derecho) que puede expresarse mediante

a) Descripciones utilizando el lenguaje común (elementos *descriptivos*) (por ejemplo: mujer, día). Son los menos, pues normalmente es necesario hacer una «valoración jurídica».

b) Utilizando palabras y conceptos que han de ser interpretados jurídicamente o acudiendo a valoraciones sociales (*elementos normativos y valorativos*) (por ejemplo: funcionario, acreedor, junta, abuso, integridad moral, falsedad).

2.2. La naturaleza o significación de cada *bien jurídico* determina la manera en la que puede ser ofendido o dañado, y variará según se trate de bienes tangibles y materiales o intangibles y espirituales.

2.3. La creación de una tipicidad supone la *expresión de una decisión de protección de un bien jurídico,* para cuya tutela el legislador ha recurrido al derecho penal describiendo como acciones punibles (tipificadas por que así lo exige el principio de legalidad) los más graves ataques a esos bienes.

2.4. La clase y vertiente de cada bien jurídico no suele estar expresada en la letra de la ley (algunas veces si lo está, como cuando un tipo menciona la intimidad o la dignidad o la integridad física): el intérprete debe realizar una indagación para desde el bien protegido poder comprender el sentido del tipo.

2.5. Los bienes jurídicos expresan una concordia mayoritaria en torno a la importancia de preservar determinados valores e intereses, que ante todo han de tener cobertura constitucional expresa o ligada al carácter social del Estado. Por ser de singular importancia se decide recurrir a la tutela penal. Si esa opción jurídica es excesiva se entra en la criminalización innecesaria de conductas.

2.6. Los tipos de delito son *consecuencias de la naturaleza de cada bien y de la clase de ataque.* Nunca puede operarse en sentido inverso (creer que el bien jurídico protegido se deriva del tipo) pues eso supondría confundir fin de la ley (que puede

ser una finalidad equivocada o discutible) con lo que es un bien jurídico *en sentido constitucional y social*.

2.7. A su vez, los tipos expresarán la intensidad objetiva y subjetiva que se requiere para poder apreciar un ataque: de ahí surge ante todo, la distinción entre delitos dolosos e imprudentes.

2.8. Según las modalidades de *conducta*, los tipos pueden ser de acción y de omisión.

2.9. Si se trata de conductas o comportamientos *activos* los tipos de delito pueden calificarse como:

- Dolosos de actividad.
- Dolosos de resultado.
- Dolosos permanentes.
- Dolosos de hábito.

2.10. Según la manera de formularse la descripción de la acción o acciones típicas, se utilizan técnicamente en la doctrina penal (aunque en este terreno no existe unanimidad) otras calificaciones cuya mayor o menor utilidad hay que buscarla en que resumen las conclusiones de la interpretación profunda del precepto, y son, por ejemplo:

a) delitos *unisubjetivos*, que pueden ser cometidos por una sola persona y delitos *plurisubjetivos*, que necesariamente presuponen el concurso de dos o más personas, ya sea realizando la misma conducta (delitos de convergencia p.e., rebelión) o conductas diferentes pero complementarias (delitos de encuentro, p.e., el cohecho).

b) delitos *monofensivos*, si solamente lesionan ofenden un bien jurídico (p.e., homicidio, que ataca al bien «vida»), o delitos *pluriofensivos*, si la conducta ofende a la vez a más de un bien jurídico (p.e., acusación falsa, que ofende al honor personal y a la Administración de justicia).

c) Delitos situacionales o de estado, que no se configuran por una acción u omisión, sino por una situación en la que está el sujeto (p.e., tenencia de armas, o tenencia de útiles para falsificar)

d) Delitos alternativos, cuando parte de la tipicidad se corresponde con la de otro tipo (p.e., homicidio y asesinato, o lesiones y tortura)

e) Delitos cumulativos, que son aquellos cuyo contenido injusto no procede de lo que en sí mismo genera una acción aislada del sujeto, sino lo que supone esa acción añadida a otras previas y posteriores (p. e.,la contaminación del aire o del agua).

f) Delitos de emprendimiento, en los cuales la consumación se adelanta a lo que materialmente no es más que una tentativa. P.e., la falsificación de documento privado del art.395.

g) Delitos *mutilados en dos actos*, cuando el tipo describe la realización de una primera conducta ilícita para luego realizar otra conducta ilícita. P.e., en el cohecho, el funcionario que solita dádiva para realizar un acto injusto: una acción injusta orientada a *otra* acción injusta.

h) Delitos *de resultado cortado*, cuando la consumación se produce sin necesidad de que el culpable haya alcanzado

el objetivo propuesto, lícito o ilícito. P.e., la amenaza a alguien para que haga o no haga algo, o el apoderamiento de un documento para divulgar su contenido.

i) Delitos de *intención y de intención interna trascendente:* partiendo del modo de formularse el elemento subjetivo del injusto a veces en doctrina se realiza la distinción entre delitos que exigen una actitud interna y de orientación de la mente del autor (p.e., el ánimo de ofender la dignidad de otra persona) se habla a veces de delitos de intención, y si lo que es preciso es que el autor persiga un resultado material concreto, aunque no sea preciso que se produzca tal resultado para que se produzca la consumación del delito (p.e., el ánimo de lucro en ciertos delitos contra el patrimonio) se usa la expresión delito de intención interna trascendente.

j) Delitos de *sospecha*, en los cuales la pena se impone o se agrava en función de la presunción *iuris et de iure* de que el acusado es responsable de un resultado o de un resultado más grave. P.e., no dar cuenta del paradero del secuestrado en la detención ilegal. Se trata de figuras generalmente criticadas.

k) Delitos o tipos *básicos y cualificados,* que existen cuando una conducta típica punible (tipo básico) puede recibir un castigo más grave si concurren ciertas circunstancias (tipo cualificado), como, p.e., la estafa y sus cualificaciones. Fuera de esta clasificación se ubican algunos pocos tipos *autónomos* (p.e.: el mal trato en el ámbito familiar) cuya especificidad no consiente clasificaciones generalizantes.

2.11. Los tipos de delito de omisión pueden ser

- De omisión pura o propia
- De omisión impropia o comisión por omisión

2.12. La reunión de los componentes o elementos externos y objetivos de la conducta típica, se denomina *tipo objetivo o parte objetiva del tipo,* y la de los elementos personales, internos y subjetivos de esa conducta, se denomina *tipo subjetivo o parte subjetiva del tipo.*

3. Los tipos de los delitos dolosos

3.1. El tipo objetivo

✓ Elementos de autoría: condiciones que han de concurrir en el autor: delitos comunes y especiales según pueda realizar la acción cualquier persona o solamente determinadas personas.

✓ Componentes exteriores de la acción (elementos del hecho) a la que seguirá o no un resultado (delitos de actividad y delitos de resultado).

✓ En los delitos de mera actividad: el efecto o evento jurídico que determina su consumación.

- ✓ Delitos de resultado: La relación entre acción y resultado: la teoría de la causalidad. Los límites a la imputación del resultado: la peligrosidad, potencialidad o significación propia de la acción: la teoría de la imputación objetiva.

3.2. El tipo subjetivo

- ✓ El dolo y las teorías sobre su significado y contenido.
- ✓ El tipo objetivo como objeto del dolo y el error de tipo.
- ✓ La teoría de la voluntad y la teoría de la representación.
- ✓ Dolo neutro y *dolus malus*.
- ✓ Las llamadas *clases de dolo*: dolo directo, dolo indirecto o de segundo grado, y dolo de ímpetu.
- ✓ El dolo eventual y las diferentes definiciones de su significado.
- ✓ La preterintencionalidad y su solución en el derecho positivo.
- ✓ Los elementos subjetivos del injusto y su relación con el dolo. Según se expliciten o no en el tipo serán elementos subjetivos *expresos* (por ejemplo, ánimo de lucro en el hurto) y elementos subjetivos internos o *axiológicos* (por ejemplo, intención de alterar y perjudicar el tráfico fiduciario en las falsedades).

4. EL TIPO DE LOS DELITOS IMPRUDENTES

4.1. El delito imprudente: delimitación conceptual.

4.2. El principio de intervención mínima y el sistema de incriminación específica de los delitos imprudentes.

4.3. El carácter fragmentario del derecho penal y la extensión de la tutela penal cuando se castiga también la lesión imprudente del bien jurídico.

4.4. La técnica legal de formulación del delito imprudente: la vinculación a específicos tipos de delitos dolosos. Los elementos propios del delito imprudente, que se han de incorporar a la descripción típica objetiva:

- ✓ La evolución del concepto de delito imprudente: de la concepción psicológica de la culpa (según el grado de previsibilidad del resultado y la prudencia del hombre medio) a la vigente concepción *normativa* de la imprudencia.
- ✓ Causalidad e imputación en el delito imprudente: normas de cuidado (generales y especiales) e imputación objetiva.
- ✓ Las fuentes jurídicas de los deberes generales de cuidado.

- ✓ Las fuentes del deber personal de cuidado o cuidado personalmente exigible al sujeto concreto.
- ✓ La necesidad de que el resultado sea previsible.
- ✓ El riesgo permitido y el riesgo mutua o colectivamente aceptado como límites del delito imprudente.
- ✓ La distinción doctrinal entre culpa consciente y culpa inconsciente. La culpa consciente y el dolo eventual.
- ✓ La distinción legal entre imprudencia grave e imprudencia leve.

5. El tipo de los delitos de peligro

5.1. La política criminal contemporánea y el uso y abuso de delitos de peligro como anticipación de la intervención del derecho penal.

5.2. Los elementos del delito de peligro o riesgo:

- ✓ El mal llamado *dolo de peligro* y el llamado *resultado de peligro*.
- ✓ La posición del autor frente al resultado posible y frente a la generación del riesgo.
- ✓ El pronóstico de producción de resultado y en su función las clases de delitos de peligro: y el peligro que debe comprobarse.

5.3. Delitos de peligro abstracto: el peligro decidido por voluntad de la ley: el valor de la presunción: *iuris et de iure* o *iuris tantum*.

5.4. Delitos de peligro concreto: necesidad de probar la concurrencia de riesgo en el caso: carga de la prueba

- ✓ La materialización del riesgo en un resultado lesivo: la transformación en delito imprudente y el delito de peligro como imprudencia «sin resultado».
- ✓ La creación de peligro como tentativa de otros delitos de resultado: casos de conducción temeraria que se pueden tratar como tentativas de homicidio o asesinato.

Tema III

La acción en Derecho Penal

1. Sólo puede ser delito una conducta humana

La dogmática penal intentó a lo largo de los siglos XIX y XX elaborar un *concepto de* ***acción*** que sintetizase todos sus rasgos.

2. Funciones básicas atribuidas al concepto de acción

Los primeros conceptos de acción pretendían cumplir ***tres funciones básicas***:

2.1. Función «negativa» o «delimitadora». Sólo puede ser delito una conducta humana, *conducida*, es decir controlada (o al menos conducible) por la voluntad del sujeto. Se trata de ***discriminar entre hechos atribuibles a una persona*** y ***hechos de la naturaleza*** (o ***atribuibles a otras personas***).

2.2. Fijación del *principio del hecho*. El Derecho Penal sólo atiende a las conductas humanas en el sentido de ***hechos***, pero no a *pensamientos*, *maneras de ser*, *modos de vida*, etc.

2.3. Funciones sistemáticas (*clasificatoria*, *básica*, *de enlace*). Históricamente se pretendió construir la teoría del delito sobre un ***concepto de acción*** que aportase el contenido sustantivo básico, del que poder predicar los demás atributos del delito: la *tipicidad*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*. Aunque hoy esta idea ha sido ampliamente abandonada, los desarrollos teóricos de los siglos XIX y XX han influido notablemente en la doctrina actual.

3. Evolución de los conceptos de acción

3.1. Concepto *causalista clásico* o *causal-naturalista* de acción:

- ✓ Definido en términos estrictamente físicos: ***movimiento corporal voluntario que causa una modificación en el mundo externo***.
- ✓ Idea clave: ***acción como causación de resultados*** (eje: desvalor de resultado).
- ✓ Exige que la acción sea *voluntaria*, pero en el sentido de *emanada de una psique humana* (no atiende al concreto *contenido* de la voluntad —¿dolo o imprudencia?—, que en el modelo causalista es una cuestión de *culpabilidad*).
- ✓ La evolución del modelo causalista (neokantismo) termina por restar importancia a los elementos *naturales* del concepto de delito a favor de los *normativos*. Por ello, en el modelo neokantiano **el concepto de acción pierde importancia a favor del concepto de *tipicidad*.** Esta será la constante en la evolución del concepto de acción a lo largo del siglo XX.

3.2. Concepto *finalista* de acción.

- ✓ «***La acción humana es ejercicio de finalidad***» (Welzel). El ser humano se diferencia del resto de las fuerzas de la naturaleza en que puede *establecer y perseguir fines*. Las fuerzas naturales son *ciegas*: el ser humano, capaz de prever, las maneja en dirección a sus *fines*.
- ✓ Idea clave: ***acción como conducta que pretende un objetivo*** (eje: desvalor de acción).
- ✓ Añade al concepto causalista la idea de *finalidad*, de modo que la referencia a la *voluntariedad* de la acción no se limita a si el movimiento corporal fue *deseado o no*, sino que incluye también el *contenido de la voluntad* (la *finalidad* con la que se realizó).
- ✓ El *dolo* (como *dolus naturalis*) pasa a la tipicidad: el *contenido de la voluntad* ya no es cuestión de culpabilidad.

El debate entre el concepto causalista y el finalista de acción es en gran parte un debate sobre cuál es el papel del desvalor de acción y el desvalor de resultado en el concepto de delito.

3.3. Estos primeros conceptos materiales de acción fracasan por varios problemas centrales:

- – Se intentó que el concepto de acción cumpliese *demasiadas funciones* (delimitar el área de lo controlable por la persona, separar *acciones* de las meras *reacciones*, pensamientos, modos de ser, etc.; y estructurar el discurso dogmático). Fue un proyecto demasiado ambicioso.
- – Esto se plasma en concretos problemas como los siguientes:

1º) Imposibilidad de definir el hecho subyacente a los delitos de omisión.

- El *sustrato material* de la omisión (qué estaba haciendo realmente el sujeto mientras omitía) es irrelevante. En los delitos de omisión, el principio del hecho no obliga a que *la omisión* sea «un hecho externo», sino a que *la conducta debida y no realizada* lo fuese.
- Por ello, estos conceptos de acción fracasan en su intento de definir la base común a *todos* los delitos. De hecho, producen justamente el efecto contrario: *dividir desde un origen toda la dogmática penal en dos ramas incompatibles*: teoría de los delitos de acción y de los delitos de omisión.

Terminología:
Hoy en Derecho Penal se habla de acción en un doble sentido:
– Acción como conducta humana, es decir, como comportamiento controlado o controlable por el agente.
– Acción como forma activa de la conducta humana (en oposición a la omisión).

2º) Los rasgos físicos del actuar humano no permiten apreciar su significación social y jurídica.

- Esto es especialmente grave en los delitos cometidos mediante *actos de habla* (ej., el causalismo naturalista se veía obligado a definir la acción del delito de injurias como la *«causación de vibraciones en el aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso de la víctima»* —VON LISZT—).
- De esta constatación surge cierta variante: el llamado *concepto social de acción*.
  - ✓ Percibe que la diferencia entre hechos humanos relevantes e irrelevantes no depende de criterios *naturales* sino *sociales*.
  - ✓ Muy poco definido (*¿cuál es el criterio social que nos dice qué actos humanos son acciones?*). Por ello, poco útil en la *función negativa*.

3º) Dificultades con los delitos de mera actividad.

- La excesiva orientación de estos conceptos de acción a la *causación de resultados* o al *manejo de cursos causales* plantea problemas a la hora de definir las acciones típicas de los delitos de *mera actividad*.
  - ✓ En relación con la acción en la *tentativa* de delito, el concepto finalista resulta más eficiente que el causalista, al atender no sólo a la *causación de cambios en el mundo externo* sino a la *finalidad perseguida*.

4º) Dificultades del concepto finalista de acción con las conductas imprudentes y los automatismos.

- En los delitos imprudentes, la *finalidad* del sujeto resulta irrelevante.

- En los movimientos automatizados (ej. en la conducción) no hay auténtica *finalidad*, pero son acciones humanas por las que cabe responder.

3.4. Los conceptos más modernos de acción se centran básicamente en la función «negativa» o «delimitadora», prescindiendo de la función sistemática y de la referencia al principio del hecho**.**

✓ En esta línea se mueven formulaciones que buscan establecer la relación de *controlabilidad* entre sujeto y acción u otros criterios básicos de *atribución* de la acción al sujeto. Por ejemplo:

❑ el concepto personal de acción de ROXIN («acción como *manifestación del yo*»)

❑ el concepto de acción de GIMBERNAT [«*relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que estos sigan su curso o que no se inicien)*»].

❑ el concepto negativo de acción de HERZBERG («***evitable*** *no-evitar en posición de garante*»: consideración de toda acción como una *omisión*)

❑ el concepto intencional de acción de KINDHÄUSER: «*un hacer* ***decidible*** *mediante el que el agente puede provocar un acontecimiento*».

✓ Al no centrarse en la vertiente *física* de la conducta, este cambio de perspectiva permite elaborar un concepto de *acción en sentido amplio* o *comportamiento humano* que abarque sin problemas las *omisiones*.

✓ Recientemente en España cobra relevancia una variante del concepto de acción («concepción comunicativa de la acción» de VIVES ANTÓN), que determina el carácter de acción atendiendo a su *significado* social. Así, la acción no es el «sustrato de un sentido» (la base de la que predicar la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad), sino el «sentido de un sustrato» (sólo las respuestas humanas con *sentido de acción* son relevantes en Derecho Penal). Coincide con las anteriores en su rechazo a buscar una «base común» a todos los delitos, pero no atiende tanto a la vinculación entre sujeto y conducta como a la relevancia comunicativa de la acción humana en sociedad.

3.5. En la actualidad, la relevancia del concepto de acción como categoría pre-típica prácticamente ha desaparecido, a favor de la categoría de la tipicidad.

4. La función «negativa» o «delimitadora» del concepto de acción: supuestos de «ausencia de acción»

4.1. Situaciones en las que el cuerpo actúa «como mera masa física», pero no de modo controlable por el sujeto.

a) Fuerza irresistible: influjo externo que impide al sujeto controlar su actuación. La doctrina tradicional exige que se trate de una fuerza:
   - ✓ física (la *vis moralis* o intimidación no excluye la acción, sino la culpabilidad). Los supuestos límite entre ausencia de acción y de culpabilidad son aquellos en que el sujeto no puede controlar su cuerpo debido a las llamadas «fuerzas internas» (ej.: *shock* emocional paralizante).
   - ✓ irresistible (*vis physica absoluta*): ha de excluir la *controlabilidad*.
   - ✓ externa (si procede de otra persona, podrá ser responsable de lo acaecido). En ocasiones doctrina y jurisprudencia han exigido que provenga de *otra persona*, pero nada impide que sucesos naturales puedan impedir a un sujeto controlar su propio cuerpo.

b) Situaciones de inconsciencia y otros supuestos de ausencia de dominio voluntario sobre el propio cuerpo:
   - ✓ Sueño, sonambulismo, hipnosis.
   - ✓ Desvanecimientos
   - ✓ Narcosis extrema (tratada con frecuencia como *fuerza irresistible*)
   - ✓ Ataques epilépticos (los intervalos entre ataques sólo pueden afectar a la *culpabilidad*).

c) Movimientos reflejos:
   - ✓ No dominados por la conciencia.
   - ✓ Distinguir de movimientos *controlables*: reacciones en cortocircuito (SAP Barcelona, Sección 6ª, 14/2/1994), automatismos, etc., que son controlables potencialmente (ej: movimientos en la conducción de automóviles).

OMISIÓN: Cuando el sujeto que está obligado a actuar *no puede hacerlo*, en vez de *ausencia* de acción se habla de *incapacidad* de acción. Quien no tiene capacidad de acción, no omite (ej., quien está atado y contempla cómo alguien se ahoga, no *omite* salvarle).

5. «Actio libera in causa» (ALIC) y ausencia de acción

5.1. Si alguien ejerce fuerza irresistible sobre otro, o le droga hasta dejarle incapaz de acción, etc., lógicamente responde de los resultados que éste pueda causar mientras es incapaz de controlar su propio cuerpo.

5.2. Pues bien: del mismo modo, **cuando la situación de ausencia de acción se debe a una *conducta infractora previa del propio sujeto*, hablaremos de ALIC**.

El sujeto responde por el resultado, por haberlo determinado *incapacitándose a sí mismo para controlar su propio cuerpo*.

Ej.: el patinador toma la curva con tanta fuerza que no puede dominar el movimiento de su propio cuerpo. Por ello, choca con un viandante.

- En el momento del impacto hablamos de falta de acción (*actio non libera*).
- Pero esa falta de acción fue provocada por una acción precedente, en la que el sujeto libremente se expuso a perder su propio control (*libertas in causa*).

5.3. Aunque se habla de ALIC en sentido amplio, abarcando acciones y omisiones «no libres, pero libres en la causa», la doctrina también ha distinguido entre acciones y omisiones:

	Movimiento en ausencia de acción	**Ausencia de determinado movimiento por incapacidad de acción**
Conducta previa *activa*	***Actio libera in causa*** (Patinador pierde control por ir demasiado rápido)	***Omissio libera in causa*** (Guarda de seguridad se droga hasta la inconsciencia para no impedir el robo)
Conducta previa *omisiva*	***Actio libera in ommitendo*** (Epiléptico pierde control del coche por omitir tomar la medicación)	***Omissio libera in ommitendo*** (Guardagujas se duerme y no realiza el cambio de agujas por no poner el despertador)

5.4. En la ALIC se evidencia el fundamental *carácter normativo* del concepto de acción. Lo importante no es si el sujeto *controlaba o no controlaba* su conducta en un momento previo, sino si *perdió el control* ***debiendo haberlo mantenido*** (infracción).

También en el ámbito de la **culpabilidad** podemos hablar de ALIC: cuando es el propio sujeto el responsable de su inimputabilidad (art. 20.1º y 20.2º: sujeto que provoca su propio trastorno mental transitorio, o que se intoxica para cometer un delito o debiendo haberlo previsto, etc.).

6. La relación gradual entre la «ausencia de acción» y la «exclusión o disminución de la culpabilidad» en la jurisprudencia

6.1. El requisito de que el delito sea una conducta humana controlable por el sujeto está íntimamente ligado al *principio de culpabilidad*. Ello se evidencia al constatar cómo la jurisprudencia establece una relación *gradual* de intensidad entre la ausencia de acción y la exclusión o disminución de la culpabilidad.

6.2. Un ejemplo claro lo hallamos en el tratamiento jurisprudencial del *miedo*. Por lo general, se admite que el miedo puede disminuir o incluso excluir la culpabilidad del sujeto. Sin embargo, en casos extremos puede llegar a excluir incluso la *acción*. Lo más habitual será que el sujeto afectado por el terror pierda la *capacidad de acción*; más extraños serán los casos en que el sujeto se mueva sin control sobre su propio cuerpo (*ausencia de acción* en sentido estricto).

- ✓ STS 2/10/1990: «El miedo (…) puede considerarse como causa de inculpabilidad, para llegar en sus fases extremas de terror o pánico, a considerarse causa (…) de falta de acción». En la misma línea, las SSTS 16/06/1987, 6/03/1989 y 29/09/1989.
- ✓ SSTSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal) 20/2000, 13-12, y 17/2003, 06-10: «La doctrina especializada ha distinguido sucesivas fases del miedo, según los estadios o niveles de actividad fobígena 1) prudencia, 2) cautela, 3) alarma, 4) angustia, 5) pánico y 6) terror. La jurisprudencia española se ha acogido, en ocasiones, a esta clasificación utilizando un **criterio de gradación**».

6.3. Un tratamiento similar se ha hecho de la conducta de los supuestos de epilepsia.

- ✓ SSTS 26/06/1989, 16/11/ 1990, 198/2006, 27-02 y 129/ 2007, 22-02: «[La epilepsia] ocasiona en el sujeto unos episodios … en los cuales se produce una total pérdida del conocimiento: … la conducta del enfermo es un hecho meramente mecánico que no puede conceptuarse como comportamiento propiamente humano

y que **en su valoración jurídica va más allá de la aplicación de la eximente de enajenación ... para encuadrarse en la falta de acción u omisión** ... Más difícil [es] la valoración de su comportamiento cuando existe una verdadera acción u omisión ... en los llamados momentos interparoxísticos, pues la repetición de estas crisis va deteriorando el cerebro y puede llegar incluso a producir una verdadera **demencia con exclusión total de la responsabilidad criminal**».

Tema IV

Omisiones en Derecho Penal

1. Concepto de omisión

– No adopción de una determinada acción posible y debida.

– Infracción de un deber *jurídico* de actuar (no mero deber moral).

– No es *pasividad*: cabe omitir una acción y realizar otra en su lugar.

2. Clases de omisión en el CP

2.1. *Omisiones puras*: Infracción de *deberes cívicos* ***generales*** de evitar un determinado daño o riesgo a los bienes jurídicos más importantes: arts. 195.1-2, 450, 618.1, 619 CP.

- No equivalen a la comisión del delito de resultado:
  - ✓ no se imputa el resultado a la omisión (delitos *de mera inactividad*)
  - ✓ su pena es muy baja, mucho menor que la del delito de resultado.

2.2. *Omisiones puras de garante* (o ***de gravedad intermedia***, o ***delitos de omisión y resultado***): arts. 189.5, 195.3, 196. Infracción de *deber* ***especial*** de evitar un resultado.

- No equivalen a la comisión del delito de resultado:
  - ✓ no se imputa el resultado a la omisión (delitos *de mera inactividad*)
  - ✓ pena menor que la del delito de resultado (pero mayor que la de las omisiones puras).

2.3. *Comisión por omisión* de un delito de resultado («omisión impropia», art. 11 CP):

- Comisión de un delito de resultado mediante una omisión. Supone la infracción de un *deber* ***especial*** del autor.
- Se imputa el resultado al omitente igual que si lo hubiese causado por acción.

3. Delito de omisión pura: elementos

3.1. Situación típica

– Es la situación que la ley establece como presupuesto del deber de actuar. Ej.: desamparo con peligro manifiesto y grave (195), próxima comisión de un determinado delito (450)…

3.2. Ausencia de una acción debida:

Socorrer (195), impedir o avisar a la autoridad para que lo impida (450)…

3.3. Capacidad de realización de la acción: «cuando pudiera hacerlo» (195), «pudiendo hacerlo» (450). A veces, implícita (618.1, 619).

* Suele añadirse una ***cláusula de exigibilidad*** («sin riesgo propio ni de tercero»), a veces implícita (618.1 CP). Excluye la *tipicidad* (opinión minoritaria: excluye la *culpabilidad*).

3.5. ¿Cabe la tentativa?

– La tentativa *idónea* es teóricamente imaginable pero muy difícil en la práctica.

– Cabe tentativa *inidónea* por ausencia de objeto (creer que alguien necesita auxilio cuando en realidad está muerto; se discute si estos casos deben penarse como tentativa o consumación).

4. Comisión por omisión: elementos

4.1. Situación típica.

4.2. Ausencia de la acción debida.

4.3. Capacidad de realizarla:

• Incluye ***capacidad de evitar el resultado***.

4.4. Posición de garante:

• en sentido formal: fuentes del deber (ley / contrato / injerencia).

• en sentido material: equivalencia a la *causación en sentido del texto de la ley.*

4.5. Imputación objetiva del resultado (en el delito consumado).

4.6. En concreto: POSICIÓN DE GARANTE.

No cualquiera puede cometer un delito de resultado por omisión. Sólo aquél al que el Derecho ubica en una específica posición en la que debe evitar que tenga lugar el resultado. El art. 11 la contempla desde dos perspectivas distintas:

– Perspectiva *formal:* el *origen* del deber jurídico de evitar ha de hallarse.
  - ✓ en la *Ley*: se interpreta como referida al *ordenamiento* en su conjunto,
  - ✓ en un *contrato:* como *acuerdo natural de voluntades*,
  - ✓ o en la *injerencia* (conducta precedente peligrosa).

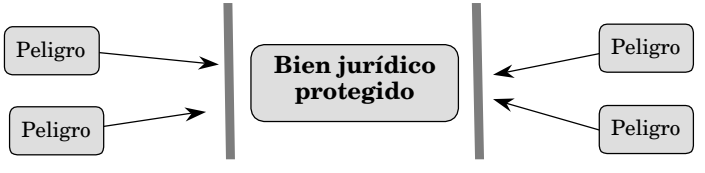
  Con esta perspectiva formal no basta: hay muchas «omisiones *de gravedad intermedia»* en los que se infringe un deber especial derivado de ley, contrato o injerencia, pero que no son *comisión por omisión*. Se debe añadir la **perspectiva material**.
– Perspectiva *material*. dominio sobre un *foco de peligro* o sobre la *protección de un bien jurídico*. Responden por el resultado:
  - ✓ El que permite que un foco de peligro sito en su ámbito de dominio lo produzca.
  - ✓ El que está a cargo de la protección de un bien jurídico y permite que se dañe.

A) **Función de control de un foco de peligro:** El derecho nos reconoce un *ámbito de dominio* que gestionamos en exclusiva (coche, animales, casa, fábrica), y estamos obligados a mantener sus peligros controlados. Si no lo hacemos y surge daño para un bien jurídico ajeno, será igual que si lo hubiésemos causado activamente.



B) **Función de protección de un bien jurídico:** El garante está al cargo de la protección de un bien jurídico ante posibles ataques externos (padres e hijos, depositarios y la cosa depositada…)

Quien cumple su función de control del foco de peligro o de protección de un bien jurídico actúa como *barrera de contención* de los peligros. Si la incumple, es como si *levantara* activamente la barrera.



El art. 11 CP obliga a determinar el *origen* y el *contenido material* del deber de garante.

		FUNCIÓN DEL GARANTE	
		Control de un foco de peligro	**Protección de un bien jurídico**
ORIGEN DEL DEBER	**Ley**	Deberes del propietario de perro peligroso, del responsable de una obra…	Padres frente a los hijos
	Contrato	Empresa de recogida de residuos tóxicos	Depositario, *babysitter*, médico, funcionario penitenciario, etc.
	Injerencia	Encender un fuego, usar maquinaria, sustancias o instalaciones peligrosas (deber de *asegurar* los riesgos que emanan de ellas).	Secuestrar a una persona; robar coche con niño pequeño dentro (deber de protegerlo).

4.7. ¿Cabe la tentativa? Sí, pero los supuestos son escasos (la comisión por omisión casi siempre se da en casos de imprudente). Ejemplo de tentativa de homicidio doloso por omisión: una madre deja a sus dos hijos (6 y 18 meses respectivamente) encerrados en casa sin alimento y se va de la ciudad. Días después los vecinos oyen el llanto del mayor y avisan a la policía. El bebé ha muerto y el hijo mayor sufre graves daños corporales. La madre es detenida en otra ciudad. Respecto del hijo mayor hay tentativa de homicidio.

4.8. La jurisprudencia española sobre omisión tras injerencia.

La jurisprudencia española es pacífica en esta materia:

- ✓ La sucesión **activación de foco de peligro + omitir controlarlo, de modo que cause un resultado típico** se pena como ***comisión por omisión del delito de resultado en cuestión*** (homicidio por omisión, lesiones por omisión, etc.).
- ✓ La sucesión **accidente** imprudente **+ omisión de salvamento** se pena como: *homicidio imprudente*[1] + *omisión de socorro a la víctima* (195.3, 2º pfo.).

[1] Si la víctima no llega a fallecer sólo lesiones imprudentes. Si el accidente es fortuito se aplica sólo el art. 195.3, I CP, que tiene una pena *muy inferior*.

4.8.1. *Comisión por omisión e injerencia.*

La jurisprudencia española ha tratado multitud de casos en los que el sujeto, por una *conducta previa peligrosa* («injerencia») activa o desestabiliza un foco de peligro por el que pasa a ser responsable (igual que responde por lo que haga *su cuerpo*); si no lo controla debidamente y ese foco causa un daño, responderá por el daño como si lo hubiese causado activamente. Veamos unos cuantos ejemplos:

RESOLUCIÓN	Conducta peligrosa: CREAR O DESCONTROLAR UN FOCO DE PELIGRO	Omisión: NO CONTROLAR EL FOCO DE PELIGRO PARA QUE NO DAÑE	Consecuencia: ACAECIMIENTO DEL RESULTADO
– SAP, Salamanca, Sec. 1ª, 63/2006, 26-05. – SAP, Sevilla, Sec. 1ª, 254/2002, 05-06 – SAP, Las Palmas, Sec. 2ª, 419/2006, 17-11.	Dejar obstáculos en la calzada (grava, un montón de arena, objetos grandes, un vehículo inmovilizado…).	No señalizar el peligro en ese carril.	Accidente: lesiones[2], muerte.
– STS 25-09-1970	Encender un fuego.	No apagarlo.	Incendio.
– SAP, Córdoba, Sec. 2ª, 80/2000, 24-07. – SAP Barcelona, Sec. 2ª, 974/2002, 04-11.	Abrir una zanja para hacer obras.	No fortificar la zanja para la contención de las tierras.	Desprendimiento que sepulta y mata a unos obreros.
– STS 3-5-1980.	Cargar en un camión una gran pieza de hormigón.	No fijarla debidamente para que no resbale y caiga.	La carga cae, matando a una persona.
– SAP, Vizcaya, Sec. 2ª, 934/2002, 21-11.	Abrir puertas del hueco del ascensor para hacer reparación.	No bloquearlas ni señalizar que el ascensor está fuera de servicio para evitar.	Visitante muere al caer al vacío intentando entrar en el ascensor
– SAP, Valencia, Sec. 2ª, 222/2002, 9-05. – SAP, León, Sec. 2ª, 39/1998, 04-05.	Abrir una zanja en la calle.	No vallarla ni señalizarla.	Un transeúnte cae y se produce lesiones.

[2] En el concreto caso de la SAP, Salamanca, Sec. 1ª, 25/05/2006 no se condenó, por estimar el Tribunal que, dadas las circunstancias del accidente, la señalización no habría podido evitarlo.

4.8.2. *La omisión de socorro tras accidente no es comisión por omisión.*

Distintos son los casos de **atropello y huida**. En ellos nos encontramos con un *accidente* y con una posterior *omisión de auxilio*. Esa omisión de auxilio *no es la que produce el daño*: en el momento de omitir, el sujeto no está gestionando ningún foco de peligro que dañe a otro.

No obstante, una línea minoritaria (HUERTA TOCILDO, MUÑOZ CONDE…) sugiere que estos supuestos deben tratarse como *homicidios dolosos cometidos por omisión* (el accidente convertiría al sujeto en «garante», y su omisión posterior es dolosa).

La jurisprudencia española es absolutamente clara en este punto: ***nunca* se tratan los casos de «atropello y huida» como comisión por omisión de un homicidio doloso[3], sino como homicidio imprudente en concurso real con un delito de omisión de socorro a la víctima del accidente**. La pena de prisión máxima que se puede alcanzar es de 8 años (la pena de prisión prevista por el art. 142 CP es de 1 a 4 años; la del 195.3, de 6 meses a 4 años), muy lejos del máximo de 15 años del homicidio doloso[4].

A título meramente ejemplificativo, cabe citar las siguientes sentencias:

- STS 1304/2004, 11-11.
- STS 42/2000, 19-01.
- STS 2376/1993, 25-10.
- STS 1293/1992, 08-06.
- Y la abundante y pacífica jurisprudencia de las AAPP (son delitos que rara vez llegan al TS); un ejemplo reciente y conocido es el llamado caso «Farruquito»: SAP, Sevilla, Sec. 7ª, 04/09/2006, 04-09.

4.8.3. *¿Excepciones?*

Pero pese a lo dicho, algunos casos de atropello y omisión de auxilio podrán ser constitutivos de comisión por omisión **si concurren circunstancias adicionales que nos permitan decir que el omitente, en el momento de la omisión, estaba gestionando la protección de la víctima**. Así ocurrió, p. ej., en la muy interesante y ya clásica STS 21/12/1977, cuyos hechos probados, resumidamente, son los siguientes:

---

[3] Sólo ha habido dos SSTS aisladas (23/03/1988 y 28/05/1990) que comentaron en *obiter dicta* que estos casos debían tratarse como homicidio doloso por omisión si la víctima finalmente muere; y, si no, como omisión de socorro agravada (pero como la víctima en estos dos casos había sobrevivido, no lo aplicaron).

[4] La confusión de la citada línea minoritaria se debe a una errónea importación de la doctrina alemana, que trata estos supuestos como casos de comisión por omisión dolosa, ignorando que los sistemas español y alemán son muy distintos.

- En el CP alemán, la comisión por omisión puede penarse de dos modos: el *general* (§ 13.I) y el *atenuado* (§ 13.II). El régimen *atenuado* se aplica a omisiones que *no son tan graves* como la comisión activa (p. ej., los casos de *omisión de socorro tras accidente*).
- En España, para sancionar esas omisiones «menos graves que el delito activo» no aplicamos una «comisión por omisión atenuada» (que no existe en nuestro CP), sino un sistema de «omisiones puras agravadas» como la del art. 195.3 CP (que establecen una pena similar a la de la *comisión por omisión atenuada* alemana).

– *Un conductor arrolla y lesiona a una niña, dejándola sobre la calzada con heridas que hubiesen podido curarse de haberla llevado a un hospital.*
– *Horas después, el conductor vuelve al lugar del accidente y recoge a la niña inconsciente, llevándosela a un garaje, donde la tuvo tirada en el suelo, sólo abrigada con papeles y plásticos, durante diez días.*
– *Las heridas sufridas, junto con una neumonía, mataron a la niña.*

Aquí el Tribunal Supremo acertadamente consideró que la *conducta precedente peligrosa* que fundamenta la responsabilidad del omitente en comisión por omisión no es el *atropello*, sino el *secuestro* de la niña, que supone *sustraerla al posible auxilio de otros*. El sujeto, al raptar a la niña, pasa a gestionar su protección; e, igual que cualquier otro secuestrador, si omite evitar su muerte, responderá por ella en comisión por omisión: ver, p. ej., SAN 38/1998, Sec. 1ª, 29-06, caso *Ortega Lara*).

Tema V

La relación de causalidad

1. Ubicación en la estructura del delito

Elemento del tipo objetivo de las infracciones de resultado. La relación de causalidad constituye un presupuesto necesario para el establecimiento de una posterior imputación objetiva.

- ✓ **STS 37/2006, 25-01**: «*En general es posible afirmar que sin causalidad (en el sentido de una Ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro. Por tanto, lo primero que debe ser comprobado, antes de imputar un determinado resultado a una acción agresiva es si ésta es idónea, en virtud de una Ley natural científica, para producirlo*».
- ✓ **STS 2207/1993, 13-10**: «*La afirmación, pues, de que una acción ha causado un resultado, no es más que un presupuesto, a partir del cual hay que precisar si esa causación del resultado es objetivamente imputable a la acción causal del sujeto. El juicio de imputación objetiva exige, pues, dos elementos: la existencia de relación de causalidad natural entre acción y resultado y que el resultado sea expresión del riesgo creado y el fin de protección de la norma*»

2. Contenido y función

2.1. Se trata de un nexo o unión entre la acción y el resultado, que tiene por objeto acreditar desde un punto de vista científico (de las Leyes de la naturaleza), que el resultado ha sido producido por la acción del sujeto, como primer paso para su futura imputación objetiva.

2.2. En los delitos omisivos de resultado (omisión impropia), la causalidad es solamente *hipotética* (la omisión es causal del resultado cuando un hipotético comportamiento activo del sujeto habría evitado aquél), ya que en sentido científico-naturalístico las omisiones no tienen valor causal, pues carecen

de capacidad para modificar el mundo exterior. Por eso sólo se puede decir que la omisión del sujeto hipotéticamente ha causado (no evitado) el resultado.

✓ **STS 37/2006, 25-01**: «*En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad.*»

3. Determinación de la relación de causalidad

Es causal de un resultado toda acción que aparece unida a él según las leyes científicas de la naturaleza («*causalidad natural*»).

3.1. «***Teoría de la equivalencia de las condiciones***» o «***conditio sine qua non***».

✓ Para su determinación concreta, se viene empleando la «***teoría de la equivalencia de las condiciones***» o «*conditio sine qua non*», tradicionalmente seguida por el Tribunal Supremo, según la cual se considera causa de un resultado toda conducta (condición) que suprimida mentalmente lo haría desaparecer. Si eliminada hipotéticamente una acción, el resultado se habría dejado de producir, entonces se puede afirmar que esa conducta ha sido causa del resultado. Y todas esas causas, en tanto que cada una de ellas habría eliminado el resultado de no haber existido, presentan el mismo valor causal (son equivalentes).

❑ **STS 1869/2002, 18-11**: «*la causalidad se debe entender según la teoría de la "conditio sine qua non", es decir, que todas las condiciones del resultado tienen idéntico valor causal, siempre y cuando éste puede ser demostrado por una ley causal natural.*»

✓ Sin embargo, la «*teoría de la equivalencia de las condiciones*» no es capaz de solucionar diversos **problemas**.

– Por una parte, si se considera causal toda condición que suprimida mentalmente haría desaparecer el resultado, ello obligaría a otorgar valor causal a las causas de las causas, pues sin las primeras tampoco se habrían dado las segundas ni, en consecuencia, el resultado final (por ejemplo, si el asesino nunca hubiere sido concebido, no habría matado a nadie). Ello daría lugar a una especie de *regreso al infinito* («*la causa de la causa, es causa del mal causado*») que conduciría a consecuencias absurdas pues se considerarían causales, circunstancias totalmente alejadas del hecho criminal.

– Por otra parte, si sólo son causas aquellas condiciones de un resultado sin las cuales éste no hubiera acontecido, en la hipótesis contraria, esto es, cuando suprimida la conducta el resultado se habría producido igualmente (por ejemplo, dos disparos de dos sujetos cada uno de los cuales era necesariamente mortal), habría que negar la causalidad con base en esta teoría, y, sin embargo, es evidente el carácter causal (concausal) de cada uno de los disparos, desde el punto de vista científico-natural.

❑ **STS 813/1995, 26-06**: «*Al menos desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 enero 1984, en la que se sostuvo que al lado de una "causalidad puramente material" cabe pensar en una "causalidad jurídica", la jurisprudencia ha aceptado cada vez con mayor intensidad y precisión que el nexo causal material no puede constituir el fundamento único de la atribución de un resultado típico a una acción. Por el contrario, ya en este nivel de análisis de la imputación es preciso introducir correctivos normativos que permiten eliminar aquellos nexos causales (en el sentido de la teoría de la "conditio sine qua non" o teoría de la condición) que resultan ajenos al tipo penal. En tal sentido, se ha sostenido que un nexo causal establecido sobre la base de la teoría de la condición sólo será típico cuando el resultado sea la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado creado por la acción*».

3.2. «***Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación de las condiciones***».

✓ Los evidentes problemas que presenta la «*teoría de la equivalencia de las condiciones*» han motivado que se haya recurrido a criterios de restricción para evitar los efectos absurdos del regreso al infinito, habiendo surgido variantes como la «***teoría de la causalidad relevante***» o la «***teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación de las condiciones***», entre otras.

✓ Con estas teorías, se trata de afirmar que no toda condición de un resultado que suprimida mentalmente haría desaparecer el mismo, es causa de aquél, sino que sólo tendrán valor causal aquellas condiciones que, además, sean «*adecuadas*» para producirlo.

✓ En la consideración de una conducta como causa del resultado, se introducen así juicios normativos ajenos a las leyes científicas de la naturaleza. La determinación de cuándo una causa es adecuada para producir un resultado se basa en criterios jurídicos como la previsibilidad objetiva o la diligencia debida. En este sentido, se podría decir, por ejemplo, que una conducta es adecuada para producir el resultado (es causa), cuando según las leyes de la experiencia es *objetivamente previsible* que lo produzca, o que si un conductor que circula *diligentemente* atropella a un peatón que cruzaba indebidamente, el atropello no es una causa *jurídicamente relevante* de la muerte.

❑ **SAP Rioja, Sec. 1ª, 44/2006, 15-05**: «*La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad*

conforme a los conocimientos normalmente aceptados, y debiendo valorarse, en cada caso concreto, si el acto antecedente que se valora como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, siendo además precisa una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.»

✓ Obsérvese, cómo al recurrirse a criterios normativos o jurídicos para delimitar la amplitud (regreso al infinito) que derivaría de una estricta aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, se está desplazando la constatación de la causalidad con juicios que son ajenos a su propia naturaleza científica. En el anterior ejemplo, es innegable desde el punto de vista científico-natural, que la causa de la muerte del peatón es el atropello, sin que esa causalidad «natural» se vea afectada porque el conductor no sea jurídicamente responsable ni se le pueda imputar penalmente aquélla.

✓ En consecuencia, estas teorías restrictivas de la causalidad no son auténticas teorías causales, sino que su función es restringir la imputación de un resultado a una determinada causa. En este sentido, en realidad son teorías de la imputación objetiva, siendo en este último ámbito en el que deben ser enmarcadas.

4. SUPUESTOS CONCRETOS

4.1. «***Cursos causales complejos***».

a) SUPUESTO. Se caracterizan porque en ellos concurren varias causas, de modo que, junto a la causa principal a analizar, pueden concurrir otras causas anteriores, simultáneas o posteriores respecto de aquélla.

❑ **Ej.:** La herida fue mortal porque el sujeto tenía una enfermedad anterior desconocida por el autor de la puñalada; el médico que opera al herido incurre en negligencia que también contribuye a la muerte.

b) SOLUCIÓN: En tales casos, la jurisprudencia ha venido afirmando la relación de causalidad cuando las otras causas son anteriores o simultáneas, rompiendo únicamente el nexo causal cuando la otra causa es posterior (sobrevenida) y resulta ajena, extraña e imprevisible para el sujeto (p. ej., la ambulancia que se lleva al herido sufre un accidente que también contribuye a la muerte de la víctima). Nótese cómo, una vez más, se emplean criterios normativos (previsibilidad) ajenos a la causalidad natural, por lo que la referencia al mantenimiento o ruptura del «nexo-causal», en realidad, lo es, a la afirmación o negación de la imputación objetiva del resultado a la conducta.

- **STS 2207/1993, 13-10**: «*Entre los... cursos causales complejos, en los que tiene lugar una acumulación de causas, pues junto a una causa inmediata pueden concurrir causas precedentes o preexistentes —lesiones orgánicas anteriores, debilidad física constitucional— concomitante o simultáneas —infección tetánica, colapso cardíaco— y sobrevenidas, sólo estas últimas excluyen la causalidad, si se originan por un accidente extraño, que no tiene relación con el hecho cometido por el agente. Esto suele acontecer cuando a la causa inicial se le añade una acción u omisión ilícita, ya sea dolosa o imprudente de otra persona o de la propia víctima.*».
- **STS 13-11-1991**; «*El motivo plantea el siempre interesante problema de la ruptura del nexo causal. En este punto, ya se atienda a la doctrina de la equivalencia de condiciones, versión seguida de antiguo por la jurisprudencia al afiliarse al viejo axioma del causa causae, ya se hable con terminología moderna de imputación objetiva que, además de la causa que en sentido científico se identifica con la conditio, se exige la adecuación y relevancia de dicha causa en el orden jurídico-penal, el tema más concreto de la interrupción del nexo causal se gobierna en todo caso por el poderío etiológico de las condiciones preexistentes, concomitantes o sobrevenidas al suceso, de tal modo que las primeras son irrelevantes para el curso causal, destacando entre ellas la condición patológica de la víctima; como son también irrelevantes las condiciones que, si bien coetáneas a la acción, están ligadas en su eficacia a otras anteriores como la embriaguez o drogodependencia del herido, como tampoco pueden considerarse "extrañas" a la acción las condiciones estrictamente concomitantes, entre ellas y como destacada la ausencia de facultativos que puedan auxiliar a la víctima con prontitud. En fin, las condiciones sobrevenidas, las de mayor dificultad, no romperán el nexo causal, ni podrán considerarse accidente extraño, según la mayor o menor dependencia con el hecho imputado. Se trata de aquellas lesiones calificadas de mortales per accidens, es decir por falta de cuidado y auxilio facultativo originario de esa letalidad, porque si la lesión era en sí misma mortal (lethalitas vulneris) prevalecerá como causa*»
- **STS 600/1997, 30-04**: **Cursos causales complejos con causa anterior:** «*la causa mediata del óbito fue la cirrosis hepática terminal que la víctima padecía, desconocida que era de todos, mas lo que no cabe duda es, primero que la mujer, como consecuencia de la brutal paliza, se encontraba en un estado lamentable, con múltiples señales de violencia, arrojando sangre por la boca, todo lo cual era sabido y conocido por el acusado, segundo que la paliza propició la rotura de varices esofágicas que naturalmente no se hubiera producido si no hubiera sido además por la enfermedad antes dicha, y tercero que ante esa situación crítica el acusado permaneció durante el resto de la noche impasible. No se trata de regresar a la rigurosidad de la causalidad material más estricta, pero sí sostener la previsión lógica que en la mente del agente debieron ocasionar los hechos por él realizados. Téngase en cuenta que la influencia perturbadora en la relación causal de accidentes extraños se ha concebido por lo común con un carácter más bien restrictivo.*»

4.2. «***Cursos causales parciales***».

a) SUPUESTO. Se dan cuando la suma de la acción conjunta de varias personas produce el resultado, pero sin que cada una de ellas por separado hubiese sido suficiente para provocarlo.

- ❑ **Ej.:** Dos personas vierten en la bebida de la víctima dosis de veneno que, aisladamente consideradas, son insuficientes para matar, pero cuya suma resulta letal.

b) SOLUCIÓN: Desde el punto de vista científico-natural, es evidente que ambas conductas son con-causales del resultado (la causalidad es «*parcial*»). Así, desde la óptica de la teoría de la equivalencia de las condiciones habría que afirmar la causalidad, ya que eliminada mentalmente una de las dosis de veneno, no se habría producido la muerte por la sola acción de la otra dosis. Por ello, la causalidad, aunque parcial, existe, sin que esto no deba significar aún que el resultado deba ser imputable a los dos sujetos, pues ello, que ya no es una cuestión de causalidad, dependerá de otros criterios como si existió o no acuerdo entre ambos sujetos, debiendo imputarse el resultado a ambos en el primer caso (existió acuerdo), y negarse en el segundo (no existió acuerdo) apreciando entonces el delito en grado de tentativa.

4.3. «*Cursos causales hipotéticos*».

a) SUPUESTO: Se dan cuando el resultado se habría producido igualmente con una alta probabilidad rayana en la certeza aunque el sujeto no hubiere realizado la conducta que lo causó.

- ❑ **Ej.:** El médico administra por error un medicamento perjudicial para el paciente, pero éste habría muerto igual de haberle suministrado el adecuado, o el conductor que circula a una velocidad excesiva atropellando a un ciclista ebrio de modo que el atropello se habría producido igual de haber circulado a la velocidad correcta.

b) SOLUCIÓN: En tal caso, la relación de causalidad según las leyes de la naturaleza determinan que la causa científica de la muerte son las heridas fruto del atropello, por lo que existe relación de causalidad. Otra cosa será, nuevamente, que el resultado muerte no se deba imputar objetivamente a esa causa, porque la misma no se ha producido como manifestación del riesgo creado por el sujeto.

4.4. «*Cursos causales irregulares*».

a) SUPUESTO: Se dan cuando el sujeto, mediante un comportamiento lícito, coloca a la víctima en una situación deliberada de riesgo con la esperanza de que se produzca el resultado fatal, que efectivamente acaece.

- ❑ **Ej.:** Se envía a alguien al bosque durante una tormenta con la intención de que le caiga un rayo.

b) SOLUCIÓN: En tales casos, la teoría de la equivalencia de las condiciones afirmaría la relación de causalidad, si bien el carácter lícito (criterio normativo) del riesgo creado, debería conducir a negar la imputación del resultado.

Tema VI

La imputación objetiva

1. Punto de partida

1.1. *Pretensión fundamental.* La teoría de la imputación objetiva pretende resolver la misma problemática que abordaron los modelos de la relación de causalidad: establecer en el plano objetivo los criterios de determinación que permiten afirmar que un concreto resultado se le puede atribuir jurídicamente a la conducta típica de un sujeto.

1.2. *Ejemplos.* Partiendo en todos ellos de la hipótesis según la cual **A** tiene la intención de matar a **B,** se plantea ya la cuestión de si el resultado muerte de **B** es **objetivamente imputable** a la acción de **A, y puede ser considerado, por tanto, como resultado típico del delito de homicidio.**

1º. **A** en una noche de tormenta solicita a **B** que salga del refugio en el que ambos se encuentran para buscar leña, con la pretensión de que un rayo le alcance y mate a **B**, circunstancia que acontece.

2º. **A** regala un billete de avión a un tío suyo rico y soltero, **B,** con la intención de que el aparato se estrelle y así poder heredarle. En el aeroplano estalla una bomba, circunstancia desconocida por **A,** y mueren todos los pasajeros, incluido **B**.

3º. **A** dispara con ánimo de matar a **B**, pero yerra y la bala se incrusta en la mano de la víctima. **B** es trasladado en ambulancia a un hospital para ser atendido, y en el camino el vehículo tiene un accidente en el que éste pierde la vida.

4º. **A** es un portero de una finca de viviendas donde habita en una de ellas, ubicada en el piso 14ª, **B**, enfermo del corazón. Sabedor **A** de esta circunstancia, coloca en el ascensor un cartel que reza «NO FUNCIONA». **B,** creyendo que el elevador realmente no funciona, sube andando hasta el piso 14, y ahí muere por el esfuerzo físico realizado a causa de un ataque cardíaco.

5º. **A** es una señora enferma que es cuidada por **B,** persona a la que odia profundamente. **A** come todos los días un pastel de postre del cual siempre deja un trocito que, también siempre, come **B** a escondidas en la cocina. **A,** consciente de ello, le prohíbe expresamente a **B** que goce del resto de su postre, advirtiéndole que de lo contrario le puede ocurrir una desgracia. **B** no hace caso a la advertencia de **A** y continúa con su costumbre de comerse la parte sobrante. Un día **A** envenena el resto que suele dejarse, y **B** muere al ingerirlo en la cocina.

1.3. *Deficiencias elementales de las teorías de la relación de causalidad.*

Las teorías de la relación de causalidad podían explicar la vinculación material entre la acción y el resultado desde un planteamiento físico-natural de las leyes científicas de causa-efecto, pero **desconociendo el ámbito de la atribución jurídica del**

resultado en el plano normativo y punitivo. En los cinco ejemplos mencionados, desde el plano causal, el resultado muerte de B es consecuencia de la acción de A. Pero desde el plano normativo-punitivo de la tipicidad del delito de homicidio, no en todos ellos el resultado de la muerte de B es atribuible jurídicamente a la conducta de A.

En los delitos de **comisión por omisión u omisión impropia**, no es posible establecer una relación causal entre la omisión y el resultado en el plano material. Dicho resultado sólo se puede imputar a la conducta omisiva desde una perspectiva jurídica.

2. Planteamiento fundamental

2.1. *Planteamiento común.* La teoría de la imputación objetiva tiene en común con las teorías de la relación de causalidad el cometido de establecer los criterios y requisitos que permiten afirmar, en el plano objetivo del tipo, la atribución de un resultado concreto a una determinada acción del autor.

2.2. *Diferencia esencial.* Las teorías de la causalidad determinan esa relación de imputación desde un **plano material**. Al igual que la teoría de la adecuación o la de la relevancia, la teoría de la imputación objetiva va más allá de la causalidad material, para establecer criterios de determinación de la **relevancia jurídica** de ese resultado que se le imputa al autor.

2.3. *Tesis fundamental.* Un determinado resultado será imputable objetivamente a la acción de un sujeto cuando dicho resultado constituya la concreta materialización de un peligro jurídicamente desaprobado que emana de esa acción dentro del ámbito del tipo.

3. Criterios de imputación

3.1. *Introducción.* La teoría de la imputación objetiva establece **una serie de criterios** (derivados de su tesis fundamental) que resuelven razonablemente aquellos supuestos más dudosos en atención a la posible atribución del resultado a la conducta del autor. Dichos criterios de imputación se expresan a través de determinados principios comúnmente aceptados.

1º. *Actividades de creación de un riesgo ilícito.* Según este principio, aquellos resultados lesivos que procedan de riesgos

concretos o potenciales originados por actividades humanas que sean conformes con el Ordenamiento Jurídico, no pueden ser imputados objetivamente al tipo correspondiente.

a) Riesgo permitido. No se imputarían los resultados lesivos a determinadas actividades peligrosas que están cubiertas por el Ordenamiento Jurídico. De este modo, las muertes producidas por el uso de armas de fuego no serían imputables a los fabricantes y distribuidores de las mismas. Tampoco, en el ámbito de la fabricación, distribución y venta de cigarrillos en relación con las muertes de los fumadores a causa de cáncer de pulmón. En el ámbito del tráfico rodado, no pueden imputarse las cifras de siniestralidad de cada año a los fabricantes de vehículos de motor o a los responsables de su regulación. También se negaría la imputación objetiva en los supuestos de invitar a un sujeto a que realice deportes o actividades de alto riesgo aceptados por el individuo.

b) Disminución del riesgo. Actividades peligrosas que disminuyen el peligro al bien jurídico, excluyen la imputación en el marco del tipo objetivo, como, por ejemplo, la intervención delicada y arriesgada del cirujano que cercena o destruye un miembro u órgano corporal, pero evita la muerte del paciente (se trataría de la inexistencia del tipo de lesiones y no de un estado de necesidad justificante).

c) Ausencia de riesgo. Aquellas acciones en las que se alcanza el resultado típico perseguido por el autor, sin que las mismas hayan creado un riesgo suficiente para el bien jurídico, tampoco le son imputables penalmente. En los caso de la tormenta (1.2.1º) y del billete de avión (1.2.2º), a pesar de producirse la muerte por deseo del autor, no habría responsabilidad penal puesto que la acción, considerada *ex ante,* no genera peligro alguno.

2º. *Materialización del riesgo en el resultado.* Para llevar a cabo la imputación objetiva del tipo, no es suficiente con el hecho de que la acción haya originado un peligro ilícito para el bien jurídico concreto. Es necesario, además, que dicho peligro sea absorbido por el específico resultado a tomar en consideración.

a) Autopuestas en peligro. Cuando la acción del agente genera un riesgo ilícito para el bien jurídico, pero el resultado lesivo no es producto de la materialización de dicho riesgo, sino que es consecuencia de la propia conducta de la víctima, se negará la imputación objetiva de ese resultado a la acción del agente. En el ejemplo del ascensor (1.2.4º), si partiésemos del presupuesto (más que discutible) de que la colocación del cartel a sabiendas de la enfermedad de sujeto pasivo genera un riesgo para su vida, habría que concluir que el ataque cardíaco no se puede atribuir a dicho comportamiento, sino a la conducta de la víctima que consciente de su enfermedad ascendió a pie hasta el piso en que moraba. El resultado muerte no absorbe el peligro y no se puede imputar objetivamente a la acción del portero. En el caso enjuiciado por la STS 270/2000, 26-02, en el que la víctima avisó al conductor del vehículo en que viajaba que se iba a lanzar del mismo en marcha (a causa del intento de robo intimidatorio del que estaba siendo objeto), las lesiones que se produjo por el salto contra el suelo no fueron atribuidas al agresor

porque el resultado fue consecuencia de la conducta de la víctima que arriesgó su integridad física para evitar el despojo patrimonial. Sin embargo, en otra resolución más reciente, STS de 6 mayo de 2009 (RJ 2009/3489), se imputó al agresor las lesiones que la víctima se causó al lanzarse por el balcón de un segundo piso para evitar que aquél atentase contra su libertad sexual.

b) *Ausencia de materialización del riesgo ilícito en el resultado.* Ciertas acciones peligrosas para el bien jurídico que terminan menoscabándolo como pretendía el autor, pero merced a un proceso causal irregular producto del azar o de circunstancias imprevisibles, determinan que dicho resultado no sea imputable objetivamente al tipo por no suponer una materialización de ese riesgo ilícito. En tal caso la conducta ilícita podrá ser calificada como tentativa. Tal es el caso del disparo y la muerte de la víctima que fallece por un accidente de la ambulancia en que viaja (1.2.3º), que será calificado como homicidio tentado. En cambio, en los casos en los que el resultado se produce por una actividad desarrollada por la propia víctima, pero que responden a un plan dirigido por el autor con ese fin y con una instrumentalización de ésta, tendrá que afirmarse la imputación objetiva por materializar el resultado el peligro de la acción del autor, tal y como sucede en el ejemplo del pastel envenenado (1.2.5º).

3º. *Fin de protección de la norma.* Se exige que los resultados que queden fuera del fin de tutela que pretende preservar la correspondiente norma jurídica, queden excluidos del ámbito objetivo de responsabilidad penal. Este principio, sin embargo, debe quedar en un segundo plano. Pues en última instancia se está expresando que los resultados objeto de análisis tienen que ser abarcados por el tipo en la interpretación de la correspondiente figura delictiva.

4. 0TRAS CONSIDERACIONES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

4.1. *Valoración del peligro ex ante.* La determinación del resultado a efectos de la imputación objetiva es siempre *ex post,* mientras que la valoración del peligro ilícito que emana de la acción se siempre *ex ante.* En el caso de billete de avión (1.2.2º), hay que determinar, con independencia del resultado acaecido, sí conseguir que alguien viaje en avión, por muy malas que sean las intenciones del sobrino, constituye un peligro para la vida de las personas. Considerada la cuestión *ex ante,* la estadística establece que las posibilidades de perder la vida en un vuelo de avión son mínimas, y el peligro, insignificante.

4.2. *El conocimiento del autor de la acción.* El conocimiento del autor de las circunstancias que estructuran el proceso causal es relevante para valorar objetivamente la gravedad del peligro. En el ejemplo del pastel envenenado (1.2.5º) hay imputación objetiva del resultado porque, pese a la advertencia, **A** sabe

que **B** usualmente toma el trozo restante, y este conocimiento guía el curso causal hacía el resultado. En el caso del billete de avión (1.2.2º) no hay imputación objetiva porque no hay peligro ilícito *ex ante* en la acción de **A**. Pero si el sobrino conociese que en el avión había una bomba, entonces ese conocimiento es el que genera el riesgo para la vida y el resultado constituiría su materialización.

4.3. *Reversibilidad de los criterios de imputación.* El que un supuesto pueda ser resuelto conforme a un criterio, no significa que excluya a los demás. Por el contrario, existen casos que se resuelven racionalmente recurriendo acumulativamente a varios principios.

1º. *Imputación objetiva en el tipo imprudente.* La generación del peligro en tales casos procede de la infracción de la norma de cuidado, y el resultado debe absorber éste y no otro riesgo. No hay imputación, por ejemplo, en el caso de que el conductor conduzca a excesiva velocidad y cause lesiones a un niño que aparece repentinamente en la calzada para recoger una pelota.

2º. *Imputación objetiva en el tipo omisivo.* La imputación objetiva del resultado sólo puede atribuirse en los delitos de comisión por omisión (no en los de omisión pura). El peligro tiene su origen en una omisión del sujeto que se halla en posición de garante, y el resultado debe absorber éste y no otro riesgo. Aquí no se exige como presupuesto previo, porque no puede existir, una relación de causalidad naturalística, sino la posibilidad de que el resultado hubiera podido ser evitado por el garante.

5. La teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

5.1. *Punto de partida.* También el TS requiere la concurrencia de dos planos: el plano material y lógico-científico, que se determina con arreglo a la relación de causalidad (de acuerdo con la teoría de la equivalencia de condiciones); y el plano de la relevancia jurídica del resultado, que se resuelve actualmente con arreglo a las tesis de la imputación objetiva, y que originalmente partían de la teoría de la relevancia. SSTS de 12/01/1993, 813/1995, 26-06, 1311/1997, 28-10, 1256/1999, 17-09, 1611/2000, 19-10 y 448/2003, 28-03, entre otras.

5.2. *Evolución de la Jurisprudencia del TS.* Las primeras resoluciones que recurren a la teoría de la imputación objetiva, además de los criterios actuales, han incluido tradicionalmente la misma teoría de la adecuación (correctora de la tesis de la equivalencia de condiciones) como otro de los principios de imputación, tomando en consideración un juicio de previsibilidad o probabilidad de producción del resultado. SSTS de 20/05/1981, 5/04/1983, 01/07/1991 y 1611/2000, 19-10, entre otras.

5.3. *Criterios de imputación.* En la actual Jurisprudencia del TS, los criterios de imputación utilizados son, según establecen, entre otras, las SSTS 1066/2005, 26-09, 574/2007, 30-05, 771/2008, 26-11, 908/2008, 22-12:

1º. La acción del autor debe originar la creación de un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.

2º. El resultado constituye la materialización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción del autor.

3º. El resultado debe ser abarcado por el fin de protección de la norma para que sea imputable objetivamente a la acción del sujeto. Este criterio ha sido citado expresamente por la primera jurisprudencia sobre la materia, como las SSTS de 20/05/1981 y 5/04/1983, y por alguna otra resolución más aislada, entre las que destacan las SSTS de 29/01/1993, 844/1999, 29-05, 122/2002, 01-02 y 1671/2002, 16-10.

5.4. *Imputación objetiva y dolo.* Una línea jurisprudencial utiliza confusamente la teoría de la imputación objetiva para definir el ámbito del dolo directo y del dolo eventual. Así, entre otras, SSTS de 23/04/1992, 194/1998, 10-02, 634/2005, 17-05 y 574/2007, 30-05.

Tema VII

El dolo penal

1. Concepto y contenido

1.1. Ausencia de definición legal[1].

1.2. Referencias legales:

- ✓ positivas, principio de «culpabilidad», art. 5 CP; definición de delito o falta, art. 10 CP; en algunos delitos en particular, mediante referencias cognitivas o volitivas, parciales o totales de la conducta (art. 217 CP: *«a sabiendas»* de que subsiste el matrimonio anterior; art. 261 CP: *«a sabiendas»* presentare datos falsos; también: arts. 298, 301, 320, 322, 404, 405 —injusticia; ilegalidad—, 393, 413, 415, 446 y 612 CP; art. 456 CP: *«con conocimiento»* [o temerario desprecio hacia la verdad] de la falsedad de los hechos que se denuncian; art. 277 CP: *«intencionadamente»* haya divulgado la invención; art.408 CP: *«intencionadamente»* dejare de promover la persecución de los delitos; también: arts. 471 bis.1, 625 CP; art. 463 CP: *«voluntariamente»* dejare de comparecer sin justa causa);
- ✓ negativas, regulación del error de tipo, art. 14.1 CP: castigo, en su caso, como imprudente, del delito cometido concurriendo un *error* vencible; regulación de la tentativa de delito, art. 16 CP, *sensu contrario*: producción del resultado por causas «dependientes de la *voluntad* del autor» (i), eficacia del desistimiento como «evitación *voluntaria* de la consumación del delito» (ii).

---

[1] Por excepción, el art. 30 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:
«Artículo 30.– Elemento de intencionalidad
(…)
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. A los efectos del presente artículo, por «conocimiento» se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el mismo sentido».

1.3. Doctrina mayoritaria: concepto de *dolo* —neutro— que integra elementos cognitivos (conocer) + volitivos (querer), referidos a los *«hechos constitutivos de la infracción penal»*. Identificación de estos últimos con «todos los elementos objetivos del tipo».

Excepcionalmente abarca elementos objetivos extratípicos: circunstancias modificativas de la responsabilidad vinculadas a *«la ejecución material del hecho o los medios empleados para realizarla»*. Distinción, en su caso, de los restantes «elementos subjetivos del injusto» (tendencia interna trascendente; tendencia interna intensificada, etc…)

1.4. Doctrinas minoritarias:

- ✓ (i) por el concepto: limitación del alcance al efectivo conocimiento de los elementos materiales del tipo y exclusión de la exigencia de una *voluntad* «añadida» de realizar los mismos;
- ✓ (ii) por el contenido:
  - ❑ ampliación del objeto, también al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta: —*dolus malus*—;
  - ❑ ampliación del objeto, al conocimiento de los presupuestos objetivos de las causas de justificación: «teoría de los elementos negativos del tipo (total de injusto)»: —*dolo objetivamente malo*—.

1.5. DEFINICIÓN mayoritaria usual: *«Conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo»* (STS 683/2006, 26-06). Materialmente, también *«decisión en contra del bien jurídico»*, actuación con *«correcta aprehensión de la situación típica»* o *«consciente creación de un riesgo típicamente relevante»*. En ocasiones, tratándose de distinguir la autoría de la participación se identifica con el «plan» (del autor).

2. Posición sistemática

2.1. Doctrina mayoritaria: en el tipo de lo injusto (del delito doloso), por ser elemento subjetivo esencial del mismo; materialmente, supone el mayor grado de desvalor de la acción, es decir, un grado de injusto más elevado en comparación con la realización del hecho por imprudencia (STS 907/2001, 22-05).

2.2. Doctrina en recesión: en la culpabilidad como su «forma» más grave, implicando por ello un reproche mayor (a la forma imprudente de realización del hecho).

2.3. Doctrina minoritaria: doble posición del dolo, como objeto de valoración —elemento subjetivo del injusto que determina el mayor desvalor de acción de los delitos dolosos— y desvaloración del objeto —mayor reproche por el actuar *voluntario* (en contra del bien jurídico; en contra de lo dispuesto por el Ordenamiento Jurídico)—.

3. Naturaleza. Elementos cognoscitivo y/o volitivo

3.1. Teorías psicológicas *versus* teorías normativas: dolo como «realidad natural» de carácter psicológico (i) o como «categoría jurídica» de carácter normativo (ii). Respectivamente, necesidad o no de acreditación de esa realidad en el proceso: «prueba del dolo» frente a «imputación (adscripción) al dolo». La prueba de indicios; presunción de dolo. Teorías mixtas. Consideración negativa del dolo como *aquello que no puede ser calificado como una mera falta de diligencia* (hecho involuntario).

3.2. Principio de simultaneidad: el dolo debe concurrir en el momento inmediatamente anterior a la realización de la conducta (STS 1527/2003, 17-11): *non dolus antecedens, non dolus subsequens*; por excepción, doctrina de la *actio libera in causa*.

❑ **Ej. dolo antecedente:**

T deja su escopeta preparada para matar al día siguiente a F. Por la noche la escopeta se cae, justo en el momento en que F pasaba por delante, disparándose y alcanzándole mortalmente. T no actúa con dolo respecto de la muerte de F.

❑ **Ej. dolo subsiguiente:**

T dispara con su escopeta sobre un nido sin que pudiera advertir que detrás del mismo se encontraba F, a quien alcanza el disparo y fallece. T comprueba lo ocurrido y se alegra; incluso se dice, «de haberlo sabido también habría disparado». T no actúa con dolo respecto de la muerte de F.

3.3. Exigencia de un «dolo unitario» en el delito continuado.

3.4. Elementos. Teorías monistas (sólo voluntad; sólo conocimiento) y teorías dualistas (conocimiento + voluntad).

A) Conocimiento (STS 1516/2005, 21-01)

✓ requisito previo a la voluntad: no es necesario un conocimiento reflexivo, basta el mero reconocimiento de la concurrencia de elementos objetivos del tipo. Cuando se trata de elementos normativos o valorativos, y no meramente descriptivos, se utilizan diversas fórmulas: conocimiento *«aproximado», «paralelo en la esfera del profano», «en sentido social»* o *«de su significado material auténtico»* (STS 32/2001, 16-01).

- ✓ respecto de algunos elementos típicos —relativos al lugar de ejecución o a las características del sujeto activo o pasivo— basta con la *paraconsciencia*, entendida como la permanente capacidad de actualización en la consciencia de un saber o conocimiento adquirido previamente por el sujeto activo (STS —sala 5ª— de 23 de Marzo de 1993).
- ✓ en los delitos de resultado, el conocimiento debe abarcar los rasgos esenciales de la relación causal con la acción; división en la doctrina al respecto de si el conocimiento debe abarcar el resultado mismo (i) o basta el conocimiento acerca del riesgo de que se produzca (ii).
- ✓ art. 14.1 CP, determina los supuestos y efectos de la ausencia de conocimiento por concurrencia de un error de tipo (error, vencible o invencible, sobre la concurrencia de alguno de los elementos objetivos del tipo).

B) Voluntad (STS 907/2001, 22-05)

- ✓ requisito añadido al conocimiento: no se trata de una voluntad genérica de actuar, sino de la voluntad de realizar la concreta conducta típica: el querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento. Doctrina mayoritaria: la exigencia añadida de voluntad no sólo implica un mayor desvalor subjetivo de la conducta (por la decisión contra el bien jurídico) sino que determina la mayor peligrosidad objetiva del actuar doloso frente al imprudente, pues su concurrencia implica ausencia de voluntad de evitación del hecho típico (que sí subsistiría en la conducta imprudente);
- ✓ elemento graduable que, conforme con un sector mayoritario de la doctrina, determina la aparición de diversas clases o formas de dolo en función de la intensidad de la voluntad: dolo directo de primer grado —*propósito, intención*—, dolo directo de segundo grado —presunción de *aceptación* de las *consecuencias necesarias* o de segura producción— y dolo eventual —*aceptación* de las consecuencias advertidas como *posibles* (STS 653/2004, 24-05). Su ausencia (provocada o no por un previo error) abre la posibilidad de la subsidiaria calificación del hecho como imprudente.
- ✓ creciente normativización del concepto de dolo: (i) por influencia de la teoría de la imputación objetiva (el *propósito* no constituye dolo si va acompañado de reconocimiento de la ausencia de la capacidad o adecuación de la conducta para producir el resultado —la falta de previsibilidad objetiva opera como límite—); (ii) concurre dolo (eventual) cuando la ausencia de voluntad trae causa de una confianza absolutamente infundada e irracional en la no producción de la reconocida posibilidad de materialización del hecho típico.

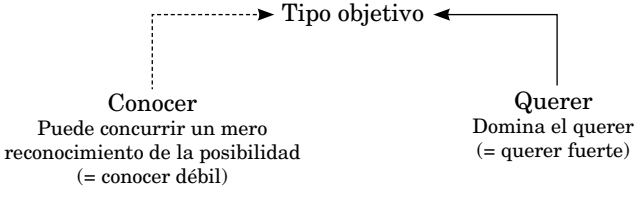
4. CLASES DE DOLO

4.1. Mayoritariamente, se identifica dolo con *intención* o *propósito* (dolo directo de primer grado), por lo que las restantes «clases de dolo» lo serían por aproximación a la modalidad principal. De ahí que el estudio de las «clases de dolo» suela concluir con un análisis particularizado del dolo eventual, como «última» categoría —menos dolo, aún dolo— que se caracteriza por «lindar» con la imprudencia y respecto de la que surgen la mayoría de los problemas dogmáticos.

4.2. Minoritariamente: la esencia del injusto del tipo doloso (al menos en las modalidades activas de delito) es la decisión de no evitar la conducta cuyo riesgo de lesión o puesta en peligro del bien juridico protegido ha sido perfectamente reconocida por el sujeto, situación que resulta ser la prototípica del llamado dolo eventual. La añadida concurrencia de elementos volitivos orientados al resultado, no aportaría ningún plus al desvalor de acción propio del delito doloso. De ahí que no consideren relevante la clasificación tripartita del dolo, cuyo alcance se limita a los delitos que exigen expresamente un elemento intencional (como elemento subjetivo del injusto).

4.3. Mayoritariamente, el dolo se suele clasificar en tres «clases» o «formas de aparición»: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual, so pretexto de la consideración de una oscilante (recíproca) relación entre el «conocer» y el «querer». Ello implica que *mucho* «conocer» puede compensar *poco* «querer» y a la inversa. Las tres clases de dolo se distinguen, pues, en mérito a la distinta intensidad del «conocer» y del «querer», conforme con el siguiente esquema:

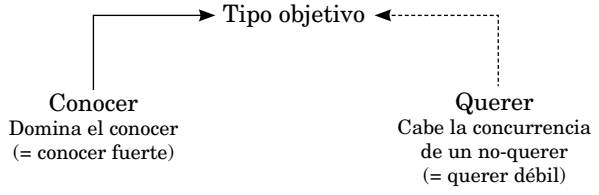
A) Dolo directo de primer grado («intención» o «propósito»):



❑ **Ej.:** T quiere matar a su mujer F para poder cobrar la indemnización correspondiente a la póliza del seguro de vida. Vierte una dosis de veneno en su café. T actúa con dolo directo de primer grado respecto de la muerte de F.

(SSTS 136/2006, 15-02 y 474/2005, 17-03).

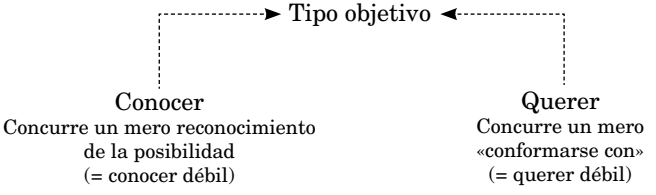
B) Dolo directo de segundo grado (TS: dolo «de consecuencias necesarias»; en la doctrina, también, «dolo indirecto»):



❑ **Ej.:** Como en el ejemplo anterior, si bien junto a la mujer de T está sentada en la mesa G, la cuñada de F, quien también bebe del café envenenado. T actúa con dolo directo de segundo grado respecto de la muerte de G.

(SSTS 579/2005, 05-05 y 1531/2001, 31-07).

C) Dolo eventual:



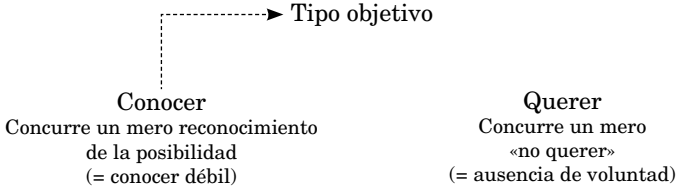
❑ **Ej.:** T incendia la casa de F. Cuenta con la posibilidad de que todavía queden personas dentro de la vivienda pero le es indiferente. G fallece como consecuencia del incendio. T actúa con dolo eventual respecto de la muerte de G.

(SSTS 683/2006, 26-06 y 474/2005, 17-03).

5. Delimitación de dolo e imprudencia. El dolo eventual

5.1. Es habitual afrontar el estudio de la delimitación entre dolo e imprudencia en el marco de la distinción entre dolo eventual e «imprudencia consciente», cuyo reflejo esquemático sería el siguiente:

D) Imprudencia consciente:



❑ **Ej.:** T incendia la casa de F. Cuenta con la posibilidad de que todavía queden personas dentro de la vivienda pero espera que no sea así dado que es la hora en que todos los habitantes están en misa. G, que se ha quedado en casa porque se encontraba mal, fallece como consecuencia del incendio. T actúa imprudentemente respecto de la muerte de G.

5.2. Posición mayoritaria: comparten el elemento cognoscitivo: reconocimiento por parte del sujeto activo de la posibilidad de que con su conducta realice el hecho (en su caso el resultado) típico. Diversas propuestas para la identificación del elemento (volitivo) adicional exigible en el dolo eventual (STS 936/2006, 10-10).

5.3. Posición minoritaria, aunque creciente: dolo eventual e imprudencia consciente se distinguen por el grado de conocimiento del riesgo con el que actúa el sujeto.

5.4. Al respecto se han enunciado diversas teorías:

5.4.1. De naturaleza subjetiva:

✓ Teorías del consentimiento (de la aceptación, o de la aprobación) *vs.* Teorías de la representación (de la probabilidad, también de la posibilidad):

a) *Teoría del consentimiento*: es la traslación de la clásica teoría de la voluntad al ámbito del dolo eventual. Es la posición mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia (STS 782/1992, 03-04) y exige, como en las restantes clases de dolo, un elemento volitivo añadido a la representación de la realización de los elementos objetivos del tipo, que se identifica con la *«aceptación»* de la eventualidad de esa realización (también se utilizan las expresiones *«aprobar», «asumir», «conformarse con», «resignarse ante»*, *«contar con»* o *«tomarse en serio»*). Se excluye el dolo cuando el sujeto mentalmente «rechaza» o «descarta» la eventualidad representada, o, también, cuando el sujeto «confía en su no producción», en cuyo caso concurrirá tan sólo imprudencia (consciente), lo que lleva a algunos autores a considerar tales supuestos como casos de

«error» de tipo. Especial referencia, pese a las críticas recibidas, a las llamadas *Fórmulas de Frank* (1898; 1931), como medio auxiliador para la determinación de la concurrencia o no de «consentimiento»[2] (de dolo).

b) *Teorías de la representación*: comparten el criterio de que el dolo eventual —también el directo de segundo grado— no requiere ningún elemento volitivo; se diferencian en el grado de representación del riesgo: más exigente, en la *teoría de la probabilidad* (SSTS 1003/2006, 19-10 y 19/2005, 24-01); —variantes: «alta probabilidad», «probabilidad rayana en la certeza» (STS 388/2004, 25-03)—, y menos en la *teoría de la posibilidad* (crítica por la dilución o confusión con la imprudencia consciente). (SSTS 1579/2002, 02-10: conocimiento del peligro concreto y 876/2003, 31-10)

✓ Teorías del sentimiento o de la indiferencia: hay dolo eventual si el sujeto muestra una determinada disposición de ánimo o actitud subjetiva de plena indiferencia hacia la posible realización típica (STS 2014/2006, 03-10); tanto si la misma se la ha representado previamente, cuanto si la indiferencia motiva la ausencia general de representación de riesgos. Críticas. Expreso reflejo normativo (arts. 205/208 CP: temerario desprecio hacia la verdad; art. 384 CP: consciente desprecio por la vida de los demás).

5.4.2.De naturaleza normativa: Teoría de la creación de riesgos «cubiertos» y «no cubiertos» (i); Teoría del riesgo «intolerable» por ausencia de posibilidades de control o paralización (ii). Son teorías objetivas (la diferenciación entre dolo e imprudencia se determina en el tipo objetivo).

5.4.3. Teorías mixtas: Teoría restringida del consentimiento, que pretende superar las aparentes imprecisiones de las teorías de la representación y restringir mediante criterios valorativo-normativos el ámbito de la «aceptación» como presupuesto del dolo (eventual): no se excluye el consentimiento en supuestos de confianza irracional o no objetivamente fundada. Probablemente mayoritaria en la jurisprudencia (SSTS 1003/2006, 19-10; 634/2005, 17-05; 474/2005, 17-03; 1137/2004, 15-10; 693/2004, 26-05; 1610/2002, 01-10; 1642/2001, 20-09 y 1564/2001, 05-09).

5.4. Un sector minoritario de la doctrina considera que la gravedad del injusto cometido con dolo eventual es menor que en los casos de concurrencia de dolo directo —de primer y segundo grado— (STS 119/2004, 02-02). Ello no obstante: consideran compatible el dolo eventual con la tentativa.

---

[2] *Primera fórmula o fórmula hipotética:* hay dolo (eventual) si se llega a la conclusión de que el sujeto hubiera actuado de todos modos aunque estuviera seguro de que se iba a producir el hecho o se lo hubiera representado como seguro; *Segunda fórmula o fórmula positiva*: hay dolo (eventual) si el sujeto se dice «sea así o de otra manera, pase lo que pase, en todo caso actúo».

Tema VIII

El error de tipo

1. Concepto

El error de tipo es el desconocimiento de la concurrencia de algún elemento objetivo del tipo penal (por ejemplo, el cazador cree que dispara a un animal, cuando en realidad lo hace a una persona; el sujeto se apropia de un objeto pensando erróneamente que está abandonado y no tiene dueño).

En estos casos, existe una divergencia entre el plano subjetivo (la intención del sujeto [dolo]) y el plano fáctico de los hechos (comportamiento objetivo realizado). Por tanto, todo error de tipo excluye siempre el dolo respecto del hecho objetivo ignorado.

2. Clases

En función de la estructura típica, el error puede recaer:

- sobre hechos constitutivos de la infracción («***error sobre elementos esenciales***», p. ej., el sujeto ignora que la sustancia que transporta es droga), o
- sobre hechos que fundamentan la aplicación de un tipo cualificado o privilegiado («***error sobre elementos accidentales***», p. ej. el ladrón desconoce el valor científico del objeto robado).

No es propiamente un error de tipo aquél que recae sobre una circunstancia agravante o atenuante genérica modificativa de la responsabilidad criminal («***error sobre las circunstancias genéricas***», p. ej., el sujeto desconoce el parentesco que le une con la víctima), ya que estas circunstancias genéricas no forman parte del tipo penal, aun cuando sus efectos penales estén regulados conjuntamente y asimilados a los del error sobre los elementos accidentales.

✓ **STS 258/2006, 08-03**: *«Así pues, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone su conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea sobre los elementos esenciales del tipo (núm. 1), y a su vez vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2)».*

3. EFECTOS

3.1. Error sobre elementos esenciales

- ✓ Se trata de un error sobre los elementos objetivos del «tipo básico». Puede ser vencible/evitable o invencible/inevitable (artículo 14.1 CP). La evitabilidad del error debe apreciarse desde la perspectiva del hombre medio, de si un observador imparcial colocado en la misma situación en que se encontraba el sujeto y teniendo la misma información que aquél, se habría percatado de la realidad (**error vencible/evitable**), o habría por contra errado también (**error invencible/inevitable**). Por tanto, la evitabilidad del error es una cuestión puramente normativa, que no debe ser analizada en términos absolutos de si era científicamente posible advertir el error, sino partiendo de la diligencia media que le era exigible al sujeto en cuestión, dada su situación y sus propios conocimientos.
- ✓ Ambas clases de error, tanto el vencible/evitable como el invencible/inevitable, excluyen el dolo del tipo básico (p. ej., el cazador que dispara a una persona creyendo que se trataba de un animal no tiene dolo de homicidio, tanto si pudo haberse dado cuenta de su error como si no pudo).
  - *a) Vencible o evitable*: Excluye el dolo (el sujeto no es conocedor de que esté realizando un tipo penal), pero subsiste la imprudencia, porque el hombre medio situado en su mismo lugar no habría incurrido en ese error. Por tanto, en este último caso, el sujeto ha realizado el tipo imprudentemente. Si el concreto delito admitiera su comisión culposa, entonces responderá por el concreto delito imprudente (p. ej., homicidio imprudente). Si el delito cometido por error vencible sólo fuere punible en caso de ser realizado dolosamente, el tipo realizado en error evitable sería impune (artículo 14.1 CP). Si el sujeto creía que la cosa que cogió estaba abandonada, aun cuando su error fuere evitable, no podrá ser condenado, porque el hurto imprudente no existe (artículo 12 CP).
  - *b) Invencible o inevitable*: Además de excluir el dolo, también se elimina la imprudencia en el comportamiento del sujeto, resultando impune la realización objetiva del tipo (artículo 14.1 CP), porque cualquier persona media en su lugar que hubiere actuado con la diligencia exigible también habría incurrido en el mismo error que el sujeto (prohibición penal de la responsabilidad objetiva).

3.2. Error sobre los elementos accidentales

a) Sobre elementos «**cualificantes** o **agravatorios**». Siempre impide la aplicación de la agravación, dejando subsistente el tipo básico (artículo 14.2 CP).

- ❑ **Ej.** Si el traficante ignora que la droga ha sido adulterada incrementando su potencialidad lesiva para los consumidores, no podrá ser condenado por el tipo agravado de adulteración (artículo 369.1.7ª CP), pero sí por el tipo básico de tráfico de drogas sobre el que no recae ningún error.
- ✓ **STS 1199/2002, 28-06:** «*El art. 14.2º, cuando hace referencia al error sobre un hecho que cualifique la infracción, establece que este error impide la apreciación de la agravación sin distinguir entre su carácter vencible o invencible. Y ello es así por cuanto, si bien cuando el error verse sobre hechos constitutivos del tipo propiamente dicho, su carácter culpable, por haber podido desvanecer tal error el agente sólo con una actuación más diligente, permite, en su caso, degradar el delito doloso a su paralelo delito imprudente, la apreciación por imprudencia de circunstancias objetivas agravatorias no es en cambio admisible ya que su concurrencia se exige en el art. 65 que sea conocida del culpable para que pueda surtir su efecto*».

En los casos de *error inverso* sobre el elemento accidental agravatorio, esto es, cuando el sujeto cree erróneamente que concurre la circunstancia agravatoria (p. ej., cree que el cuadro que va a robar tiene un gran valor artístico), responderá de una tentativa dolosa del tipo agravado de robo en concurso ideal con el tipo básico doloso y consumado de robo.

b) Sobre elementos «**privilegiantes** o **atenuatorios**». No se encuentra expresamente regulado en el Código Penal.

- ✓ Directo: el sujeto desconoce la concurrencia de un elemento que daría lugar a la existencia objetiva de un tipo atenuado o privilegiado (p. ej., el sujeto que coopera a la muerte de otro, desconoce que la víctima era en realidad un suicida). Ello no impide la apreciación dolosa del tipo atenuado efectivamente realizado (ya que quien quiere lo más grave, también quiere lo menos), en concurso ideal con una tentativa inidónea del tipo básico más grave pretendido.
- ✓ Inverso: el sujeto cree erróneamente que concurre el elemento accidental privilegiante (p. ej., cree que la víctima es un suicida que le ha pedido morir). El error es plenamente relevante, determinando la aplicación del tipo que se creyó realizar, como consecuencia de una interpretación *a sensu contrario*, de lo dispuesto en el artículo 14.2 CP en relación con los elementos agravatorios.

4. Supuestos concretos

4.1. Error *in persona vel in obiecto*. Se produce cuando el autor yerra sobre la identidad de la persona (p. ej. cree que la persona a la que dispara es su padre, pero en realidad es otra persona), o sobre las características del objeto material (p. ej., cree que el cuadro hurtado tiene valor artístico cuando en realidad no es así).

- ✓ *SIN CAMBIO EN LA VALORACIÓN JURÍDICA*: Si el error *in persona vel in obiecto* no da lugar a un cambio en la valoración jurídica, de modo que el tipo pretendido y el efectivamente cometido son el mismo (p. ej., se mata a la persona «A», pensando que la víctima era «B»), el error es irrelevante, porque no afecta a ningún elemento típico (el homicidio consiste tanto en matar a «A» como en matar a «B», dando igual la identidad de la víctima pues, al fin y al cabo, se quería matar a una persona y se la ha matado).
- ✓ *CON CAMBIO EN LA VALORACIÓN JURÍDICA*: Si existiere un cambio en la valoración jurídica entre el delito pretendido y el realizado por error, el error será relevante, debiendo distinguirse según el error afecte a elementos esenciales o accidentales del tipo en cuestión.
  - Si el error *in obiecto* afecta a elementos esenciales: concurso entre el delito pretendido en grado de tentativa y el efectivamente cometido en su modalidad imprudente. (Ej. el sujeto dispara a una figura que se mueve tras el seto del vecino, creyendo que es el perro de éste; pero en realidad a quien dispara y mata es al propio vecino: concurso ideal entre tentativa de delito de daños y homicidio imprudente).
  - Si el error in obiecto afecta a elementos accidentales, deberán aplicarse las reglas generales anteriores (p. ej., el médico practica el aborto en una persona que no ha consentido, al confundirla con la embarazada que sí consentía; se responderá por el delito menos grave que se creyó cometer).

4.2. Errores en el curso causal (I). Error en el golpe (*aberratio ictus*). El **error en el golpe** tiene lugar cuando el autor inicia la ejecución del delito, pero yerra en la dirección (p. ej., dispara a «A», pero mata a «B» que estaba a su lado, por mala puntería).

Efecto:

- Si existiere cambio en la valoración jurídica (p. ej. se dispara al Rey [magnicidio] pero se mata al escolta [homicidio]), se aplicarán las reglas generales anteriormente expuestas en función de si el error recae sobre elementos esenciales o accidentales.
- Si no se da cambio en la valoración jurídica, en doctrina y jurisprudencia se barajan varias soluciones:
  - *a) Declarar su irrelevancia siempre* cuando la valoración jurídico penal es la misma.
  - *b) Afirmar la relevancia siempre:* acudir siempre a un concurso ideal entre el delito de resultado pretendido y el realizado por error, haya o no cambio en la valoración jurídica de los objetos, ya que incluso en los casos de idéntica valoración se pone en peligro *dos veces* el bien jurídico en cuestión.
    - En estos casos, parte de la doctrina acude al concurso ideal entre el delito pretendido en tentativa y el efectivamente logrado *en su modalidad imprudente*.
    - Otros autores afirman que esto supondría un injustificado privilegio punitivo, por lo que proponen que

el concurso ideal se aprecie entre la tentativa del delito pretendido y el efectivamente cometido *en su modalidad dolosa*. Esta posición halla importante reflejo jurisprudencial.

- ✓ **STS 612/2001, 10-04**: «*Existe, pues, identidad en el bien jurídico protegido, y por tanto, el error al no afectar a aquél, resulta irrelevante, ya que es indiferente la identidad de la víctima, por lo que, al no haber alterado su calificación jurídica, pues en ambos casos, ya se lesione a Diego o a Ana María, no hay modificación en la calificación jurídica que será un delito doloso de lesiones*».
- ✓ **STS 640/1995, 08-05**: «*El dolo lesivo, dirigido a dañar la salud y a vulnerar la integridad física y la producción del resultado que patentiza el "factum" proclaman un delito de lesiones, sin que el error en el golpe, en cuanto se quiso herir a Julián y se lesionó a Jorge, pueda tener ulteriores consecuencias. Ello constituye la denominada "aberratio ictus", que la doctrina lo trata como un error "in obiecto", salvo cuando se trate de diferentes calificaciones delictivas. En este caso los dos hechos, el pretendido y el realizado suponen el mismo delito y el error resulta irrelevante para la responsabilidad*».

- *Distinguir según el segundo objeto estuviese o no a la vista del sujeto activo*. Si el segundo objeto estaba "a la vista" del sujeto, el error sería irrelevante:
  - ✓ **STS 148/2002, 07-02:** *"se debe tener en cuenta si el segundo objeto sobre el que recayó y sufrió la lesión* ***estaba o no a la vista del autor****. Si ciertamente estaba a su vista, se debe admitir el llamado* ***dolo alternativo*** *cuando el desarrollo causal no era improbable".*

4.3. Errores en el curso causal (II). *DOLUS GENERALIS.* En estos supuestos el autor inicia la comisión de un delito y éste efectivamente es realizado, pero de una forma de ejecución distinta a la prevista inicialmente por el sujeto (p. ej., se intenta matar a una persona estrangulándola y, creyendo al autor haber dado muerte a la víctima cuando en realidad estaba sólo inconsciente, la echa al río muriendo ésta ahogada).

Efectos: Doctrina y jurisprudencia están divididas en los casos en que no se da variación en la valoración jurídica de ambos objetos:

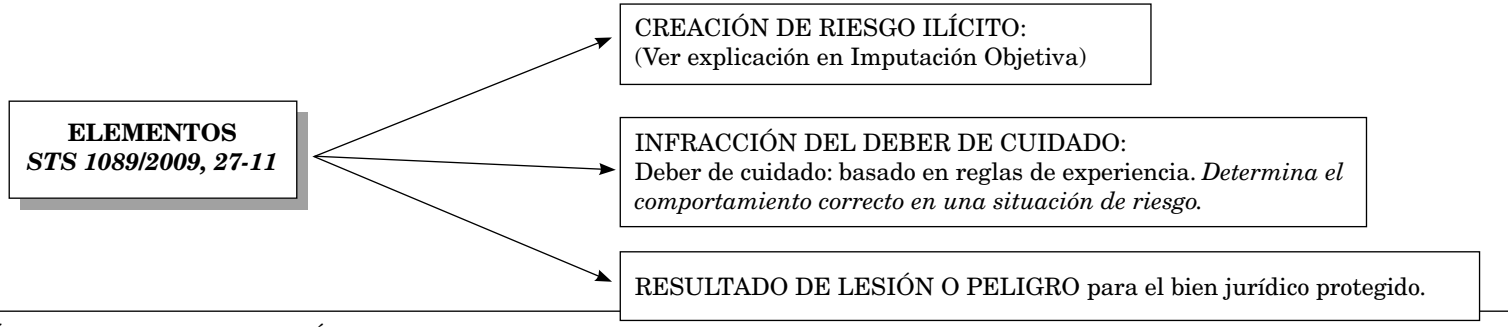
- La posición mayoritaria en la doctrina española considera que el error sobre el curso causal producido es irrelevante, al no afectar a ningún elemento del tipo objetivo, por lo que si el sujeto quiso matar y mató a una persona, deberá responder de homicidio doloso.
  - ✓ **SAP A Coruña, Sec. 6ª, 12/2003, 10-04:** «*Como se expresó, las lesiones causadas a la víctima eran aptas para causarle la muerte y se la hubieran producido … de no haber interferido … la actuación posterior también imputable a los acusados. Estamos ante dos cursos causales —el biológico derivado de la incidencia negativa de los severos traumatismos craneales y el puesto en marcha por la acción gravemente imprudente de los acusados de quemar el cuerpo—, interrelacionados entre sí desde la perspectiva de la causalidad natural —si no estuviera profundamente inconsciente la víctima por efecto*

de la inicial agresión no se habría emprendido ni habría sido posible su quema y muerte—, que necesariamente producirían el mismo resultado, habiendo sido el segundo el que generó el resultado de muerte que la primera acción igualmente hubiera llegado a producir. Por ello no cabe otra cosa que considerar jurídicamente irrelevante la desviación del curso causal derivada de la acción imprudente llevada a cabo en segundo lugar… El riesgo… que la acción dolosa inicial generó se plasmó en el resultado de destrucción de ese mismo bien jurídico sin que el segundo curso causal concurrente hubiera alterado con relevancia jurídica tal imputación».

- Otros autores consideran, no obstante, que debe acudirse a un concurso real entre el delito pretendido y el efectivamente cometido en su modalidad imprudente.

Tema IX

La imprudencia



LÍMITES A SU PENALIZACIÓN:

1. Sólo se castiga la imprudencia generadora de un resultado de lesión o de peligro para el bien jurídico protegido.
2. Según establece el art. 12 CP, *«Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»*, lo que obliga a observar qué delitos se castigan en la modalidad imprudente y cuáles no.

1. La infracción del deber de cuidado como núcleo del delito imprudente

1.1. *¿Cómo se determina el deber de cuidado?*: la imposibilidad de establecer en normas positivas todas las posibles situaciones de riesgo y los correspondientes comportamientos cuidadosos exigibles para evitar el daño o el peligro para el bien jurídico obliga a dejar abierta dicha determinación hasta el momento en que es posible conocer todas las circunstancias concurrentes en el caso y, a partir de ellas, formular judicialmente un *comportamiento cuidadoso en esa situación concreta*, basado en las reglas de la experiencia común y en la conducta que habría desarrollado en dicha situación una persona prudente.

Dicho carácter «abierto» ha sido reconocido por la STC 55/1987, 08-05, que considera obligado incrementar la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales en este ámbito con el fin de no lesionar el principio de legalidad penal.

** Sin embargo, en sectores de la vida social altamente regulados, como la circulación de vehículos, los riesgos laborales, el medio ambiente o la práctica médica, existen normas positivas que sirven para definir el baremo del cuidado debido en la mayoría de las situaciones de riesgo, razón por la cual esas normas son tomadas por los Tribunales como referencia importante a la hora de determinar el deber de cuidado en los diferentes casos sometidos a su enjuiciamiento.*

Dichas normas pueden tener carácter legal, reglamentario o, incluso, convencional (lex artis médica). Es habitual que los técnicos en la materia expresen en el proceso penal, por medio de dictámenes periciales, cuál hubiera debido ser el comportamiento correcto, lo que servirá al Juez o Tribunal para dilucidar la correspondiente responsabilidad criminal en la sentencia.

1.2. El papel del principio de confianza

Cuando confluyen varios sujetos en una situación de riesgo, cada cual tiene la obligación de cumplir con el comportamiento debido. El resto puede CONFIAR en que los demás van a cumplir efectivamente con dicho deber.

Sin embargo, ante la menor señal de incumplimiento por parte de alguno o algunos de los intervinientes, el deber de cuidado del resto se amplía automáticamente en virtud del principio de seguridad o defensa (antagonista del principio de confianza).

SAP, Navarra, Sec. 1ª, 210/2009, 18-11:

«…aún cuando pudiéramos considerar que el conductor denunciado hubiere podido percatarse del cruce de la peatón en el momento de los hechos atendida la visibilidad existente en el lugar y la anchura de la calzada, en todo caso, ello debe valorarse atendido el hecho de que el principio de confianza en la normalidad circulatoria otorgaba al denunciado el derecho a considerar razonablemente que ningún peatón pudiera acceder a la calzada y atravesarla en un momento en el que se hallaría en fase roja el semáforo que regulaba el cruce de peatones por el lugar. Por tanto, en tal supuesto, si los semáforos se hallaban en las referidas fases, estimamos que la negligencia de la peatón, que hubiere podido efectuar el cruce sin respetar la fase roja en la que se hallaría el semáforo que regulaba dicho cruce de los peatones, absorbería la leve negligencia en la que hubiere podido incurrir el denunciado, siquiera en el sentido de impedir la valoración de la eventual negligencia del denunciado como merecedora de reproche en esta vía penal».

Cuando se trata de un trabajo en equipo dirigido por un responsable, éste tiene el deber de seleccionar previamente el personal competente y, también, el de evitar la lesión del bien jurídico cuando hubiera podido y debido advertir que alguno de sus colaboradores no controlaba debidamente el riesgo generado por la situación.

SAP, Toledo, Sec. 1ª, 129/2009, 18-09:

«…la Sala estima que media una clara relación de causalidad no solo natural sino judicialmente relevante entre la actuación desplegada

por el Doctor Luis Pedro a lo largo de la tarde-noche del día 18 de junio y el resultado acaecido (muerte del paciente). Así, la regla de cuidado exigible al mismo se traduce, en primer lugar, en extremar o cuidar la adopción de una pauta de comportamiento previo conocimiento preciso del estado y sintomatología del paciente, jugando aquí un papel esencial la confianza depositada en el personal colaborador. Si por la enfermera de planta se da cuenta al facultativo de una modificación del estado de conciencia del enfermo, y aquél no se encuentra en el centro médico, es razonable que la consulta se resuelva de forma oral (si considera que los síntomas no son significativos de una agravación), ordenando un cambio del tratamiento sin previamente adoptar otras prevenciones hasta que se lo permita su regreso al Hospital, siempre que constate después el estado del paciente».

- **Deber *subjetivo* de cuidado**: Se denomina así a la vertiente subjetiva del cuidado debido, es decir, referido a la capacidad del autor para cumplir con el deber de evitación del resultado. Una mayoría de la doctrina sitúa este deber *subjetivo* en el plano de la culpabilidad, aunque mantenga el deber *objetivo* en el plano del tipo, como deber general de comportamiento cuidadoso.

2. El resultado

2.1. El Código Penal castiga la imprudencia en relación con distintos delitos, ya sean de lesión (homicidio, lesiones, etc.) o de peligro (delitos contra el medio ambiente, contra la seguridad en el tráfico, contra la seguridad en el trabajo, etc.). En cualquiera de los casos, debe probarse la relación existente entre la infracción del deber de cuidado y dicho resultado, ya que es posible que aparezcan ambos elementos, pero sin conexión entre ellos:

❑ **Ejemplo:** Una fábrica emite sustancias contaminantes por encima de lo permitido. La fauna del río anejo a ella sufre una gran mortandad. Sin embargo, durante el proceso se comprueba que la muerte de los peces se ha producido por la ingestión de una sustancia distinta a la que procede del vertido de la fábrica. En ese caso, únicamente podrá infligirse a los responsables de la misma una sanción administrativa.

2.2. Corresponde a la teoría de la imputación objetiva la explicación de los llamados «comportamientos alternativos lícitos», procedimiento analítico que sirve para desconectar la infracción del cuidado debido y el resultado producido, aunque se trata de un planteamiento sujeto a bastante controversia.

3. Clases de imprudencia

3.1. Consciente e inconsciente

Consciente:

El sujeto reconoce la probabilidad de causar el resultado, pero confía en evitarlo.

- **Ejemplo:** Conducción a velocidad superior a la permitida, confiando en la propia destreza para evitar el choque.

El sujeto es responsable a título de imprudencia porque PREVIÓ el resultado pero no hizo lo necesario para EVITARLO.

Esta modalidad de imprudencia comparte con el DOLO EVENTUAL la consciencia de la probabilidad del resultado, pero se diferencia del mismo en la falta de voluntad sobre su consecución.

(Ver Lección correspondiente al DOLO).

Inconsciente:

El sujeto no reconoce la situación de riesgo y, por consiguiente, la probabilidad del resultado.

- **Ejemplo:** El sujeto ha omitido pasar la ITV desde hace 8 años y no sabe, por ello, que la dirección del vehículo sufre un peligroso desgaste.

El carácter normativo de la imprudencia impide eximir de responsabilidad a este sujeto, ya que DEBIÓ PREVER el riesgo creado.

3.2. Grave y leve

La calificación como grave o leve debe depender del grado de infracción del deber de cuidado y no del resultado producido. Así, una gravísima negligencia puede no dar lugar a daño alguno, mientras que una imprudencia leve puede ocasionar cientos de muertos. Así lo reconoce la STS 211/2007, 15-03.

Sin embargo, también puede decirse que ante bienes jurídicos de gran valor (la vida, por ejemplo) se incrementa el deber de cuidado y, por ello, la facilidad para calificar como grave la imprudencia cometida.

Regulación en el CP Español:

El legislador español incluye en el Libro III, como meras *faltas*, algunas imprudencias *leves*, las que generan un daño a las personas, mientras que califica como *delito* aquellas imprudencias *graves* que ocasionen un resultado de lesión o de peligro con suficiente entidad.

La Imprudencia Profesional:

Como especie de la imprudencia *grave*, el legislador incluye la *imprudencia profesional* como una modalidad específica de algunos delitos: homicidio, lesiones, lesiones al feto, aborto.

Existe *imprudencia profesional* cuando el autor tiene tal carácter, conferido por un título que le habilita (médico, arquitecto, ingeniero, etc.) y el hecho se inscribe en su área de actividad profesional.

Esta modalidad de imprudencia lleva consigo, como pena principal, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

4. Cuadro de penalización de la imprudencia

RESULTADO	GRADO DE CULPA	
	GRAVE	LEVE (FALTA)
Muerte	**Art. 142 * + P**	**Art. 621.2**
Lesiones 147.1	**Art. 152.1º * + P**	**Art. 621.3**
Lesiones 147.2	**Art. 621.1**	**Art. 621.3**
Lesiones 149	**Art. 152.1.2º * + P**	**Art. 621.3**
Lesiones 150	**Art. 152.1.3º * + P**	**Art. 621.3**
Lesiones 617		
Lesiones Feto **Aborto**	**Art. 158 + P** **Art. 146 + P**	

P Incluye penalización de la imprudencia profesional.
* Perseguible de oficio.

Tema X

Los actos preparatorios

1. Concepto

Los denominados actos preparatorios son comportamientos anteriores a la consumación del delito que se caracterizan por:

- ser actuaciones externas, es decir, actos exteriorizados y sensorialmente perceptibles por terceros;
- estar dirigidos dolosamente a la posterior ejecución y consumación de un tipo de la Parte Especial; y
- por ser actuaciones externas pre-ejecutivas anteriores a la tentativa, es decir, por no entrañar todavía un comienzo de ejecución del tipo delictivo que se tiene intención de consumar.
  - ❑ **Ejemplos:** adquirir el arma o el instrumento con el que cometer el delito, buscar a otra persona o personas que colaboren en su ejecución, encargar su ejecución a otro sujeto, vigilar los movimientos cotidianos de la víctima, acondicionar un lugar para esconder al secuestrado, etc.

2. Presupuestos para su castigo

1º. El *primer presupuesto* o condición mínima necesaria para la intervención del Derecho Penal está constituido por la necesidad de una **actuación externa**, que es característica propia de los actos preparatorios.

2º. El *segundo presupuesto* para su punición está constituido por la **peligrosidad objetiva** de la conducta. No basta con el mero acto externo para imponer una pena: el fundamento del castigo de toda infracción penal y, por tanto, también el de las fases anteriores a la consumación del delito requiere que la conducta externa lesione o, al menos, ponga en peligro un bien jurídico protegido.

3º. El *tercer presupuesto* para la punición de la conducta externa preparatoria está constituido por la **peligrosidad subjetiva** de la conducta: es necesario que la actuación externa objetivamente peligrosa se dirija voluntaria e intencionadamente a la posterior consumación del tipo penal.

3. Principios generales

1º. La impunidad *en todo caso* de los diferentes momentos de la vida del delito que carecen de materialización externa (fase interna: ideación, deliberación y resolución de cometer un delito): en ellos no existe todavía peligrosidad alguna para los bienes jurídicos al carecer el mero pensamiento de aptitud o idoneidad objetiva para interferir o afectar a los mismos (*cogitationis poenam nemo patitur* = nadie sufre el castigo a causa de un pensamiento);

2º. la impunidad *como regla general* de los actos preparatorios exteriorizados: aunque son ya actuaciones externas que en última instancia se dirigen voluntariamente a la posterior consumación de un delito (poseen cierto grado de peligrosidad subjetiva), se encuentran sin embargo demasiado alejados de la efectiva lesión del bien jurídico protegido y generalmente no se aprecia en ellos el peligro como mínimo abstracto que fundamenta la intervención del Derecho Penal (carecen del necesario grado de peligrosidad objetiva);

3º. la punición *como regla general* de la tentativa de delito: está integrada por actos ejecutivos del tipo penal correspondiente que entrañan ya el necesario grado de peligrosidad (objetiva y subjetiva) que fundamenta la intervención del Derecho Penal; y

4º. la punición *como excepción* de determinados actos preparatorios en los que concurren las circunstancias que fundamentan la intervención del Derecho Penal:

- especial peligrosidad objetiva *ex ante* derivada de la conducta en sí misma considerada (**elemento objetivo** de los actos preparatorios); y
- especial peligrosidad subjetiva *ab initio* derivada de la voluntad del sujeto de consumar el delito (**elemento subjetivo** de los actos preparatorios).

4. Regulación legal

4.1. *Regla general*: impunidad de los actos preparatorios, según se desprende de los arts. 61, 62 y 63, que sólo permiten imponer una pena a los autores (del art. 28: autores, inductores y cooperadores necesarios) y a los cómplices (del art. 29) de un delito *consumado* o *intentado*. Los actos ejecutivos propios del delito *intentado* constituyen así el límite de la punibilidad, por lo que la preparación del delito permanece como regla general en el ámbito de impunidad.

4.2. *Excepciones*:

1ª. El castigo limitado de determinados actos preparatorios de carácter *material* (se buscan objetos o instrumentos para cometer el delito) susceptibles de ser cometidos por un autor individual o colectivo. Por ejemplo (entre otros muchos):

- la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, etc. destinados a la comisión de los delitos de falsificación de documentos (art. 400 CP);
- la fabricación o posesión de programas de ordenador destinados a la comisión de un delito de estafa (art. 248.3 CP).

2ª. El castigo de la conspiración, proposición y provocación para delinquir previsto en los arts. 17 y 18 CP, que establecen un sistema de incriminación de dichos actos preparatorios basado en un doble criterio de limitación:

- de una parte, dichos preceptos sólo castigan actos preparatorios de carácter *personal* (se busca *a otro u otros sujetos* para que ejecuten o participen en el delito), con la peculiaridad de que en los mismos necesariamente han de intervenir de diversas formas *varias* personas (quedan excluidos de este ámbito los actos preparatorios de autor individual); y
- de otra parte, tales actos preparatorios sólo se castigan en los casos en que la Ley especialmente así lo prevea, es decir, sólo respecto de determinados delitos de la Parte Especial que el legislador señala especialmente atendiendo a razones político-criminales.

5. Fundamento de la punición de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir

La especial peligrosidad de estas conductas se materializa en:

1º. un *desvalor de acción* representado por la intención exteriorizada y manifestada de cometer un delito; y en

2º. un *desvalor de resultado* consistente en el peligro relevante que para el bien jurídico protegido reviste el hecho de involucrar a otras personas en el delito, lo que constituye el **factor desencadenante** del proceso que puede acabar en la lesión del bien jurídico al elevarse el riesgo de que el delito llegue efectivamente a ejecutarse. Dicho peligro se convierte en relevante porque el sujeto, al implicar a otras personas, pierde el dominio del hecho, es decir, desencadena un acontecimiento sobre el que ya

no tiene luego un absoluto poder de control, o lo que es lo mismo, ha escapado ya de sus manos la decisión de ejecutar el hecho o de desistir de su ejecución en cualquier momento.

6. Naturaleza jurídica de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir

La implicación de terceros en el proyecto criminal condiciona la naturaleza jurídica de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, ya que los tres comportamientos:

6.1. Constituyen, por un lado, y según entiende de forma absolutamente mayoritaria tanto doctrina como Jurisprudencia, formas anticipadas o previas de coautoría o participación en el futuro delito que se pretende cometer; de tal manera que si este llegara finalmente a perpetrarse, los conspiradores se convertirían en coautores, el proponente en inductor y el provocador se equipararía legalmente a un inductor.

6.2. Forman parte, por otro lado, y según entiende de forma absolutamente mayoritaria tanto doctrina como Jurisprudencia, de la categoría de los actos preparatorios, al faltar en todos ellos el principio de ejecución (tentativa) del futuro delito proyectado de forma conjunta por los diversos intervinientes.

6.3. Representan, en consecuencia, una excepción a la vigencia de los principios de accesoriedad y de impunidad general de los actos preparatorios, principios que conjuntamente implican la exigencia de un comienzo de ejecución (tentativa) del hecho antijurídico principal para poder castigar la conducta del partícipe o de los coautores.

6.4. Conservan su carácter de infracciones subordinadas o accesorias del delito de cuya futura realización dependen, y no se convierten en delitos autónomos a pesar de su punición excepcional al margen de la vigencia de los principios generales antes mencionados; por esta razón, no admiten ni los actos preparatorios o la tentativa de si mismos, ni la participación a su vez en los mismos (sí admiten, sin embargo, las circunstancias modificativas de responsabilidad que concurran en ellos: eximentes, atenuantes o agravantes).

6.5. Son castigados en el CP vigente con una pena *siempre inferior en uno o dos grados* a la prevista para el delito consumado, rebaja debida precisamente a su carácter accesorio o subordinado al futuro delito que se pretende cometer y a la falta de un comienzo de ejecución (tentativa); aunque dicha pena es, sin embargo, criticable por ser la misma que la legalmente prevista para la tentativa, en la que ya hay comienzo de ejecución.

6.6. Debido también y por último a su carácter accesorio o subordinado, si el delito principal del que dependen o son accesorios comenzara a ejecutarse o finalmente se consumara, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir resultarían absorbidas por la pena de dicho delito intentado o consumado (principio de consunción).

La conspiración

Art. 17.1 CP: se conceptúa mayoritariamente en doctrina y jurisprudencia sobre la base de las siguientes características:

a) constituye una *coautoría anticipada*;
b) en la que se prevé la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo;
c) sin que sea preciso, en ese momento inicial de concierto de varias voluntades en un mismo proyecto criminal, un diseño acabado del modo de ejecutar la acción delictiva (STS 440/2006, 07-04).
d) en la conspiración, pues, el **factor desencadenante** del proceso que puede acabar en la lesión del bien jurídico es la decisión firme de todos los conspiradores de ejecutar el delito, por lo que al encontrarse todos implicados ninguno tiene ya en exclusiva el control de los acontecimientos.

La proposición

Art. 17.2 CP:

a) tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia la han considerado como:
   - un supuesto de *coautoría anticipada*,
   - caracterizada por la resolución firme del proponente de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución junto con el invitado.
   - crítica: esto convertiría a la proposición en un acto preparatorio de la conspiración (viene a admitirlo la SAP, Almería, Sec. 1ª, 100/1998, 04-07), pues una vez que el invitado acepta la invitación nos encontraríamos realmente ante un caso en el que dos o más personas (proponente e invitado) se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven *co*-ejecutarlo (conspiración).
b) otro sector doctrinal y la jurisprudencia más reciente la conciben como:
   - un supuesto de *inducción anticipada*, *inducción frustrada* o *tentativa de inducción*,
   - caracterizada porque el proponente no tiene intención de participar directamente en la ejecución del futuro delito sino que propone (induce) a otro (el invitado) su ejecución: el proponente *cometería* el delito en calidad de inductor, mientras que es el invitado el que lo *ejecutaría* materialmente en calidad, por tanto, de autor directo.
c) un tercer sector doctrinal minoritario comparte su configuración como supuesto de *inducción frustrada*, pero además:

- requeriría la adopción por parte del invitado (inducido) de la resolución de ejecutar el delito que le sugiere el proponente (inductor); y ello por el siguiente
- motivo: la adopción por el invitado-inducido de la resolución de delinquir constituye precisamente el **factor desencadenante** del proceso a partir del cual puede comenzar a hablarse de un peligro relevante para el bien jurídico protegido en este tipo de comportamientos; peligro que se materializa en el hecho objetivo de haber implicado en el proyecto criminal justo al que después ejecutará materialmente el delito, con lo que el proponente-inductor, además de poner en marcha un acontecimiento sobre el que deja de tener en exclusiva el control, aumenta sensiblemente las probabilidades de que el delito realmente llegue a cometerse.

d) la Jurisprudencia acepta actualmente la concepción de la proposición como supuesto de *inducción frustrada o intentada*, aunque sin requerir que el inducido adopte de forma efectiva la resolución de ejecutar el delito, bastando con que llegue a tener conocimiento del mensaje del inductor (SSTS 1994/2002, 29-11; 1113/2003, 25-07 y 1376/2005, 17-11).

La provocación

Art. 18.1 CP:

a) comportamiento realizado a través de medios públicos de difusión;

b) tiene un destinatario colectivo e indiferenciado;

c) el sujeto provocador pierde el control del hecho justo en el momento en que se produce la difusión del mensaje incitador entre un colectividad indiferenciada de destinatarios;

d) y lo pierde porque a partir del momento de la difusión se convierte en una incógnita el número de destinatarios que pueden llegar a tener conocimiento efectivo del mensaje incitador, cuántos de entre éstos pueden tomar la resolución firme de llevarlo a la práctica y cuántos, finalmente, ejecutarán o intentarán ejecutar el delito objeto de la provocación;

e) todo ello al margen de que, al haber podido implicar en el proyecto criminal a un destinatario desconocido e indiferenciado, el provocador público carece prácticamente de posibilidades de interrumpir el proceso que ha podido poner en marcha, por lo que la probabilidad de que alguien ejecute al final el delito ha escapado de su ámbito de control;

f) el **factor desencadenante** del peligro en las provocaciones públicas no estriba, como en la conspiración o en la proposición, en el hecho de que los sujetos adopten efectivamente la resolución de co-ejecutar o ejecutar el delito, sino que está constituido ya antes de eso por la difusión del mensaje incitador entre un número indeterminado de destinatarios que alcanzan un conocimiento real y cierto de su contenido; de tal forma que cuanto mayor sea el número de estos, mayores probabilidades habrá de

que alguien recoja el mensaje y lo ponga en práctica. El peligro en las provocaciones públicas reside en la eficacia difusora del medio empleado por el provocador, y debe ser valorado por esta razón en términos cuantitativos (implicación cuantitativa de terceros desconocidos en el proceso que puede desembocar en la lesión del bien jurídico);

g) la provocación no posee la estructura propia de las inducciones (frustradas o no), al ir dirigida un número incierto de destinatarios indeterminados; por ello, si el delito que ha sido objeto de la incitación llega finalmente a perpetrarse, al no ser una auténtica inducción, el legislador se ve obligado a equiparar legalmente su castigo a la inducción (art. 18.2 *in fine*: si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará *como* inducción).

La apología

Art. 18.1, párrafo 2º, CP:

a) *Concepto*: *«es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor»*;

b) *punición*: sólo es punible *«como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito»*.

c) *regla general*: fuera de estos casos, la simple apología que no constituye provocación o incitación directa a cometer un delito es impune en el CP español.

d) *excepciones*: son dos:

- primera: la mera apología de los delitos de terrorismo incriminados en los arts 571 a 577 CP o de sus autores, conducta de mera apología castigada en el art. 578 CP con la pena de prisión de uno a dos años aunque no entrañe al mismo tiempo una provocación directa a cometer delito alguno de terrorismo.
- Segunda: la mera apología del delito de genocidio incriminado en el art. 607.1 CP, conducta de mera apología castigada en el art. 607.2 CP con la pena de prisión de uno a dos años aunque no entrañe al mismo tiempo una provocación directa a cometer delito alguno de genocidio (véase, no obstante, la importante STC 235/2007, 07-11).

Tema XI

La tentativa de delito

1. Regulación legal

- **Art. 15 CP**: 1. Punibilidad del delito intentado y de las faltas intentadas contra la persona y el patrimonio; 2. Impunidad del resto de faltas intentadas.
- **Art. 16 CP**: 1. Concepto; 2. Desistimiento voluntario; 3. Desistimiento y participación de varios sujetos.
- **Art. 62 CP**: pena para los autores de tentativa.
- **Art. 63 CP**: pena para los cómplices de delito consumado o intentado.
- **Art. 64 CP**: supuestos de tentativas especialmente castigadas en la parte especial (art. 485.2 CP: la tentativa de homicidio o asesinato del Rey y otros sujetos se castiga con la pena inferior en un grado).

2. Concepto

2.1. La tentativa se produce cuando, directamente y por hechos exteriores, se inicia la ejecución, realizándose todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, no produciéndose tal resultado por causas independientes de la voluntad del autor.

3. Presupuestos

3.1. Los actos preparatorios distintos de la proposición, conspiración y provocación (que suponen la intervención de más de una persona) no se castigan. Excepcionalmente el legislador castiga algún acto preparatorio material convirtiéndolo en delito autónomo de la parte especial (art. 270. 3: tenencia de medios para destruir o neutralizar dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador).

3.2. Los actos preparatorios descritos en la parte general (proposición, conspiración o provocación) sólo son punibles respecto de los delitos más graves, cuando expresamente se contempla su castigo en la parte especial.

3.3. El desvalor de acción en tentativa y delito consumado es idéntico.

3.4. El desvalor de resultado en el delito consumado es mayor que en el intentado.

4. Fundamento del castigo

4.1. *Objetivo*: Existencia de peligro para los bienes jurídicos. Se argumenta con la distinta pena para la consumación respecto de la tentativa y con la opción de bajar la pena de la tentativa en uno o dos grados. Crítica: no explica la punición de la tentativa imposible (para alguna dirección ésta no se castiga porque el art. 16 CP exige actos que «objetivamente deberían…»).

4.2. *Subjetivo*: Existencia de una voluntad contraria a Derecho. Crítica: habría que castigar con la misma pena tentativa y consumación y debería castigarse cualquier tentativa inidónea.

4.3. *Mixto* (objetivo/subjetivo): peligro para el bien jurídico y voluntad del autor.

La regulación legal se explica mejor desde una posición *fundamentalmente objetiva* (la opción por rebajar la pena en uno o dos grados ha de hacerse en base «*al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado*»; estos baremos son claramente objetivos).

5. Diferencias entre actos preparatorios y actos ejecutivos

5.1. *Teorías subjetivas*: Dependen del plan del autor. Crítica: excesiva subjetivación de lo injusto e incompatibilidad con el art. 16 CP («dar principio a la ejecución»).

> Comprar una pistola para matar al enemigo, en el caso de que en un futuro se presente una ocasión idónea para ello, no es tentativa de homicidio, aunque el plan del autor indique que es el principio de la ejecución; el principio de legalidad impide afirmar que comprar una pistola sea empezar a matar y el peligro para el bien jurídico vida está muy lejano. Se trataría de un acto preparatorio impune.

5.2. *Teorías objetivo / formales*: los actos ejecutivos comienzan con «la conjugación del verbo típico». Crítica: plantea problemas en los tipos prohibitivos de causar sin medios legalmente determinados, pero resalta la vinculación a la legalidad.

5.3. *Teorías objetivo / materiales*: Tienen en cuenta el mayor o menor peligro y/o que el acto realizado sea inmediatamente anterior o no a la realización total de la ejecución.

5.4. *Teoría mixta*: Tiene en cuenta el plan del autor y el verbo típico, pero también el criterio material de inmediatez del peligro. El TS se ha acercado a esta solución.

- STS 1071/2003, 17-07 (un terrorista se aproxima a su víctima con intención de matar, llevando una pistola que tiene una bala en la recámara, siendo detenido por la policía): «*armado con una pistola y ya con una bala en la recámara, había ocupado esa posición. Así, es claro que había llevado a cabo un segmento objetivable de la acción proyectada (de significación sin duda homicida), y claramente idóneo y funcional a la plena realización de la misma. Y, al hacerlo, había invadido de manera actual y efectiva el ámbito de seguridad del sujeto pasivo, generando un peligro grave y real para su vida*.». Según este planteamiento, aunque el autor todavía no ha empezado a matar, sin embargo ha realizado actos —aproximarse a la víctima y preparar el arma— que están estrechamente vinculados a la acción de matar y que la preceden de forma inmediata, lo que permite calificar su comportamiento como tentativa.

6. Elementos

6.1. *Objetivos*:

1º. *Principio de ejecución* (STS 75/2002, 29-01), con actos directamente vinculados a la conducta, exteriores (que superen la fase interna del *iter criminis*) y que sean objetivamente idóneos para producir el resultado.

(Ver Diferencias entre actos preparatorios y actos ejecutivos).

2º. *Ejecución de todos o de parte de los actos: diferenciación entre tentativa acabada e inacabada.*

Hay tentativa inacabada cuando no se realizan todos los actos ejecutivos y, por ello, no se produce el resultado.

Hay tentativa acabada cuando se realizan todos los actos ejecutivos y, a pesar de ello, el resultado no se produce.

A pesar de que el CP contempla la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados para ambos supuestos, es necesario distinguirlos por dos motivos: 1º) porque el desistimiento relevante de consumar el delito tiene distinta configuración en cada uno de los casos (art. 16.2); 2º) porque la determinación de si se trata de tentativa acabada o inacabada puede ser relevante, aunque no determinante, a la hora de rebajar la pena en uno o en dos grados y aplicarla en la extensión que se crea

adecuada, tal como indica el art. 62 al referirse al *«grado de ejecución alcanzado»*.

Puede rebajarse la pena en un solo grado en casos de tentativa inacabada. El art. 62 CP refiere la rebaja en uno o en dos grados a dos parámetros: 1º) "grado de ejecución alcanzado" y 2º) "peligro inherente al intento". La STS 174/2010, 4-03, rebaja la pena en un grado en caso de tentativa inacabada, porque *"el peligro…no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta…y actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento"* (se trataba de un sujeto que arrebata el arma reglamentaria de la agente tras golpearla y tirarla al suelo, apunta al cuerpo y acciona varias veces el gatillo sin que se produzca ningún disparo, porque el arma estaba en situación de seguridad, con el seguro de aleta y sin balas en la recámara). Ver STS 145/2010, 26-01.

3º. *No producción del resultado*: el principio de ejecución no se sigue de la realización completa del tipo. El castigo de la tentativa requiere que la no producción del resultado obedezca a «*causas independientes de la voluntad del autor*» (Ver Desistimiento).

6.2. *Subjetivo: dolo de la tentativa o resolución de alcanzar el resultado,* lo que supone que no se pueden castigar ni las «tentativas imprudentes», ni los delitos imprudentes en grado de tentativa.

7. DESISTIMIENTO

7.1. Concepto: evitar voluntariamente la consumación, ya sea desistiendo de realizar los actos que queden (en la tentativa inacabada), ya sea impidiendo el resultado, tras haber realizado todos los actos ejecutivos (en la tentativa acabada). En un caso se frena la ejecución (desistimiento pasivo); en el otro, al haber concluido la ejecución, se realiza una conducta que impide el resultado (desistimiento activo o arrepentimiento eficaz).

7.2. Naturaleza jurídica: para la STS 1096/2007, 19-12 se trata de una excusa absolutoria.

7.3. Requisitos del desistimiento:

1º. *Voluntario*: la Jurisprudencia suele tener en cuenta dos cuestiones:

a) naturaleza de los motivos que llevan a desistir (proximidad de la policía, apiadarse de la víctima);

b) intensidad de los obstáculos que llevan a desistir: absolutos, que impiden la voluntariedad, o mínimos, que son compatibles con la voluntariedad (TS 1096/2007, 19-12; 1124/1999, 10-06; 1124/2001, 13-06).

- No hay desistimiento voluntario si la pistola solo tiene una bala y se dispara sin alcanzar a la víctima, pues la no consumación obedece a causas ajenas a la voluntad.
- No hay voluntariedad si el último intento desistido ha sido precedido por una tentativa acabada no desistida (TS 657/2007, 21-06).
- Hay voluntariedad cuando la víctima de una agresión sexual engaña al autor, fingiendo una fractura y el autor depone su actitud para trasladarla a un servicio de ambulancias (TS 1227/2003, 26-09).

2º. *Eficaz*: el desistimiento malogrado (se intenta evitar el resultado, pero no se consigue) es ineficaz y el delito queda consumado. La doctrina busca fórmulas que suavicen esta consecuencia.

3º. *Propio*: la eficacia del desistimiento alcanza sólo al sujeto que lo protagoniza y no a otros participes que decidan continuar su plan delictivo. Pero en caso de intervención de más de un sujeto puede ocurrir que uno desista y otro u otros consumen. En este caso puede darse eficacia individual al «intento de desistimiento» de uno, a pesar de la consumación lograda por otros (art. 16. 3).

7.4. Efectos del desistimiento: impide la tentativa y su pena, pero no afecta a la punición de los actos ya realizados que constituyan, de por sí, delito o falta (art. 16.2).

8. Delito imposible, tentativa inidónea, tentativa irreal y delito putativo

8.1. *Delito imposible*: no puede ejecutarse el delito por ausencia de objeto (querer matar a un cadáver).

8.2. *Tentativa inidónea*: no puede producirse el delito por utilizarse medios inadecuados para ello (querer matar con dosis insuficiente de veneno).

8.3. *Tentativa irreal (o supersticiosa)*: los medios empleados son imaginarios (querer matar haciendo budú o mediante hechizos y maldiciones).

8.4. *Delito putativo*: el sujeto cree estar cometiendo un delito, pero su conducta es atípica por no estar prevista en el CP; es un error de prohibición al revés y no se pone en peligro ningún bien jurídico penalmente relevante. El principio de legalidad impide el castigo.

8.5. Sobre la *punibilidad de la tentativa inidónea*:

- necesidad de distinguir entre tentativa absolutamente inidónea (o delito imposible) y tentativa relativamente inidónea.

- inexistencia de castigo expreso y exigencia de que los hechos «*objetivamente*» puedan producir el resultado: consecuencias.
- la Jurisprudencia del TS:
  - * tras la entrada en vigor del CP 1995, algunas Sentencias mantuvieron la impunidad de la tentativa inidónea;
  - * tesis mayoritaria posterior: impunidad de la absolutamente inidónea y castigo de la tentativa relativamente inidónea

❑ STS 1000/1999, 21-06: el término «*objetivamente*» no exige una idoneidad absoluta de los medios o del objeto y su introducción en el art. 16.1 CP no limita la punibilidad a las tentativas idóneas porque «objetivamente» significa «*que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados son racionalmente aptos para ocasionar el resultado…la intervención penal se justifica porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizado medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto*.». Lo anterior supone que el TS da entrada en el fundamento de la tentativa a consideraciones subjetivas relativas a la voluntad del autor contraria a derecho.

❑ STS 1192/1997, 03-10: referida al delito de violación consideró que «*la tentativa inidónea sólo concurriría en los casos en los que nos encontramos ante una imposibilidad congénita o adquirida, que impidiese la erección de forma permanente pero no en el caso presente en el que la falta de erección fue transitoria y el propósito de conseguir la erección fue pleno pero resultó frustrado.*».

❑ STS 1124/2001, 13-06: hay tentativa punible de robo en el intento de abrir unas puertas blindadas con dos grandes destornilladores insuficientes para ello dadas las características de las puertas, porque «*la idoneidad del medio no desaparece por el hecho de que el objeto tenga una protección superior a la esperada…la distinción entre tentativas idóneas e inidóneas… carece de razón de ser y no puede ser el fundamento político criminal de la no punibilidad de las supuestas tentativas inidóneas*».

❑ STS 992/2000, 02-06: se ha castigado por tentativa al sujeto que para provocar la muerte de su hermano provoca un incendio en su casa, dándose la circunstancia de que el hermano no estaba dentro.

❑ STS 289/2007, 04-04: hay tentativa de homicidio y no es inidónea sino idónea, en el caso del sujeto detenido que arrebata el arma al ertzaina y le apunta a 20 centímetros del pecho, accionando dos veces el gatillo, estando la pistola sin munición, porque «*no existía inidoneidad del arma, solo faltó munición*» y puntualiza que, aunque se admitiese a efectos dialécticos que es una tentativa inidónea, ello no supondría la impunidad en aplicación de la tesis del TS que considera que tales casos de inidoneidad son punibles.

9. SUPUESTOS ESPECIALES

9.1. En los delitos de resultado, tanto por acción como por omisión (comisión por omisión), la tentativa —acabada o inacabada— es posible. Pero hay delitos que presentan ciertas particularidades:

- *delitos de mera conducta*: no se puede diferenciar entre tentativa acabada y consumación, ya que el principio de ejecución conlleva necesariamente la consumación, pero es posible la tentativa inacabada, cuando la conducta es fraccionable en más de un acto.
- *delitos de omisión pura* cualquier forma de tentativa es difícil de ver: si un sujeto omite el socorro debido, pero inmediatamente después lo presta, no diremos que hay una tentativa de omisión del deber de socorro.
- *delitos permanentes* (bigamia o secuestro): la posibilidad de tentativa se circunscribe al momento inicial, pero una vez «consumado» tal momento, ya no cabe tentativa.
- *delitos continuados de robo: cabe la tentativa*: (STS 1124/2001, 13-06).
- *delitos de consumación anticipada* (se castigan los actos preparatorios como si se tratase de conductas consumadas): es el caso del tráfico de drogas, el TS admite la tentativa cuando no se alcanza la tenencia de la droga por causas ajenas al autor y la rechaza, castigando por consumación, cuando la tenencia se alcanza pero no se consigue el propósito buscado de traficar (STS 379/2000, 13-03).

Tema XII

La autoría

1. Regulación legal

Art. 27: Responsables criminalmente son autores y cómplices.

Art. 28.1: Realiza función constitutiva sólo para la autoría mediata. Los autores y coautores vienen definidos en los tipos de la Parte Especial. A inductores y cooperadores necesarios sólo se les considera autores a efectos de pena, pero son partícipes.

Arts. 28.2 y 29: Causas de extensión de la pena (constitutivas). Partícipe es quien contribuye o colabora al hecho (inductor y cooperador necesario o no necesario). Encubrimiento tipo autónomo.

2. Distinción autoría/participación

2.1. *Teorías negativas*: niegan distinción entre autor y partícipe. Así:

a) *Concepto extensivo de autor*: Todos los que ponen una condición para el resultado son autores (teoría de la equivalencia de las condiciones).

b) *Concepto unitario de autor*: Son autores todos los que se asocian para realizar una actividad criminal, sin importar la entidad de la participación.

   – *Acuerdo previo*: Son autores todos los que acuerdan la comisión del hecho, sin importar la entidad de la participación.

2.2. *Teorías diferenciadoras*: Distinguen entre autor y cómplice, éste realiza una conducta accesoria a la de aquél (Principio de Accesoriedad de la Participación)

a) *Teorías subjetivas*:

- Del dolo: Autor = voluntad predominante; cómplice = subordinada.
- Del Interés: Autor = interés propio; cómplice = ajeno.

b) *Teorías objetivas*:

- Objetiva material: Autor es el que aporta una causa, cómplice una mera condición. No incorpora criterios para la distinción.

- Dominio del hecho: Autor es quien consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, tanto en lo subjetivo (orienta su conducta a la lesión de un bien, conoce las circunstancias objetivas que fundamentan su dominio sobre el hecho) como en lo objetivo (determina el si y el cómo de la realización del delito y puede interrumpir el curso causal). Concreciones del dominio: en autoría directa, de la acción; en coautoría, funcional; en autoría mediata, de la voluntad. Cambia el concepto en los delitos de infracción del deber (imprudencia, omisión y funcionarios) y en los de propia mano.
- Objetivo formal: Autor es quien realiza el tipo, quien «conjuga» el verbo típico (distinción entre actos ejecutivos típicos y no típicos). Autor mediato no ejecuta, realiza el hecho por medio de otro.

3. CLASES DE AUTORÍA

3.1. *Autor directo*: realiza el hecho por sí solo. Elementos: ejecución directa y de propia mano de la conducta típica. Objetivo-formal: ejecución por sí mismo. Dominio del hecho: domina la acción.

3.2. *Coautor*: realizan conjuntamente el hecho. Elementos:

1) *realización conjunta*: características de la aportación (diferencia con el cooperador necesario):
   a) teoría objetivo-formal: coautor = actos típicos (distinción entre actos nucleares o no), cooperador necesario = actos preparatorios o ejecutivos (distinción típicos no nucleares o no típicos).
   b) teoría del dominio del hecho: dominio funcional (cooperador necesario = coautor); criterios adicionales: intervención en fase preparatoria (cooperador necesario) o ejecutiva (coautor), subordinación de la voluntad a otro u otros (cooperador necesario), etc.
   c) Casos especiales: Coautoría *aditiva* (ejecución conjunta + producción del resultado sólo por algunos o por la suma de todos ellos. Ej. A y B disparan sobre C, pero sólo A consigue alcanzar a su objetivo: coautores). Coautoría *alternativa* (ejecución real + ejecución alternativa posible. Ej. A se sitúa a la entrada principal del edificio y B en la trasera a la espera de C para darle muerte al salir por una u otra vía: cooperador necesario o coautor). Coautoría mediata (intervención o no en fase ejecutiva: jefe de la banda). Coautoría en delitos especiales (sólo de *intranei*). Coautoría en delitos omisivos (posible cuando el deber infringido sólo podía ser cumplido por la actuación conjunta de varios).

2) *Acuerdo común*: base de la imputación recíproca. Reparto de funciones. Expreso o tácito, previo o simultáneo a la ejecución (coautoría *adhesiva o sucesiva*: responde de lo que sucede desde su intervención, dependiendo de si constituye o no injusto separado de la globalidad del hecho). Supuestos de exceso (discrepancia entre lo acordado y lo ejecutado): ruptura de imputación recíproca para el exceso, salvo dolo eventual. *Autoría accesoria* = actuación conjunta + ausencia de común acuerdo (A y B disparan sobre C, desconociendo cada uno de ellos lo que va a hacer el otro: autor de lo que le sea imputable —tentativa o delito consumado—. Coautoría en delitos imprudentes (acuerdo sobre la conducta imprudente, no sobre el resultado).

Intervención	Tª objetivo-formal	Tª dominio del hecho
Jefe de la banda	Cooperador necesario o inductor	Coautor o cooperador necesario (intervención o no en fase ejecutiva)
Actos de vigilancia	Cooperación (necesaria o no)	Coautor o cómplice
Facilitar la huida	Cooperación (necesaria o no)	Coautor o cómplice
Sujetar a la víctima (homicidio o violación)	Autor o cooperador necesario (acto de sujetar sea o no típico)	Coautor

Casos particulares	Calificación
Autoría accesoria: A y B disparan sobre C, desconociendo cada uno de ellos lo que va a hacer el otro	Autores de homicidio consumado Autores de tentativa de homicidio
Coautoría aditiva: A y B disparan sobre C, pero sólo A consigue alcanzar a su objetivo	Coautores de homicidio
Coautoría alternativa: A se sitúa a la entrada principal del edificio y B en la trasera a la espera de C para darle muerte al salir por una u otra vía	Cooperador necesario o coautor
Coautoría sucesiva o adhesiva	Coautor o autor del injusto separado

3.3. *Autor mediato*: realiza el hecho por medio de otro. Requisito esencial que lo diferencia del inductor: instrumentalización del ejecutor material: por engaño, violencia o intimidación (ausencia de libertad o de consciencia de la trascendencia penal de lo realizado). Ausencia de acción del instrumento = autor directo. Responsabilidad del ejecutor material instrumentalizado: a) irresponsabilidad por falta de tipicidad (condiciones de autoría, dolo, elementos subjetivos del injusto), de antijuridicidad (detención policial motivada por denuncia falsa) o de culpabilidad (inimputable, miedo insuperable). b) responsabilidad: de forma atenuada (error vencible de tipo o de prohibición, exención incompleta de miedo insuperable) o de forma plena (autor tras el autor: dominio de organización).

4. Responsabilidad penal en delitos cometidos por medio de imprenta u otros medios de difusión mecánicos

4.1. *Art. 30 CP*: excepción al régimen general: reducción del ámbito de posibles responsables (principio de limitación). Razón de ser originaria: aseguramiento de responsables (principio de efectividad).

4.2. *Delitos afectados*: aquellos cuyo injusto se vincula a la extensión del conocimiento de lo que alguien dice o escribe (libertad de expresión): delitos contra el honor, contra la intimidad, amenazas, etc. La difusión tiene que realizarse por medios de imprenta o de difusión mecánicos: prensa, radio, televisión, Internet, etc.

4.3. *Personas responsables*: responsabilidad escalonada, subsidiaria y excluyente (valoración de situaciones de rebeldía, residencia fuera de España, extinción de responsabilidad penal, irresponsabilidad penal):

Excluidos: cómplice y los que lo hayan favorecido real o personalmente. Discusión sobre el cooperador necesario.

Orden: autor material e inductor; directores de la publicación o programa difusor; directores de la empresa editora, emisora o difusora; directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. No es responsabilidad objetiva, deben reunir los requisitos de imputación subjetiva.

5. Actuaciones en nombre de otro

5.1. Art. 31.1 CP: causa de extensión del tipo en *delitos especiales propios*: evita lagunas de punibilidad, cuando quien actúa no reúne las características de autoría, que sí posee aquél en cuyo nombre se actúa (ej. alzamiento de bienes —art. 257 CP—, delito contra la hacienda pública —art. 305 CP—).

5.2. *Casos*:

a) persona física, administrador de hecho o de derecho, de *persona jurídica*. Concepto amplio de administrador: representante legal o voluntario, quien dirige la actividad (administrador, interventor, gerente, apoderado, etc.). Casos anómalos: uniones sin personalidad para fines concretos (comisión de festejos, etc.) y patrimonios autónomos (herencias yacentes, etc.)

b) persona física, representante legal o voluntario, *de otra persona física*. Suficiente el mandato o representación de hecho.

Art. 31.2 CP: responsabilidad directa y solidaria de pago de multa para la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta se actúo. Naturaleza jurídica: discusión sobre responsabilidad penal de personas jurídicas (¿quiebra del principio *societas delinquere non potest*?): valoración a la luz de los principios de culpabilidad, personalidad de las penas e igualdad. Asimilación de la medida a la responsabilidad civil ex delito o a consecuencias accesorias. (Suprimido por la LO 5/2010).

6. JURISPRUDENCIA

6.1.

- la doctrina tradicional del TS = acuerdo previo (coautoría): a modo ejemplificativo SSTS 05/06/1965, 09/11/1974; 21/01/1976, 28/02/1978, 21/11/1978. Se abandona progresivamente en los años 70-80.
- Teoría objetivo-formal fue utilizada para la autoría única y para la coejecución del derogado art. 14.1 CP 1973: a modo ejemplificativo, SSTS 30/06/1970, 10/06/1985, 07/02/1987, 25/01/1988, etc.
- Teoría del dominio del hecho: actualmente predominante, sobre todo para coautoría y autoría mediata: a modo ejemplificativo, SSTS 05/10/1988; 24/02/1989, 04/10/1994, 05/03/1999, 11/04/2000, 41/2004, 25-03, 81/2009, 10-2, 915/2009, 19-10, 1087/2009, 30-10, etc.

6.2. Autor material

TS mezcla las tesis objetivo-formales con las del dominio del hecho: «Es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal» (STS 779/2003, 30-5). En el mismo sentido: SAP, Córdoba, Sec. 2ª, 137/2004, 24-06; SAP, Asturias, Sec. 2ª, 277/2002, 10-12).

6.3. Coautor

a) Elemento objetivo

«no consiste en la ejecución de los actos que integran el tipo por todos y cada uno de los coautores, sino en la aportación por éstos, durante la fase de ejecución, de actos esenciales para la consecución del propósito común» (SSTS 311/2000, 25-03; 628/2000, 11-04. Se aplica el dominio funcional del hecho para incluir aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo (SSTS 28/2008, 15-01; 474/2005, 17-03; 1049/2005, 20-09; 1240/2000, 11-09; SAP, Guadalajara, Sec. 1ª, 44/2006, 07-04.
Aunque no se pueda individualizar la conducta de cada interviniente (SSTS 850/2007, 18-10; 416/2007, 23-05).
Pero "no es autor quien no está de acuerdo con los otros acusados y no realiza actos encauzados a la ejecución del delito, el solo conocimiento de que se está cometiendo falsedad y estafa no conlleva la aplicación de la teoría de dominio funcional del hecho" (STS 813/2009, 7-7).

Actos de vigilancia en robo (SSTS 09/05/1989; 21/02/1989; SAP, Cantabria, Sec. 3ª, 168/2005, 19-12); en hurto (SAP Granada, 2º, 462/2009, 25-9). Como cooperador (SAP Córdoba, 3ª, 190/2009, 2-7).

Jefe de la banda: «quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa ni materialmente en su ejecución» (SAP, Zaragoza, Sec. 1ª, 334/2007, 05-10; STS 257/2009, 30-3).

Para la Jurisprudencia autoría accesoria es «cuando uno de los autores actúa y otro (garante) omite impedir el resultado» (STS 1865/2000, 05-12; SAP, Murcia, Sec. 3ª, 73/2002, 29-11).

La coautoría aditiva «aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero sólo alguna o algunas de las acciones de dichas personas producirían el resultado típico (…) los casos de coautoría aditiva son supuestos que deben solucionarse como coautoría» y no como cooperación necesaria» (STS 1153/1997, 24-09).

b) Elemento subjetivo

***Pactum sceleris* o acuerdo previo:** «el fundamento del principio de imputación recíproca, que supone que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer» (STS 258/2001, 24-2, SAP, Alicante, Sec. 7ª, 54/2001, 07-11, SAP Pontevedra, 5º, 169/2009, 30-9). El acuerdo también puede ser *simultáneo* a la ejecución y tácito (coincidencia de voluntades: dolo compartido). "Es coautor quien no realiza los actos violentos o intimidatorios pero de común acuerdo con quien los ejecuta y participa en la sustracción de las cosas " (STS 97/2010, 10-2).

Coautoría adhesiva y sucesiva: «cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste» (STS 474/2005, 17-03; SAP Córdoba, Sec. 2ª, 137/2004, 24-06). **Sus elementos son** «1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito. 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel. 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento. 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho» (SSTS 417/1998, 24-3; 974/2000, 26-7, 563/2008, 24-9; SAP, Las Palmas, Sec. 1ª, 138/2007, 02-5).

Exceso en el pacto: «cuando uno de los coautores "se excede" por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca» (STS 519/2007, 14-6).

Coautoría en los delitos imprudentes: «siempre que haya un acuerdo de voluntades en la realización del mismo acto peligroso reflexivo o imprudente, y no del resultado que se referiría a la participación dolosa» (STS 1936/2001, 27-10).

6.4. Autoría mediata

Autor tras el autor: admitida por el TS: «el que obra por delante es responsable penalmente, utilizándose letra de cambio, siendo la madre del acusado libradora y la firma del aceptante falsa, ello para cometer estafa» (STS 400/2010, 7-5); «posición institucional del Alcalde le otorga una posición de dominio superior sobre el hecho de otros autores que obran también en forma responsable» produciendo delito de daños (STS 1360/1994, 02-07). La SAP, Barcelona, Sec. 2ª, 879/2003, 24-10, rechaza la autoría mediata con instrumento responsable: «en la autoría mediata el papel fundamental que permite imputar el hecho a alguien como autor deja de tenerlo el realizador material para pasar a la "persona de atrás", lo cual podrá suceder por dos clases de razones: a) porque el realizador material actúe sin libertad o sin conocimiento de la situación, habiendo sido ello provocado o aprovechado por la persona de atrás, coaccionando o engañando al instrumento o utilizándole contando con su falta de libertad o ignorancia de la situación, lo que obviamente no acaeció en el caso debatido ya que tanto la persona no identificada que empujó a la mujer, como Luis Pedro que la agarró por el cuello y la tiró del pelo, actuaron siendo plenamente conscientes de los actos que ejecutaron y lo hicieron con absoluta libertad y de modo voluntario o; b) porque la actuación del realizador material no pueda realizar el tipo pero sí permitir que con ella la persona de atrás lesione el bien jurídico protegido, lo cual tampoco será el caso de autos ya que el tipo de la falta de lesiones podía ser perfectamente realizado por quienes ejecutaron los actos que desencadenaron el quebranto corporal de la mujer, hasta el punto de que si no se condenó a Luis Pedro fue por entender la Juzgadora prescrita su infracción».

Instrumento doloso sin intención: propietario de ganado que indica a sus pastores que introduzcan el ganado en finas ajenas para pastoreo —hurto— (SAP, Teruel, Sec. 1ª, 32/2006, 27-10).

También «quien da una orden ilícita a un subordinado que obra de buena fe» (SAP, León, Sec. 2ª, 177/2003, 01-12).

Delitos especiales propios: autor mediato debe poseer la cualidad especial de autoría:

STS 539/2003, 30-04, rechaza la autoría mediata de un delito contra la hacienda pública «en tanto su autor tiene que tener forzosamente la cualidad de sujeto del impuesto cuyo pago se elude. Y como el IRPF es un impuesto que grava la renta de cada persona física, el acusado José María V. V. únicamente pudo cometer el delito concretado en la elusión fraudulenta de la cuota tributaria que pesaba sobre él. No pudo ser autor, ni directa ni mediatamente, de los delitos que pudieron haber cometido los otros acusados omitiendo el pago de las cuotas tributarias que a cada uno de ellos correspondía».

No es posible en una falta o delito de desobediencia cuando el sujeto no es el destinatario del mandato incumplido (SAP, Girona, Sec. 3ª, 51/1998, 11-02).

Tema XIII

La participación

1. Cuestiones generales

1.1. Concepto de participación

La participación representa una contribución efectiva y consciente al hecho antijurídico ajeno (doctrina mayoritaria), en alguna de las formas legalmente previstas. De acuerdo con ello,

a) La descripción legal de la participación **se integra** con la descripción de la conducta típica del autor (tipo de la Parte Especial).

b) Las formas de participación constituyen **causas de extensión de la pena**, en la medida en que sin sus correspondientes previsiones legales constituirían conductas ajenas a la relevancia penal.

1.2. Fundamento de la punición del partícipe

En virtud de la **teoría del ataque accesorio al bien jurídico** (especificación de la teoría del favorecimiento o de la causación), el injusto del autor determina esencialmente el injusto del partícipe.

La vinculación del injusto del partícipe no es, sin embargo, absoluta ni exclusiva, sino que conserva elementos autónomos, como su propio **dolo**, **desvalor de acción** o necesidad de que el **bien jurídico se halle protegido** también frente al partícipe.

1.3. Accesoriedad

La participación presenta una relación de dependencia respecto del hecho principal, en un **doble sentido**:

a) Accesoriedad cuantitativa, relativa al grado de desarrollo que debe haber alcanzado el hecho principal para que la contribución del partícipe pueda reputarse existente. A tal efecto, se estima necesario el inicio de la ejecución por parte del autor **(tentativa).**

Fase preparatoria	Inicio de ejecución	Consumación

***b) Accesoriedad cualitativa*,** relativa a los elementos del concepto dogmático de delito —tipicidad (T), antijuridicidad (A), culpabilidad (C), punibilidad (P)— que deben concurrir en la conducta principal para que quepa la punición del partícipe. A tal efecto, se estima comúnmente necesaria la realización, al menos, de un hecho típico y antijurídico por parte del autor (accesoriedad **media** o **limitada**).

Accesoriedad mínima	**Accesoriedad media o limitada**	**Accesoriedad máxima**	**Hiperaccesoriedad**
T	T + A	T + A + C	T + A + C + P

2. Formas de participación

Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

AUTORÍA EN SENTIDO ESTRICTO
Pena prevista para el autor (art. 61)

También serán considerados autores:

a) Los que *inducen* directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que *cooperan* a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

AUTORÍA EN SENTIDO AMPLIO
Misma pena del autor (art. 61)

Art. 29. Son *cómplices* los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

COMPLICIDAD
Pena inferior en grado (art. 63)

2.1. Inducción (art. 28, párr. 2º, a)

✓ Aspecto objetivo:

– Conducta:

a) Influjo psíquico sobre el autor que debe materializarse en un doble resultado:

– Generación de la resolución criminal (antes inexistente). (STS 126/2002, 22-03)

– Existencia, al menos, de un principio de ejecución por parte del autor (tentativa).

b) Medios ilimitados (v.gr., consejos, mediación de precio, intimidación, apuestas, mandato, provocaciones, etc). Lo determinante resulta ser, pues, la persistencia de imputación objetiva entre el resultado de inducción y la acción del inductor.

c) La inducción debe ser **directa**: (SSTS 539/2003, 30-04; 126/2000, 22-03).

– Debe determinarse a cometer un **delito concreto** (no se precisa especificar los pormenores del mismo, pero sí, con claridad, la clase de hecho).

– Debe dirigirse a un **autor determinado** (o a un círculo concreto de autores), pero no a un número indefinido de posibles autores.

– Debe existir una **relación interpersonal**, sin intermediarios, entre inductor e inducido. Ello no excluye la **inducción mediata** (donde no hay intermediario, sino instrumento inconsciente).

– Cabe, también, **coinducción**.

– Sujetos:

Inductor*: vid. supra, «conducta».*

Inducido:

a) No debe haber resuelto cometer el delito. (STS 1185/2001, 19-06).

En caso contrario (***omni modo facturus***), la conducta no es constitutiva de inducción sino, acaso, de **complicidad psíquica**, si refuerza la decisión (discutible).

b) Debe ser un sujeto **libre** e **imputable**.

c) Debe convertirse en **autor principal del hecho**.

No cabe ***inducción en cadena*** (= el inducido no realiza el tipo, sino que, a su vez, induce a otro para que lo realice en contra, STS 1978/1994, 10-11).

✓ Aspecto subjetivo:

– **Doble dolo:** referido no sólo a la generación de la **resolución criminal**, sino a que la conducta del inducido alcance la **consumación** (lo que es independiente de que acabe respondiendo por inducción al delito intentado, si finalmente el hecho queda en grado de tentativa).

- Esto último explica la impunidad de la conducta del **agente provocador** (=incitación a la comisión con intención de impedir a tiempo la consumación) (SSTS 2470/2001, 27-12; 1110/2004, 05-10).
- En caso de que el sujeto provocado consiga consumar el hecho, cabe plantear la responsabilidad del provocador

como autor (accesorio) imprudente, siempre que subsista la imputación objetiva (lo que no se dará cuando tal consumación resultase absolutamente imprevisible).

- SSTS 1502/2004, 27-12 y 539/2003, 30-04.

– El dolo del inductor opera como **límite de su responsabilidad.** Ello vale tanto para **desviaciones conscientes** del inducido, como para **desviaciones no queridas** (***error in objecto, aberratio ictus***: la solución a estos supuestos dependerá de la subsistencia o no de la relación de imputación objetiva entre lo inducido y lo efectivamente ejecutado). (STS 469/2002, 19-03).

– A la vez, lo realizado por el autor opera también como límite de la responsabilidad del inducido, en virtud de la accesoriedad.

2.2. Cooperación necesaria (art. 28, párr. 2º, b)

✓ Aspecto objetivo:

– Figura **específica del Derecho español**. (Su supresión es patrocinada por parte de la doctrina).

– Conducta que, sin realizar directamente actos típicos, **incrementa de forma sustancial el riesgo** de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, contribuyendo efectivamente a la configuración del hecho delictivo. (***Concepto en Jurisprudencia***: SSTS 371/ 2006, 27-03; 1382/2005, 21-11; 439/2006, 24-04).

– *Diferencia con la* ***autoría*****:** no realización de **actos típicos**, en contraposición con el coautor.

– Puede ostentar el **dominio negativo del hecho** (= posibilidad de desbaratar la ejecución); pero no ostenta el **dominio positivo** del mismo.

– *Diferencia con la* ***complicidad***: el carácter «**necesario**» de la aportación.

Necesidad:

- Su afirmación dependerá de que, en una valoración ***ex ante***, se concluya que la aportación ha **posibilitado el hecho.** En caso de que simplemente lo haya facilitado, reforzado o asegurado, se estará ante una conducta de complicidad.
- En la valoración de la «***necesariedad***» o no de las aportaciones realizadas en fase preparatoria resulta de utilidad la **teoría de los bienes escasos**. (SSTS 1324/2004, 12-11; 1159/2004, 28-10; aportación difícilmente reemplazable, STS 2463/2001, 19-12).

✓ Aspecto subjetivo:

– **Dolo,** referido tanto al acto de cooperación como a la consumación del hecho principal; el **exceso** en la conducta del autor no vincula al partícipe.

– ***Jurisprudencia***: SSTS 245/2003, 21-02; 112/2003, 03-02.

2.3. Complicidad (art. 29)

✓ Aspecto objetivo:

- Conducta que, sin realizar directamente actos típicos (vg. STS 1497/2004, 16-12), **incrementa el riesgo** de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor de forma **no sustancial**, contribuyendo efectivamente a la configuración del hecho delictivo. (SSTS 888/2006, 20-09; 699/2005, 06-06).
- ***Acciones neutrales***: las conductas cotidianas deben portar en sí mismas una referencia de sentido delictiva, situándose más allá del riesgo permitido.
- Al igual que la cooperación necesaria, puede ser **anterior** o **simultánea** al hecho principal.
- Cabe, igualmente, en la **fase post-consumativa**, siempre que sea previa a la ***terminación*** del delito (= momento final de la agresión del bien jurídico), y que la actuación se inserte en la **misma dirección lesiva** del hecho consumado. (En otro caso, podrá ser, si se dan sus requisitos, constitutiva de **encubrimiento, art. 451 CP**).
- Cabe tanto **complicidad física** como **psíquica**. En este último ámbito pueden entrar las **promesas previas de auxilio posterior**. La complicidad puede ser, también, **omisiva** (SSTS 318/2003, 07-03; 1348/2000, 19-10)
- La aportación debe ser efectiva, **causal para el resultado delictivo**, si bien esa causalidad es comúnmente entendida en un sentido matizado, como **causalidad *afluente, reforzante* o *modificadora* del hecho**.
  - * La progresiva permeabilidad de la teoría de la participación a los criterios de imputación objetiva con los que se viene operando en relación con la conducta del autor auguran un mejor rendimiento en este campo.

✓ Aspecto subjetivo:

- Igual que en 2.2.
- ***Jurisprudencia***: SSTS 699/2005, 06-06; 888/2006, 20-09; 970/2004, 22-07; 318/2003, 07-03.

3. CUESTIONES COMUNES

3.1. Participación y tentativa

- ***Participación en delito intentado:*** cabe. (***Vid. supra,*** «accesoriedad cuantitativa»: la participación puede construirse a partir de la tentativa del autor (aunque su dolo deba dirigirse a la consumación de la conducta principal).

- ***Participación intentada:*** impune. (Por razones de lesividad e intervención mínima).
  * Cuestión distinta será su incriminación como acto preparatorio específico.

3.2. Participación e imprudencia

- ***Participación culposa:*** No cabe participación por imprudencia (ya sea en delito doloso o culposo). La participación requiere conocimiento y voluntad de intervenir en el hecho en el que se participa.
  * Lo anterior no impide que, en su caso, pueda responderse (incluso en los supuestos que serían de participación culposa en delito culposo) como **autor accesorio de su propio delito imprudente**, si el resultado es imputable a su propia infracción de la norma de cuidado. Así sucederá en los casos de concurrencia de culpas en la producción del resultado, en los que sólo resultará punible, como autor imprudente, aquel interviniente en quien concurran los requisitos de la autoría.
- ***Participación en delito culposo:*** Si en lo anterior (no punibilidad de la participación imprudente) existe una aceptable coincidencia doctrinal, la cuestión es **más discutida** en relación con la admisibilidad de una participación (dolosa) en un delito imprudente.

3.3. Participación y omisión

- ***Participación (activa y omisiva) en delito de omisión:***

  a) **Activa:** Son posibles tanto la **inducción** como la **complicidad psíquica**, aunque será difícil que el partícipe no venga, a su vez, obligado a actuar (lo que le convertirá en autor de su propio delito omisivo).

  b) **Omisiva:** Quien contribuye con una omisión no será partícipe, sino, en su caso, **autor de su propio delito omisivo**, si concurren los requisitos siguientes:

  – que se encuentre en la situación típica, en un delito de **omisión pura**

  – que ostente la posición de garante y su inactividad equivalga a la acción, en una **omisión impropia.**

- ***Participación en comisión por omisión en delito activo:***

  Salvo en el caso de la **inducción**, que requiere un comportamiento **activo**, la participación (**complicidad** o **cooperación necesaria**) omisiva es admisible.

  Requisitos:

  ❑ Que el sujeto ostente posición de garante

  ❑ Que su inactividad **equivalga a la contribución activa** de la forma de participación en cuestión, de modo que **elimine obstáculos** en la ejecución del hecho principal, incrementando sustancial (cooperación necesaria) o no sustancialmente (complicidad) el riesgo para el bien jurídico.

  * En caso de no darse los anteriores requisitos, se prodrá incurrir subsidiariamente, en su caso, en la omisión pura del art. 450 CP.

3.4. Participación y delitos especiales

– **Delito especial** = aquél en el que la categoría del sujeto activo requiere alguna cualidad especial para poder ser autor.

– **Problemas relacionados:**

• **General**: Participación del ***extraneus*** (=quien no ostenta la cualidad especial requerida por el tipo) en un delito especial. ¿Es posible?

Sí resulta posible, en la medida en que éste es también destinatario de la norma, frente a cuyos ataques también resulta protegido el bien jurídico.

❑ El (cuestionable) tratamiento otorgado por el nuevo **art. 65 aptdo. 3º CP,** introducido por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

• **Específico**: Realización por el ***extraneus*** de la conducta propia de autoría, reservándose el ***intraneus*** (= quien sí ostenta la cualidad especial) un papel accesorio (partícipe) en la realización del hecho. ¿Se está ante una laguna de punición determinada por la accesoriedad?

❑ La figura del **instrumento doloso no cualificado**, como construcción ***ad hoc*** para evitar la impunidad en estos casos, fuerza el concepto de autoría mediata (que requiere una actuación no libre del instrumento), no resultando por ello plenamente satisfactoria.

❑ La solución favorable a la **impunidad** parece pues, ***de lege lata***, preferible. Y, en la práctica, no resulta tan traumática como cupiera imaginar, puesto que en muchas ocasiones la conducta del ***extraneus*** incurrirá en otro tipo penal, pudiendo calificarse al ***intraneus*** como partícipe; por otra parte, en los delitos de funcionarios –grupo tal vez más relevante entre los que pueden albergar esta problemática–, el legislador ya ha equiparado en buen número de casos la ejecución material de éste (***extraneus***) a su consentimiento para que otro ejecute –vg., arts. 432, 414, 415 CP–).

3.5. Delitos cometidos por medios de difusión mecánicos

✓ Régimen especial de responsabilidad (véase, ***Autoría***).

✓ Irresponsabilidad del cómplice (y favorecedor = art. 451 CP).

✓ Art. 30 CP.

Tema XIV

Antijuridicidad y tipo de lo injusto

1. Componentes de la antijuridicidad: tipicidad, bien jurídico y ausencia de causas de justificación

1.1. La mera realización de un hecho típico no implica todavía que el mismo constituya un *delito*. Para que así sea, la conducta deber ser además de típica, *antijurídica* y culpable.

Antijuridicidad = contrariedad a Derecho

1.2. Consecuencia: la consideración de una conducta como antijurídica se decide en función de TODO el Ordenamiento Jurídico. El análisis de esa contrariedad no puede limitarse al Código Penal.

1.3. Una conducta «es» o «no es» antijurídica, no cabe que sea «un poco» antijurídica en el Código Penal y, por lo demás, sea lícita, por ej., en el Código Civil (como tampoco se puede estar «un poco» embarazada).

Expresión clave = unidad del Ordenamiento Jurídico

1.4. Principio general: los tipos penales describen un injusto típico (modelo); como regla general, la realización de un hecho típico implica su antijuridicidad (la tipicidad es un indicio de lo injusto, de lo ilícito). Pero «tipificar» entraña necesariamente:

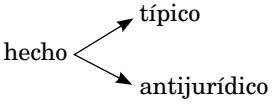
– generalización

– abstracción

resultando imprescindible la previsión de situaciones excepcionales que se separan de la regla o pauta general y abstracta. Esas situaciones se regulan, precisamente, a través de las llamadas **causas de justificación**.

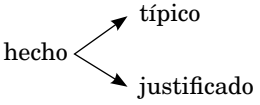
1.5. Al margen de su fundamento y elementos:

– la *ausencia de causas de justificación,* confirma el indicio de lo injusto de la conducta típica:



= ilícito: la lesión o p.peligro del BJ está prohibida (no está justificada)

– la *presencia de una causa de justificación*, hace decaer en el caso concreto el indicio de lo injusto de la conducta típica:



= lícito: la lesión o p.peligro del BJ está autorizada (está justificada)

1.6. Consecuencia: la existencia o no de causas de justificación para nada influye en la previa afirmación de la tipicidad de la conducta: el que excepcionalmente no sea contrario a Derecho (antijurídico) matar a una persona (por ej. en legítima defensa), nada quita a la afirmación de que matar a una persona es en general un comportamiento prohibido, previsto en un tipo penal (sistema tripartito del delito).

1.7. Doctrina minoritaria: la presencia de una causa de justificación anula el indicio de la tipicidad: el hecho justificado no es típico (Teoría de los elementos negativos del tipo; sistema bipartito del delito). Breve mención a la *teoría de los tipos abiertos* (examen de las características positivas de la antijuridicidad que se hallan fuera del tipo).

1.8. Definición: antijuridicidad penal es aquella característica imprescindible del delito conforme a la cual para poder estimar que un comportamiento es delictivo, es necesario que éste infrinja, sin causa que lo justifique, la prohibición de hacer o de omitir expresada por la norma y que lesione y ponga en peligro —real o potencialmente— el bien jurídico que con ella se intenta proteger (o amparar).

1.9. Antijuridicidad formal y material: la formal consiste en la contradicción entre la conducta y el Ordenamiento Jurídico, mientras que la antijuridicidad material se refiere a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados.

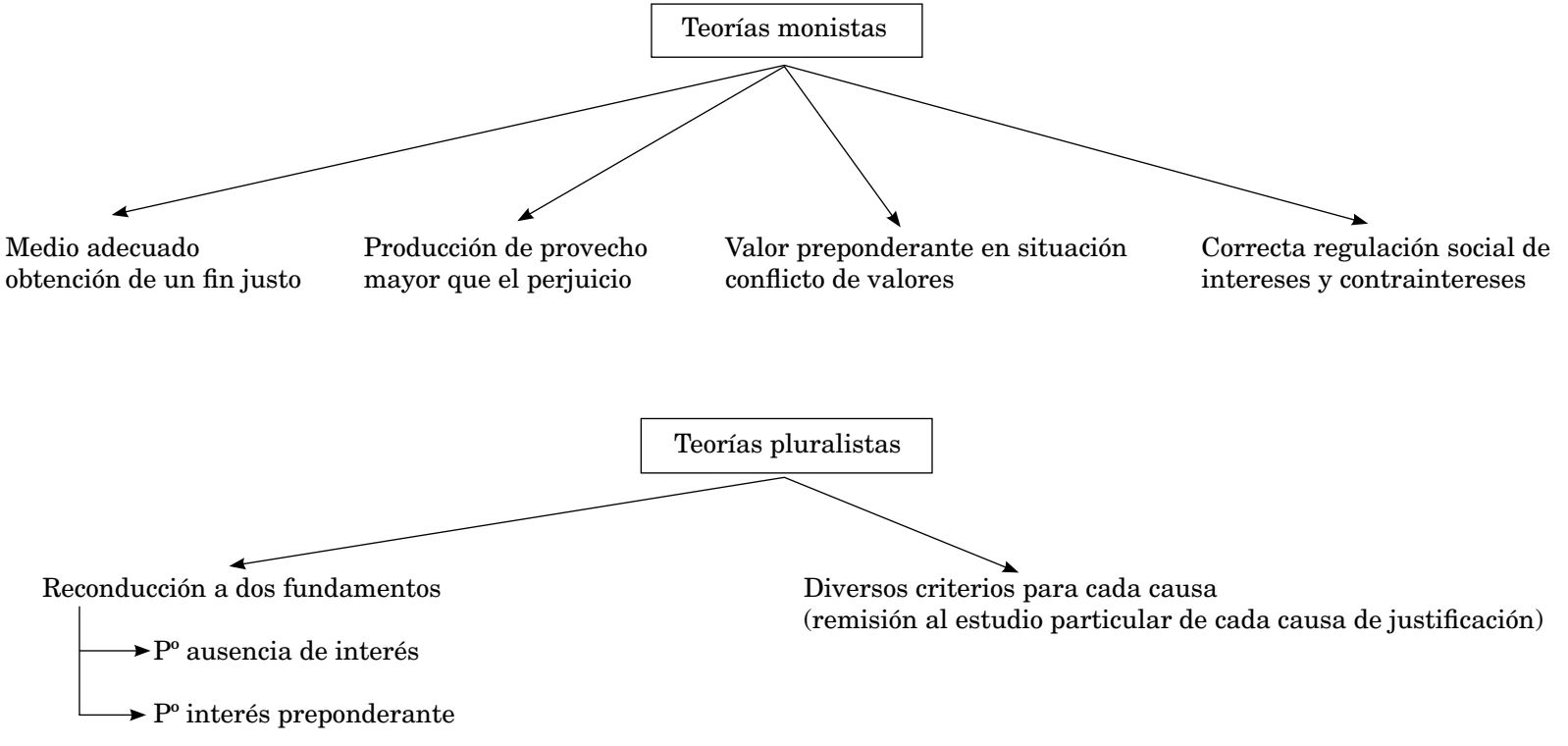
2. Las causas de justificación. Fuentes, fundamento y sistemática. Naturaleza justificante del consentimiento

2.1. Las causas de justificación son normas permisivas que se componen de elementos objetivos y subjetivos, y que suponen la negación de la obligación de hacer o no hacer contenida en los tipos (de acción y de omisión). También se conocen como «causas de exclusión de la antijuridicidad».

2.2. Entendidas como autorizaciones para obrar típicamente, las causas de justificación, más allá de las expresamente contempladas en el Código Penal, pueden derivarse de cualquier norma jurídica que conceda válidamente a los individuos una libertad de actuación: son fuentes de las causas de justi-

ficación la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Posibilidad de admisión de «causas de justificación supralegales».

2.3. Respecto al fundamento de las causas de justificación, deben distinguirse: teorías monistas (un único fundamento para todas) y teorías pluralistas (fundamentos distintos para las diversas causas).



2.4. Las causas de justificación recogidas en el CP español son la legítima defensa (art. 20.4º), el estado de necesidad (art. 20.5º) y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7º); un sector de la doctrina considera que el estado de necesidad, en el caso del ocasionamiento de un mal igual al que se trata de evitar, carece de eficacia justificatoria, tratándose de un supuesto de exculpación basado en el principio de inexigibilidad. No existe unanimidad doctrinal al respecto de la posibilidad de apreciación de causas de justificación análogas a las previstas en el art. 20 CP.

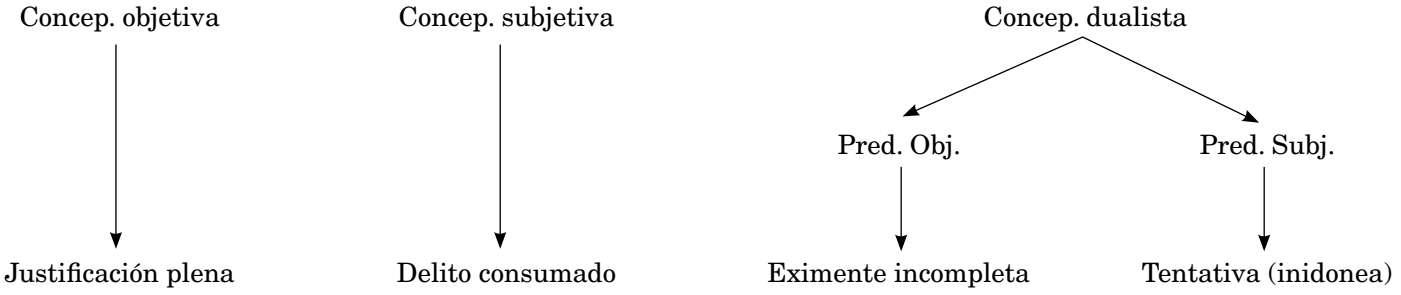
2.5. El CP no se refiere al *consentimiento* como causa de justificación; la doctrina mayoritaria acepta esa condición basada en el principio de ausencia de interés (del sujeto pasivo y del Derecho en la protección del bien jurídico) con base en el art. 10 CE: están justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente. Debe distinguirse de los supuestos de conformidad del afectado en los que, faltando la oposición del sujeto pasivo, desaparece la lesividad (conductas atípicas). Un sector de la doctrina considera que cabe su apreciación a través de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Su alcance se limita a los delitos contra los particulares en cuyo concreto ámbito deberán estudiarse los requisitos.

2.6. En caso de concurrencia de dos o más causas de justificación rigen los principios generales para la solución de los concursos de normas.

3. Desconocimiento y suposición errónea del elemento objetivo de justificación

3.1. El elemento subjetivo de justificación opera como contra factor del elemento subjetivo del tipo: valor de acción que contrarresta el desvalor de acción. Concurre cuando el sujeto activo realiza la conducta típica desde el conocimiento de la presencia de los presupuestos de hecho de una causa de justificación. No obstante, e incorrectamente, la Jurisprudencia parece exigir en ocasiones la presencia de un ánimo determinado añadido al mero conocimiento de la situación de justificación (STS 1125/2002, 14-06).

3.2. El fenómeno de la ausencia del elemento subjetivo de justificación, concurriendo los presupuestos objetivos, ha sido objeto de distintas valoraciones y soluciones dogmáticas, vinculadas a la concepción objetiva, subjetiva o dualista que se mantenga respecto de la antijuridicidad penal.



Ej.: Un sujeto (A) mata a su hijo (B), sin saber que (B) ya había iniciado actos ejecutivos de homicidio de su madre (C), cuya muerte se evita por la acción de (A).

– *1ª solución:* A mata a B en legítima defensa
  - Ventajas: objetivamente se ha producido el resultado deseado por la norma (la salvación de C); un tercero que conociese todos los elementos de la situación (un vecino, D) no podría ampararse en una legítima defensa si pretendiese matar a A (habría dos muertos —A y C— en lugar de uno —B);
  - Inconvenientes: ignora la intención homicida ejecutiva de A; se aleja de la doctrina general (también mantenida por la jurisprudencia) que considera el elemento subjetivo de justificación un elemento esencial de toda causa de justificación.

– *2ª solución:* A comete un delito consumado de homicidio de B.
  - Ventajas: responde a las necesidades punitivas inherentes a la intención homicida ejecutiva de A;
  - Inconvenientes: ignora el hecho de que A ha evitado la muerte de C; la conducta de A puede ser rechazada en legítima defensa, de modo que quedaría justificada la hipotética acción de D, prefiriendo en tal caso el ordenamiento la muerte de dos personas, A y C, a la muerte de una, B.

– *3ª solución:* A mata a B concurriendo legítima defensa incompleta.
  - Ventajas: solución limpia y directa formalmente acomodada al CP;
  - Inconvenientes: tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia conciben el elemento subjetivo de

justificación como un elemento esencial de toda causa de justificación; pese a quedar parcialmente justificada, la conducta de A sigue siendo antijurídica, con lo que, en principio, D podría actuar contra A en legítima defensa.

– *4ª solución:* la conducta de A constituye una tentativa inidónea de homicidio de B (mayoritaria en la doctrina).
  - Ventajas: negar el derecho de legítima defensa de tercero de D; permite apreciar conjuntamente tanto la intención homicida ejecutiva de A, como el hecho de que con dicha ejecución A ha conseguido un resultado deseado por el Ordenamiento Jurídico, como es la salvación de C.
  - Inconvenientes: B sí ha muerto (se ha producido el resultado típico del homicidio), y pese a ello se concluye que el autor, dadas las circunstancias del caso, no puede de ningún modo realizar un resultado (de lesión de la vida) desvalorado por el ordenamiento.

3.3. El error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación se considera, mayoritariamente, un caso de error de prohibición contemplado en el art. 14.3 del CP. Un sector minoritario de la doctrina lo incardina en los supuestos de error de tipo, excluyente del dolo, y a resolver conforme al art. 14.1 del CP.

4. Efectos y límites de las causas de justificación

4.1. Consecuencias directas de la concurrencia de una causa de justificación:

- No procede la imposición de una pena;
- No procede la imposición de ninguna medida de seguridad (art. 6 y art. 20 *in fine CP*).
- Queda excluida con carácter general la responsabilidad civil derivada del delito. No obstante, como excepción, estado de necesidad (art. 118. 1. 3ª CP): es responsable civil la persona en cuyo favor se ha precavido el mal, quien, en caso de protección de intereses propios, coincide con el autor de la conducta típica justificada.

4.2. La aplicación de una causa de justificación produce asimismo las siguientes consecuencias sistemáticas:

- La justificación del hecho principal del autor justifica también las conductas de participación (principio de accesoriedad limitada de la participación). Sí cabe autoría mediata con instrumento que actúa justificadamente.

- Frente a una conducta justificada no es posible la respuesta en legítima defensa (no concurre agresión ilegítima).

4.3. Un asunto más discutido es el de si es posible o no el enfrentamiento entre causas de justificación. Construcción hipotética de un enfrentamiento entre dos estados de necesidad en caso de conflicto de bienes o intereses equivalentes.

4.4. Operan como límites de la justificación:

- Los excesos, que poseen carácter antijurídico
- La provocación intencionada de una situación con la pretensión de invocar una causa de justificación.

5. Justificación parcial: causas de justificación incompletas

5.1. Distinción entre elementos esenciales (necesariamente presentes) o inesenciales (no necesariamente presentes) derivada de la regulación sobre eximentes incompletas (art. 21.1ª en relación con el art. 68, ambos del CP).

5.2. En general, y con carácter mayoritario se considera esencial el elemento subjetivo de justificación, por lo que su ausencia (al menos en los delitos dolosos) impide la apreciación de una eximente incompleta (solución 3, del apartado 3 anterior). Necesidad de distinguir en la parte objetiva entre elementos objetivos esenciales e inesenciales de cada una de las causas de justificación: remisión al estudio concreto de cada una de las mismas.

Tema XV

La legítima defensa

1. Regulación y naturaleza jurídica

Art. 20.4º CP. Causa de justificación.

2. Fundamento: doble

2.1. *Aspecto individual*: autoprotección de bienes jurídicos.

2.2. *Aspecto social*: prevalencia del Derecho sobre lo ilícito.

2.3. *Consecuencias*:

1ª. No está sometida al principio de ponderación de bienes jurídicos.

2ª. Restricciones ético-sociales:

a) Agresiones de personas inculpables: se aconseja evitar la defensa directa si ello es posible porque el interés preventivo general no se ve perjudicado.

b) Agresiones insignificantes y defensa que comporta peligro para la vida del agresor (exceso extensivo por extrema desproporción de bienes que supone ausencia de necesidad de defensa).

3. Elementos

3.1. Agresión (esencial objetivo): si falta no puede apreciarse legítima defensa.

– *Puesta en peligro de un bien jurídico*, incluyendo en ella la *omisión*.

– *Dolosa*: frente a agresión imprudente cabe estado de necesidad.

– *Ilegítima*: constitutiva de infracción penal típica y antijurídica (delito o falta). No es necesario que el agresor sea culpable.

- *Real*: la legítima defensa putativa supone error de prohibición.
- *Actual o inminente*: cuando la agresión ha cesado: exceso extensivo (hay venganza, no *necesidad de defensa*). Cuando la agresión no ha comenzado: exceso extensivo. No cabe defensa preventiva. Inminencia: indicios racionales de agresión ilegítima; doble baremo: objetivo, observador imparcial. Subjetivo: circunstancias y conocimientos del defendido.
- *Bienes jurídicos defendibles*: bienes jurídicos *individuales* propios o de terceros (no así los bienes jurídicos colectivos).

El ataque a los *bienes patrimoniales* ha de constituir *delito* o *falta* y ha de ponerlos en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. Respecto de la *morada*, es sólo defendible una de las modalidades del delito de allanamiento de morada (art. 202): la *entrada indebida*. *Dependencias*: remisión al art. 241.3. El problema de la defensa de estos bienes mediante *offendicula* —medios animados, inanimados o automáticos de defensa utilizados para impedir a extraños el acceso a la propiedad privada o para la defensa de los bienes, con la característica de que se busca que produzcan daño o lesión a quienes intente dicho acceso ilícito— suele estar relacionado con la necesidad de defensa o con la racionalidad del medio.

3.2. Necesidad de defensa (esencial subjetivo): se da cuando es contemporánea a la agresión. Falta esa necesidad abstracta de defensa en casos de manifiesta desproporción y cuando la agresión no es actual (exceso extensivo), lo que excluye la legítima defensa.

3.3. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión (accidental objetivo): exige que el medio elegido para la defensa sea el menos lesivo posible y utilizado con la menor intensidad posible. Si no es así, dará lugar al exceso intensivo que determina legítima defensa incompleta (art. 21.1ª).

3.4. Falta de provocación *suficiente* por parte del defensor (accidental objetivo). El límite máximo es el propio concepto de *agresión ilegítima*. No cabe tampoco cuando la agresión fue provocada intencionalmente para luego invocar legítima defensa. A quien provoca con nivel de intensidad «suficiente» o «adecuado» sin llegar a «agresión ilegítima», le asiste la legítima defensa incompleta. La Jurisprudencia no suele apreciar la legítima defensa en casos **de riña mutuamente aceptada** por entender que existe provocación mutua.

4. Jurisprudencia sobre legítima defensa

Fundamento:

Aspecto individual: necesidad de autoprotección**:** SSTS 1253/2005, 26-10; 470/2005, 14 -04; 794/2003, 03-06; 332/2000, 24-02.

Aspecto social: el Ordenamiento no tiene que tolerar agresiones ilegítimas: STS 411/2000, 13-03. La ratificación del orden jurídico y la defensa del derecho en el sentido de que éste no debe ceder ante un acto injusto: STS 1766/1999, 09-12.

Agresión

Concepto: creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles, superando la doctrina tradicional del TS como «existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo»: SAP, Madrid, Sec. 1ª, 444/2002, 16-10; SSTS 74/2001, 22-01; 189/1998, 16-02; 19/04/1988.

Requisitos: elemento indispensable. Ha de ser objetiva y real, ha de provenir de un acto humano, ser ilegítima, es decir, un acto injustificado, pues frente a actos justificados no cabe una reacción justificada; debe ser actual e inminente, pues esa exigencia impide la justificación de la venganza; ha de ser, además, directa, inmotivada e imprevista, lo que, en principio, podría excluir las actividades simplemente amenazadoras cuando no van acompañadas de la racional convicción de un peligro inmediato: STS 149/2003, 04-02, STS (Sala de lo Militar) de 18/11/2000; inapreciable en delitos imprudentes: STS 1592/2005, 26-12.

Exceso extensivo por no actualidad de la agresión*:* Cuando la agresión ya ha cesado. La agresión debe ser actual, debiendo existir unidad de acto entre la misma y la defensa. Si el ataque agresivo ha pasado la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en venganza: STS 1861/2001, 17-10**;** falta unidad de acto por el transcurso de quince minutos entre las agresiones: STS 1252/2001, 26-06.

Cuando la agresión no ha comenzado: la víctima exhibe sable en tono amenazante y cuando lo está desenvainando, el acusado se lo arrebata y le agrede con él. La reacción del acusado tuvo lugar antes de que la víctima hubiera ejecutado una acción objetivamente agresiva. Falta *«necessitas defensionis»*: STS 74/2001, 22-01.

Elemento subjetivo: ***la necesidad de defensa***: la Jurisprudencia lo considera esencial y, por tanto, imprescindible. La no concurrencia supone, en consecuencia, no apreciar legítima defensa ni siquiera incompleta. Todos los casos de venganza suponen, así, no apreciar legítima defensa. Sin embargo, en pocas sentencias se habla de «la necesidad de defensa» analizándolo como tal elemento subjetivo (STS de 02/10/1981) sino que lo vinculan con el otro esencial objetivo: actualidad de la agresión, determinando el exceso extensivo (SAP, Granada, Sec. 1ª, 211/2004, 22-04: ataque realizado cuando el supuesto de riesgo ha finalizado; ausencia de finalidad defensiva; finalidad meramente vengativa**.** STS 794/2003, 03-06: diferencia falta de necesidad de defensa y falta de racionalidad en el medio. STS 614/2004, 12-05: el dolo homicida no es incompatible con la exigencia de legítima defensa, que fundamenta la eximente, habrá que valorar la gravedad de la agresión así como la respuesta del injustamente agredido). Así, STS 360/2010, 22-04: a pesar de ser compatible con el "animus necandi" si la agresión no va precedida de ningún acto violento de la víctima, siendo la agresión tan rápida y tal serenidad del acusado en la acción que descarta cualquier intención de defensa, situándose en una mera intención homicida premeditada.

Diferencias exceso extensivo e intensivo: *«necessitas defensionis»*: *1. necesidad de una reacción defensiva* (exige actualidad de la agresión, que determina la autenticidad del «animus» defensivo, elemento subjetivo exigible para cualquier consideración sobre la legítima defensa, tanto completa o incompleta).

2. Necesidad de los medios empleados para su realización, aptitud y proporcionalidad de los mismos (correspondencia entre el ataque y la reacción defensiva que si, cualitativa o cuantitativamente, se ofreciesen desfasados, supone un exceso intensivo en la reacción impidiendo el juego de la eximente plena). SSTS 962/2005, 22-07; 86/2002, 28-01, 596/2001, 06-04; SAP, Madrid, Sec. 1ª, 444/2002, 16-10.

Compatibilidad de la legítima defensa con el miedo insuperable: dos vías:

A) el miedo insuperable justifica el exceso intensivo, estimando la legítima defensa completa pues ese estado de perturbación anímica producto de la agresión es suficiente para fundar la inexigibilidad de otra conducta**:** STSJ, Galicia, Sala de lo Civil y Penal, 4/2002, 08-07; STS 332/2000, 24-02.

B) La eximente incompleta de miedo insuperable es compatible con el error vencible determinante de una incompleta legítima defensa putativa pues la víctima entendió erróneamente, a causa del miedo que sentía, que la agresión iniciada contra su establecimiento, su familia y él mismo, no había finalizado, por lo que realizó un disparo que alcanzó a uno de los agresores que huían, causándole la muerte; probablemente hubiese bastado con la mera exhibición del arma: STS 143/2007, 22-02.

Racionalidad del medio

En la determinación de la racionalidad priman módulos objetivos: ecuación entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar aspectos *subjetivos*, pues dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad para elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión. SSTS 962/2005, 22-07, 6/2002, 28-01, 596/2001, 06-04; SAP, Madrid, Sec. 1ª, 444/2002, 16-10.

No puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión causada y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada: SSTS 962/2005, 22-07; 86/2002, 28-01, 596/2001, 06-04; SAP, Madrid, Sec. 1ª, 444/2002, 16-10.

Falta de provocación suficiente

Diferencia entre «provocar» y «dar motivo u ocasión»: la provocación ha de ser adecuada y proporcionada a la agresión. Si falta esa adecuación se produce un exceso en la defensa, que impide la estimación de la eximente completa. No basta, pues, para invalidar la exención total de responsabilidad cualquier provocación de la agresión, sino que aquélla debe provenir del injustamente agredido o amenazado en su persona o derechos, y ser de entidad suficiente para desencadenar la agresión concreta de la que después, sin solución de continuidad, es objeto y de la que debe defenderse: SAP, Málaga, Sec. 2ª, 702/2005, 20-12; STS 2442/2001, 18-12; SAP Barcelona, Sec. 2ª, 102/2000, 28-01.

Riña mutuamente aceptada: *doctrina tradicional:* excluye el concepto jurídico de «agresión ilegítima» y, por tanto, la existencia de legítima defensa: SSTS 363/2004, 17-03, 149/2003, 04-02. Doctrina moderna: SAP, Barcelona, Sec. 8ª, de 15/01/2007; SAP, Bizkaia, Sec. 6ª, 275/2005, 12-05; SAP, Málaga, Sec. 1ª, 266/2005, 19-04, SAP, Madrid, Sec. 4ª, 466/2003, 25-09, STS 521/1995, 05-04**,** compatibilidad con la eximente si la riña se desenvuelve sin previa y mutua aceptación, y el acometimiento parte en primer lugar y claramente de uno de los contendientes. El Tribunal «tiene el deber de averiguar la génesis de la riña determinando quien la inició»**.** Se admite un derecho de defensa en tres casos: a) cuando se constata la presencia de un ataque que sobrepase irracionalmente los acometimientos mutuamente aceptados; b) cuando se detecte en la riña un ánimo de defensa en uno de los contendientes; y c) cuando se constata una interrupción de la riña, susceptible de originar una nueva situación de agresión, no aceptada esta vez por el anterior contendiente.

Atenuante por analogía: se aplica a *supuestos de manifiesta desproporción en los medios defensivos* (defensa con armas a zona vital, cuando la agresión ha sido sin armas: puños, brazos, etc.) que impiden la apreciación de la eximente incompleta: SAP, Almería, Sec. 1ª, 206/2005, 13-10; SAP, León, Sec. 2ª, 46/2005, 08-06, SAP, Cádiz, Sec. 4ª, 139/2004, 29-09, SAP, Gipuzkoa, Sec. 1ª, 87/2002, 23-03, SAP, Madrid, Sec. 2ª, 451/2001, 30-10.

Putativa: error de prohibición indirecto que afecta a la culpabilidad y que consiste en la creencia fundada del agente de obrar en legítima defensa, que, de acuerdo con art. 14.3 CP, determina la exclusión de la responsabilidad criminal si el error es invencible, o una disminución en uno o dos grados de la pena si es vencible: SSTS 442/2006, 18-04; 479/2005, 15-04; SAP, Málaga, Sec. 2ª, 524/2005, 21-09.

Tema XVI

El estado de necesidad

1. Concepto y naturaleza

1.1. *Naturaleza justificante o exculpante*. Según la doctrina mayoritaria, y una línea jurisprudencial (STS 111/2003, 03-02), el estado de necesidad es susceptible de revestir dos naturalezas *(teoría de la diferenciación)*:

- ✓ Estado de necesidad **justificante:** el comportamiento típico constituye la única forma posible de neutralizar un peligro inminente de lesión para un bien jurídico propio o ajeno. La acción queda justificada si produce un mal de menor entidad que el que se pretendía evitar.
- ✓ Estado de necesidad **exculpante:** el conflicto se produce entre bienes jurídicos equiparables merecedores de igual protección. Son situaciones de conflicto personal extremo que se reconducen al ámbito de la inexigibilidad (integrada en la categoría de la imputación subjetiva o culpabilidad).
  - ❑ Ejemplo de la *tabla de Carneades:* dos náufragos asidos a una tabla que sólo puede soportar el peso de uno de ellos; para sobrevivir, uno de los dos fuerza al otro a soltar la tabla y éste muere ahogado. Según esta concepción diferenciadora, que se aplicaría también a cualquier otro caso en que una persona mate a otra para salvar su propia vida (p. ej. para lograr salir de un edificio en llamas), el ordenamiento no puede justificar el sacrificio de esa vida que para el Derecho se encontraba en pie de igualdad con la primera, sino sólo disculparlo.
- ✓ No obstante esta opinión doctrinal, jurisprudencia más reciente señala que se aplica la eximente completa tanto en caso de conflicto entre bienes desiguales como iguales, sin distinguir entre la naturaleza justificante/exculpante (STS 1629/2002, 02-10, ó 470/2009, 07-05), en la línea de la opinión doctrinal favorable a la consideración como justificante de ambos grupos de casos.

1.2. *Diferencias con la legítima defensa:*

	LEGÍTIMA DEFENSA	ESTADO DE NECESIDAD
1. Situación de los implicados para el Ordenamiento Jurídico	El agresor (p. ej., violador) —luego perjudicado por la acción típica defensiva— se ha colocado voluntariamente en contra del Derecho, por lo que para el ordenamiento no está en posición de igualdad con el agredido/defensor	Los titulares de los bienes en conflicto se hallan en pie de igualdad ante el Derecho: el perjudicado por la acción típica (dueño de la casa en la montaña) no es responsable de la situación de peligro (para la vida del excursionista atrapado por la tormenta).
2. Obligación de soportar lesión de bienes jurídicos	Por eso tiene que soportar el sacrificio de sus bienes jurídicos que sea necesario para la defensa, incluso cuando tales bienes (p. ej. su vida) puedan ser de mayor importancia que los atacados por él (la libertad sexual de la agredida).	Por eso sólo se le puede obligar a soportar la lesión de sus bienes (entrada y permanencia en la casa, consumo de víveres) cuando ésta es imprescindible para evitar un mal mayor (peligro para la vida y salud del excursionista).
3. Responsabilidad civil	De ahí que quien actúa en legítima defensa no tenga por qué satisfacer civilmente los perjuicios causados al agresor.	De ahí que a pesar de existir justificación el beneficiado por la acción (montañero) quede obligado a compensar civilmente el perjuicio causado al titular de los bienes sacrificados (a**rt. 118.1.3ª CP**).

2. PRESUPUESTO PREVIO

***La situación de necesidad*:** situación de peligro para un bien jurídico propio (estado de necesidad propio) o ajeno (estado de necesidad ajeno o auxilio necesario) que sólo puede conjurarse mediante la lesión de intereses de terceros. Sólo entonces existe una verdadera situación de *conflicto* entre ambos polos.

2.1. La situación de **peligro** ha de ser **grave, real** e **inminente.**

– Base *esencial* del estado de necesidad sin la que no cabe la eximente ni siquiera incompleta (p. ej. SSTS 85/2004, 29-01, ó 365/2005, 28-03 ; 1146/2009, 18-11; ó 188/2008,

18-04 y 470/2009, 7-05, ambas anulando la eximente incompleta previamente admitida en instancia).

2.2. La exigencia de **subsidiariedad**.

– La conducta típica ha de presentarse como *única alternativa posible* para salvar los bienes en peligro. Si éstos pudieron haberse preservado con una conducta no lesiva conforme a Derecho y el sujeto no ha intentado acudir a estas vías alternativas, no cabe justificación.

– La Jurisprudencia suele considerarla exigencia esencial cuyo incumplimiento impide incluso la eximente incompleta (SSTS 19/2001, 25-01, 1629/2002, 02-10). No obstante en ocasiones se trata como requisito no esencial, aplicándose la incompleta (p. ej. STS 13/06/1991; SSAP Madrid, 518/1999, 26-11, ó 174/2006, 09-05; lo admite la STS 1652/2000, 30-10).

2.3. Aplicación de estos requisitos a la **estrechez** económica:

– En la práctica es alegada con enorme frecuencia por las defensas sobre todo en delitos patrimoniales y de tráfico de drogas.

– *Jurisprudencia constante:* las dificultades económicas (incluso las graves) no constituyen *per se* peligro real e identificable para bienes concretos, por lo que *se desestima* como base del estado de necesidad (SSTS 159/2002, 08-02; 640/2002, 22-04 ; 359/2008, 19-06, y las que cita).

– Sólo en casos excepcionales en que la precariedad es acuciante e impide satisfacer necesidades básicas («hurto famélico o miserable») se aplica la eximente *completa* (si además se acredita la subsidiariedad).

– La *incompleta* ha sido aplicada en casos de necesidades básicas pero en los que o bien no se satisface la subsidiariedad (buscar empleo, solicitar ayudas sociales, etc.), o bien el mal causado es de gran importancia (p. ej. delitos de tráfico de drogas, aunque aquí sólo en casos excepcionales).

Resolución	Conducta típica	Situación de necesidad	Fallo
– SSTS 1652/2000, 30-10 y 1957/2001, 26-10	Tráfico de drogas	Incapacidad económica para sufragar operación de un hijo gravemente enfermo	Eximente incompleta
– STS 806/2002, 30 -04	Tráfico de drogas	Condiciones de pobreza, dificultades para pagar deudas e hijo gravemente enfermo	Atenuante por analogía con el EN
– SAP Castellón, 329/2004, 26-11 – SAP Madrid, 171/2006, 05-05	Usurpación de inmueble	Situación de práctica indigencia, sin vivienda y con hijos menores	Eximente completa (no obstante, otras sentencias acuden a la incompleta en situaciones muy similares, p. ej. la SAP Madrid, 174/2006, 09-05).
– SAP Ciudad Real, 26/2001, 21-11 – SAP Madrid, 376/2004, 17-09.	Pequeñas infracciones patrimoniales	Situación económica muy deficiente teniendo a su cargo niños pequeños, sin trabajo ni pareja	Eximente completa

3. Requisitos del estado de necesidad

3.1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar (requisito de la proporcionalidad).

– Su comprobación requiere *ponderar los polos en conflicto*. No basta la comparación aislada de los bienes en juego (p.ej., integridad física vs vida), que podría conducir a resultados injustos (p.ej., justificar extraer un riñón a quien no quiere donarlo para salvar la vida de un enfermo necesitado de trasplante urgente). Es imprescindible incluir en la ponderación:

  a) la dignidad personal y la autonomía del sujeto pasivo/sacrificado;

  b) el principio de la previa distribución de bienes: ej. de Welzel: no se puede justificar a la mujer que para proteger su valioso abrigo de pieles del temporal arrebata su paraguas a otra persona vestida pobremente (el ordenamiento favorece el *statu quo*);

  c) variables del caso concreto, como el grado o intensidad del peligro que amenace a los bienes en conflicto

– *Posibilidades de gradación de la responsabilidad* en sede de este requisito (SSTS de 08/10/1996; 1629/2002, 02-10; 470/2009, 7-05):

a) se causa un mal inferior al que se evita: eximente completa;
b) se causa un mal ligeramente superior al que se evita: eximente incompleta;
c) se causa un mal claramente superior al que se evita: sanción.

Resolución	Conducta típica	Males en conflicto	Fallo
STS 785/1997, 29-05	Falsedades: Secretario judicial que dirige un oficio falso a la Policía para que ponga en libertad a un sujeto indebidamente detenido	Privación injusta de libertad individual – lesión de la fe pública	Exime completa (sentencia criticable por ser dudosa la subsidiariedad, pues no se menciona que el Secretario hubiese intentado contactar con el Juez, ausente en una reunión).
SAP Sevilla, 25/2001, 23-01	Falta de daños: rotura del cristal del coche que impedía la salida del acusado, que debía ser trasladado al hospital	Peligro de empeoramiento de la situación del acusado – pequeño menoscabo patrimonial	Exime completa
– SAP Zaragoza, 274/1999, 15-06 – SAP Zaragoza, 296/2002, 16-12	Quebrantamiento de condena: condenado a privación del permiso de conducir que coge el coche para llevar a tercero a centro hospitalario	Peligro para la vida de un tercero – interés de la Administración de Justicia en el cumplimiento de las condenas	Exime completa

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

– En la práctica *no suele emplearse como única base para denegar la justificación*, pues cuando se tiene en cuenta suele combinarse con la falta de una verdadera situación de necesidad (así, STS 2104/1993, 02-10: Alcalde que suspende un Pleno por la presencia de una muchedumbre cuya entrada él mismo podía haber evitado; o SAP Burgos, 2002/2004, 19-11: se deniega que pueda dar lugar a estado de necesidad la situación de crisis empresarial creada por el propio sujeto con su comportamiento previo).

– *Su aplicación jurisprudencial es muy confusa*:

• en ocasiones se confunde la provocación del conflicto con la falta de subsidiariedad:

- ❑ STS 90/2001, 31-01, en la que se entiende que el no haber hecho uso de la facultad de declararse objetor de conciencia equivale a la provocación de la situación de conflicto (entre la propia conciencia y el entonces vigente deber de realizar el servicio militar), cuando en realidad lo que supone es que aquél se podía haber resuelto por vías lícitas, correctamente en cambio la STS 481/1998, 18-11.

- La interpretación mayoritaria en la Jurisprudencia (muy criticada por la doctrina) ha incluido en el requisito las provocaciones imprudentes de la situación de necesidad, que han sido utilizadas para fundamentar la exclusión de la justificante:
  - ❑ así, durante años se ha utilizado esta construcción para negar el estado de necesidad en situaciones de conflicto en el tráfico rodado creadas por la previa conducción imprudente del sujeto (p.ej., el exceso de velocidad determina que A no pueda frenar a tiempo al ver al peatón C y para evitar atropellarle da un volantazo que determina el choque con otro vehículo, muriendo su ocupante B). Sin embargo, esta construcción ha dejado de utilizarse en este tipo de casos en los últimos años, en los que la sanción del comportamiento puede fundamentarse en otro tipo de argumentos.
- La interpretación doctrinal mayoritaria del requisito es mucho más estricta: sólo excluiría el estado de necesidad la provocación dolosa de la situación de necesidad, esto es, los casos (absolutamente infrecuentes en la práctica) en que el sujeto hubiera buscado la situación de conflicto con vistas a aprovecharse de ella para lesionar impunemente un bien jurídico ajeno. Cosa distinta a haber causado dolosamente un peligro (p. ej., un incendio) sin prever que luego podía generar una situación de necesidad sólo solucionable lesionando intereses de terceros (casos en los que sí podría apreciarse la justificación de ese resultado lesivo si se cumplen los demás requisitos).

3.3. Que el sujeto no tenga obligación de sacrificase en razón de su oficio o cargo.

- Determinadas profesiones implican el deber de afrontar ciertos riesgos (policía, bombero, médico, guía de montaña).
- Se excluye la justificación (aunque podría admitirse la incompleta) si el sujeto lesiona intereses ajenos para evitar un riesgo para sus bienes jurídicos que tenía obligación de soportar. Pero no se excluye la justificación si los intereses del necesitado revisten claramente de mayor importancia que los otros en conflicto (casos en los que en puridad podría ya discutirse si existe la obligación misma de sacrificarse).
- En todo caso, este requisito tiene una casi nula incidencia en la práctica, pues nunca se utiliza como argumento para denegar la justificación.

4. Elemento subjetivo

4.1. Supuestos en que el sujeto cree que concurre una situación de necesidad, cuando no es así (*estado de necesidad putativo* o error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación); la Jurisprudencia suele tratarlo como error de prohibición del art. 14.3 CP (así, SAP Madrid, 170/2004, 29-04: allanamiento de la morada de su ex-esposa en la creencia de que dentro se encontraban en peligro sus dos hijos menores, en la que se absuelve al considerarlo error invencible), aunque en ocasiones se acoge la opinión doctrinal que lo considera un error indirecto de tipo del art. 14.1 CP (así, SAP Barcelona, de 14/10/2003: absuelve al apreciar error en la madre que cree actuar correctamente al incumplir el régimen de visitas fijado judicialmente a favor de su ex-esposo ante la reiterada y angustiada negativa de su hijo a ver al padre).

4.2. Supuesto inverso (muy poco frecuente en la práctica): concurre una situación objetiva de necesidad pero el sujeto lo desconoce (*falta de concurrencia del elemento subjetivo de la justificación* o error inverso sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación). Aunque analizado insuficientemente, este es el supuesto de la STS 11/12/1990 (aborto realizado en situación objetiva de necesidad, situación conocida y padecida por la embarazada, a la que se absuelve, pero no por el médico, al que se condena).

Tema XVII

El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

1. Regulación legal

Art. 20.7º CP.

2. Naturaleza y función

Causa de justificación. Debe, por tanto, regirse de acuerdo con los criterios generales a aplicar a dichas eximentes.

2.1. Muchos autores han puesto de relieve que se trata de un precepto superfluo, por su obviedad.

2.2. La unidad del Ordenamiento Jurídico hace imposible que una misma conducta pueda estar reconocida como un deber o como un derecho subjetivo y, al mismo tiempo, ser constitutiva de delito; es decir, de hecho injusto.

2.3. Su mantenimiento en el Código se debe a que cumple la función de constituir una cláusula general de justificación. En un doble sentido:

1º Cumple una «función de recogida» de aquellos supuestos que, no encajando en legítima defensa y estado de necesidad, deban estar justificados, y

2º Abre a la totalidad del Ordenamiento Jurídico la capacidad de ser fuente de la justificación; puesto que lo es del establecimiento de deberes y del reconocimiento de derechos.

3. CUMPLIMIENTO DEL DEBER

3.1. Ha de tratarse de un deber jurídico. Un ejemplo lo puede constituir el deber que compete a un policía de detener a un ciudadano sospechoso de haber cometido un delito, de acuerdo con la ley.

Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
Art. 5, 1 y 2
Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

1. *Adecuación al Ordenamiento Jurídico*, especialmente:
   a) Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico.
   b) Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión.
   c) Actuar con integridad y dignidad. En particular, deberán abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente.
   d) Sujetarse en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.
   e) Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley.
2. *Relaciones con la comunidad*. Singularmente:
   a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral.
   b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas.
   c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.
   d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

3.2. Obligación de ponderar (antes de llevar a cabo la conducta típica) si efectivamente está obligado a hacerla o si, por el contrario, debe abstenerse.

✓ Se requiere consciencia de la existencia del deber y de su permanencia en el caso concreto (examen conforme a deber).

✓ Si considera que debe actuar *ex ante* su conducta estará justificada, siempre que tal examen haya sido objetivamente correcto y teniendo en cuenta que es imposible, a veces, conocer todas las consecuencias que la conducta comportará (es posible que el ciudadano detenido no sea culpable; pero eso no puede establecerse en ese momento). Aunque un sector doctrinal se ha referido al «privilegio estatal del error», según el que los funcionarios públicos gozarían de un mayor margen de error que los demás —aunque su conducta fuera inadecuada no responderían— se deben utilizar los criterios generales de vencibilidad e invencibilidad del error (de tipo o de prohibición según se siga uno u otro criterio respecto del error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación).

3.3. ¿Mandatos antijurídicos obligatorios?

✓ El deber ha de tener un reconocimiento por el Ordenamiento Jurídico. Su origen puede ser cualquiera de los válidos en Derecho: ley, contrato, costumbre.

✓ También puede proceder de la orden de un superior. Será necesario que tal mandato se produzca en el ámbito de las competencias del mismo y revestido de las formalidades que le conviertan en una auténtica orden con capacidad para obligar. En caso contrario, o si el mandato constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general, su deber será cuestionarlo y, en su caso, desobedecer (art. 410 CP. *in fine)*.

4. Ejercicio legítimo del derecho

4.1. La realización de una conducta típica en ejercicio de un derecho —cualquiera que sea el origen y la fuente de su reconocimiento— está justificada, siempre que no suponga un daño mayor, de acuerdo con la ponderación de intereses, y se mantenga el sujeto dentro de los límites internos y externos del aludido derecho.

4.2. No se justificará aquella conducta que sobrepase el ámbito del propio derecho: la libertad de expresión, por ejemplo, no faculta a realizar acciones físicas, tales como una agresión o la producción de lesiones (límite interno).

4.3. Cuando se produce un conflicto de derechos, será necesaria también su ponderación (límite externo).

4.4. Un supuesto clásico es el del conflicto entre libertad de expresión y honor.

Así, los delitos de injuria y calumnia operan como límites externos a la libertad de expresión. Pero la conducta puede quedar amparada en el ejercicio legítimo de un derecho, siempre que se den las siguientes condiciones:

1. Tratarse de un asunto de interés público (de manera de la expresión contribuya a la libre formación de la opinión pública/política).
2. En caso de que se trate de información (difusión de hechos), que sea veraz (esto es, que el sujeto crea en la verdad de lo que difunde, y haya realizado un esfuerzo de comprobación). Eso no es necesario en caso de expresión de ideas, cuyo único límite debe verse en los actos preparatorios (provocación/apología/enaltecimiento, aunque pueda dudarse de la constitucionalidad de alguno de estos límites).
3. Que no se trate de injurias absolutas.

   ❑ STC 235/2007, 07-11:

   Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, 25-11; 11/2000, 17-01, FJ 7; 49/2001, 26-02, FJ 5; 160/2003, 15-09, FJ 4).

4.5. El derecho subjetivo puede encontrar su reconocimiento en cualquier fuente del derecho: por ejemplo, una costumbre puede permitir el paso por una morada ajena, justificando un allanamiento.

4.6. El ejercicio legítimo de un derecho comprende no sólo el de los diferentes tipos de derecho subjetivo, sino también el de un interés legítimo o facultad reconocida por el ordenamiento a su titular, sin más limitaciones que las derivadas del principio de ponderación de intereses (límites externos) y de la real existencia del derecho subjetivo o interés legítimo (límite interno).

4.7. La ponderación de intereses marca el límite entre el ejercicio legítimo y el abuso del derecho que, en virtud del artículo 7.2 del Código Civil, no está amparado por el Ordenamiento. La realización arbitraria del propio derecho (art.455 CP) o ciertos delitos como las manifestaciones no pacíficas o las asociaciones ilícitas constituyen ejemplos de tipificaciones penales de conductas que suponen el abuso de un derecho y que son, por consiguiente, ilícitas.

5. Ejercicio legítimo del oficio o cargo

5.1. El ejercicio del oficio o cargo (es decir, cualquier actividad profesional o cargo público) comporta generalmente un haz de derechos y deberes.

5.2. Suponen la realización de conductas típicas que estarán amparadas por la causa de justificación.

5.3. De forma extensiva podríamos situar aquí incluso aquellas conductas realizadas en el ámbito del mal llamado «derecho de corrección» de padres sobre hijos o maestros sobre pupilos, si bien no pueden quedar justificadas las conductas que excedan el estricto interés del hijo o alumno.

La derogación del art. 154 del Código Civil que recogía la posibilidad de que los padres podían corregir razonablemente a sus hijos, ha abierto un amplio debate mediático sobre si esta reforma lleva consigo que el mero hecho de pegar un «cachete» a un hijo, conlleva la comisión de un delito del art. 153.2 del Código Penal, que está sancionado con pena de entre tres meses de prisión y un año.

5.4. Especial interés reviste el uso de la violencia por parte de la autoridad pública o su agente. Esta actividad comporta la necesidad de un previo «examen conforme a deber». Se habrá de ponderar la necesidad racional del uso de la violencia, y que su empleo no vaya a producir consecuencias más perjudiciales que beneficiosas. No se puede, por salvar un interés, negar otro mayor.

5.5. Si se produce un abuso, por error en la ponderación imputable al sujeto —dada su vencibilidad—, estaremos ante un error (vencible) sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación. (Ver I. cumplimiento de un deber)

5.6. La ponderación en torno a la neutralización del desvalor del resultado, sólo puede hacerse, propiamente, *ex post*. Pero es evidente que la justificación ha de operar *ex ante*.

Por eso: ponderación *ex ante*: «examen conforme a deber», cuyo fundamento no debe verse en el «privilegio estatal del error» sino en las reglas generales que regulan la predecibilidad y el error (objetiva o subjetivamente invencible).

5.7. Las anteriores afirmaciones no implican, en absoluto, que en el caso inverso —se actúa sin ponderar o creyendo que no se debe actuar—, cuando se produce un resultado valioso, haya de reputarse antijurídica la conducta. Si es valiosa, deberá justificarse (otros autores afirman que no podrá ser justificada o que dará lugar a una tentativa).

Tema XVIII

Teoría de la culpabilidad

1. La culpabilidad como responsabilidad personal por el hecho antijurídico

1.1. La culpabilidad es la ***categoría del delito inmediatamente posterior a la antijuridicidad***.

1.2. La culpabilidad incluye las **condiciones de atribución de un hecho antijurídico a su autor**. Estas condiciones no afectan a la definición ni a la valoración del hecho injusto, sino a la capacidad del autor del mismo para comprender el sentido de la prohibición penal y para actuar de acuerdo con dicha comprensión.

1.3. La diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad. Es la diferencia entre prohibición penal y responsabilidad del autor por la comisión de un hecho injusto. Se afirma que esta separación sistemática constituye una conquista irrenunciable de la ciencia penal. Esto es así fundamentalmente por tres razones:	1. Porque la afirmación de que una conducta es injusta, pese a que su autor no pueda ser hecho responsable de la misma, *permite elaborar otras formas de reacción coactiva diferentes de la pena,* denominadas *medidas de seguridad*, y más adecuadas para la solución de estos casos.
	2. Porque a tal distinción pueden vincularse *consecuencias sistemáticas de gran valor* para la construcción ordenada del sistema del delito, como el principio de accesoriedad limitada de la participación o la negación de la legítima defensa frente a conductas justificadas.
	3. Porque la culpabilidad incorpora una *autolimitación del Estado en el ejercicio del poder punitivo*, en tanto que no toda conducta típica y antijurídica habrá de permitir la imposición de una pena.

2. Culpabilidad como principio político-criminal

La culpabilidad es, además de una categoría del delito, un principio político-criminal con importantes consecuencias prácticas:

2.1. ***Personalidad de las penas***: Las penas y las medidas de seguridad se imponen al autor de un hecho antijurídico.

2.2. ***Prohibición de la responsabilidad por la conducción de vida:*** solo las condiciones personales presentes en el momento de realización de la conducta típica y antijurídica deben ser apreciadas en la elaboración del juicio de culpabilidad.

- Así, *«no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal 'de autor' que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos»* (STC 150/1991, 04-07).

2.3. ***Prohibición de responsabilidad objetiva***: No hay pena sin alternativa de conducta conforme a Derecho al alcance del autor.

- No hay pena sin dolo o imprudencia (art. 5 CP).
- Todo error invencible exime de responsabilidad penal (art. 14 CP).

3. El principio de culpabilidad

3.1. La exención de la responsabilidad criminal en caso de inculpabilidad es el resultado de una autolimitación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

3.2. Se considera un ejercicio de injusticia, y ello con total independencia de su hipotética utilidad social, la imposición de una pena a menores, enfermos mentales o, en general, a personas que infringieron la prohibición penal con sus facultades mentales perturbadas o disminuidas. Estas personas no pueden ser tomadas como plenamente responsables de sus actos. Por ello, deben ser protegidas de un abusivo empleo de la pena que pretendiese la obtención de fines sociales haciendo caso omiso de las condiciones personales singulares que acompañaron la realización del ilícito penal.

3.3. La apreciación de un *componente valorativo en la culpabilidad* conduce a la construcción de un principio de culpabilidad, es decir, a la aceptación de que la culpabilidad penal debe incorporar *razones superiores a la utilidad de la pena* para restringir la acción punitiva del Estado en favor de la realización de una idea de justicia.

✓ El principio de culpabilidad es *el núcleo de la categoría dogmática de la culpabilidad*. ✓ En ocasiones es definido como una *manifestación penal del principio constitucional de protección de la dignidad humana*.	✓ El Tribunal Constitucional ha afirmado que *«la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal»* (STC 150/1991, 04-07).

4. Fundamento material del principio de culpabilidad

4.1. El principio de culpabilidad pretende contribuir a la imposición de penas justas.

4.2. Han de buscarse para ello las ***razones reales que permiten distinguir a las personas culpables de las inculpables***. Si no es justa la imposición de una pena para el inculpable, ello se debe a que carece de unas capacidades que sí son predicables de los culpables, siendo tales capacidades las que hacen que la imposición de una pena en estos casos no contraríe ninguna regla de justicia.

4.3. Esta característica general predicable respecto de los culpables es conocida por la doctrina como el ***fundamento material de la culpabilidad***, y da ocasión a diferentes conceptos materiales de culpabilidad:

a) ***La culpabilidad como capacidad para obrar de otro modo***: sólo el libre albedrío humano puede fundamentar materialmente la imposición de una pena.

✓ El principal problema de esta doctrina consiste en la **tremenda dificultad que acarrea la constatación científica del libre albedrío**. Dado que se busca un fundamento material para la pena, la libertad de determinación ha de ser comprobada empíricamente. Sin dicha comprobación no pasa de ser un símbolo, insuficiente para desmontar la eficacia del principio *in dubio pro reo*, y, por lo tanto, para evitar la absolución en masa. ✓ El Tribunal Supremo ha mantenido esta teoría al estimar que el principio de culpabilidad supone profundizar en lo más hondo de la libertad y del libre albedrío (STS 07/03/1991).

b) La teoría hoy mayoritaria encuentra el fundamento material de la culpabilidad en la ***normalidad motivacional o asequibilidad normativa del autor del hecho injusto***. La suposición de libertad es una regla social de juego cuyo valor es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales.

✓ La principal crítica a que se ha visto sometida esta teoría es la de que, en realidad, no abandona el terreno de la libre determinación de voluntad. La asequibilidad normativa necesita de la capacidad de motivación, como presupuesto fáctico, pues sin ella no puede haber una motivabilidad normal y una motivabilidad anormal, y dicha capacidad de motivación es precisamente la prueba empírica buscada y aún no hallada por los defensores de la culpabilidad entendida como capacidad para obrar de otro modo.

c) ***La culpabilidad material como expresión penal del principio constitucional de igualdad.*** Este principio exige que realidades diferentes reciban una respuesta jurídica diferente, y esto es lo que se hace con la diferenciación entre penas y medidas de seguridad.

✓ Esta teoría encuentra el fundamento de la no imposición al culpable de una medida de seguridad, pero no el fundamento de la imposición de una pena, para lo cual necesita volver al terreno de las teorías precedentes.

5. CULPABILIDAD SIN PRINCIPIO MATERIAL DE CULPABILIDAD

5.1. La dificultad que supone la definición de un fundamento material de la culpabilidad, ha propiciado la aparición de diferentes teorías que desarrollan una noción penal de culpabilidad ajena al principio material de culpabilidad.

5.2. En estos casos se desdibuja la noción de la culpabilidad penal como autolimitación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, y se acentúa la noción de pena útil.

5.3. Las tesis más importantes son las que entienden que el contenido de la culpabilidad penal viene dictado por las necesidades preventivogenerales o preventivoespeciales de pena.

Tesis	Crítica
Las necesidades de prevención general no incluyen el castigo de los inimputables pues la sociedad comprende que no son motivables mediante normas, de modo que no se compromete para los imputables la eficacia de la prohibición general. Por otro lado, la pena tampoco es necesaria desde el punto de vista de la prevención especial, pues la medida de seguridad ya es suficiente para responder a la peligrosidad revelada por el inimputable en la realización del hecho delictivo.	A estas tesis se ha respondido que un principio material de culpabilidad sirve de dique en caso de deriva irracional de la sociedad, de modo que la utilidad solo pueda ser buscada dentro del campo delimitado por principios materiales de justicia. Además, el principio de culpabilidad también protege al culpable de intromisiones ilícitas en su propia conciencia, que serían posibles si primase la consideración del mismo como sujeto peligroso.
Una versión particular de estas tesis es la denominada ***teoría funcionalista de la culpabilidad***, para la que el fin de la pena es la estabilización de la confianza en el ordenamiento, lo cual se hace declarando culpable al autor cuando no existe otro modo de resolver el conflicto creado con su conducta.	Esta tesis proporciona una perspectiva sociológica del Derecho penal, pero desatiende el hecho de que la realidad normativa incluye la realización de una noción de justicia cuyo desarrollo técnico es parte de la ciencia del Derecho.

6. Elementos de la culpabilidad penal

En la categoría dogmática de la culpabilidad han de incluirse los siguientes problemas generales:

6.1. *Inimputabilidad* (arts. 20.1º, 2º y 3º, CP).

El Tribunal Supremo ha declarado el carácter cerrado de la lista elaborada por el CP. El Código establece taxativamente las causas únicas que determinan una influencia en la inimputabilidad, formulándolas negativamente. Así, un sujeto será imputable en cuanto no concurra en él una causa de inimputabilidad precisamente prevista en el Código (STS 1747/ 2003, 29-12).

6.2. *Error de prohibición* (art.14.3 CP).

6.3. *Estado de necesidad exculpante y miedo insuperable* (art. 20.5º y 6º, CP).

6.4. *Responsabilidad penal del menor* (art. 19 CP y L.O. 5/2000, de 12 de enero).

7. Culpabilidad y consecuencias jurídicas del delito

7.1. En caso de inimputabilidad son de aplicación las medidas de seguridad previstas en el CP (arts. 6, 20 *in fine*, 21.1ª y 95 y ss.).

7.2. El fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad del sujeto exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Ello tiene como principales consecuencias las siguientes:

a) No es posible la imposición de una medida de seguridad respecto de conductas atípicas, o típicas y justificadas, pues ninguna de ellas es un hecho previsto como delito. La realización de tales conductas no revela peligrosidad penal alguna. Por ello se dice que el CP español sólo permite la imposición de medidas de seguridad postdelictivas.

b) Como consecuencia de la afirmación anterior, la peligrosidad del sujeto activo solo puede consistir en la deducción de un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95 CP).

c) Las medidas de seguridad deben dejar de aplicarse en cuanto cesa la peligrosidad del sujeto activo, pues éste es su fundamento, de modo que no pueden imponerse por un tiempo determinado, sino por un tiempo máximo. En Derecho penal español, este tiempo máximo es la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (art. 6 CP). La STS 1336/2009, de 22 de diciembre, en un caso de exención incompleta, estima que "la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trata", remitiendo al Acuerdo adoptado en Sala general por el pleno de la Sala Segunda del TS en su reunión de 31-03-2009.

d) Las medidas de seguridad, por lo tanto, no son pena, ni principal, ni accesoria, y su fundamento es la peligrosidad criminal exteriorizada en la comisión de un delito (STS 1332/2002, 15-07).

7.3. Por supuesto, en caso de inculpabilidad no cabe la imposición de una pena.

7.4. El Tribunal Constitucional se ha ocupado de la dimensión *procesal* del principio de personalidad de la pena. Así, ha señalado que *«no cabe la adopción de pena o medida de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal»*. En caso contrario quedaría vulnerado el *«principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales, que se contiene en el principio de legalidad, y supone desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la C.E.»* (STC 131/1987, 20-07).

8. CULPABILIDAD Y NORMA PENAL

8.1. Las normas penales se imponen para ser cumplidas, ¿cómo es posible que alguien pueda infringirlas si no tenía capacidad para comprender su sentido o para actuar conforme al mismo?

✓ Si la antijuridicidad es la definición de la conducta contraria a Derecho y la inculpabilidad es la realización de una conducta contraria a Derecho por alguien que no podía comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión, entonces *la separación entre antijuridicidad y culpabilidad implica que se pueden realizar conductas contrarias a Derecho por personas que no pueden comprender la ilicitud de su hecho o actuar conforme a Derecho*.

8.2. La doctrina penal ha elaborado diferentes teorías para dar respuesta a este problema. Entre ellas pueden destacarse las siguientes.

a) *La concepción normativa de la culpabilidad* afirma que la culpabilidad es un juicio de reproche dirigido al autor de un hecho antijurídico cuando le era posible y exigible actuar de otro modo. La exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho incluye la infracción de una norma personal dirigida al autor, llamada norma de determinación, de modo que sólo la afirmación de la culpabilidad permite sostener una infracción personal de la norma penal. De este modo, en la antijuridicidad, como parte externa del hecho, queda encerrada una norma de valoración, y en la culpabilidad, como parte interna del delito, una norma personal de determinación.

b) La teoría actualmente dominante considera la norma en la que se basa el injusto como una norma de determinación dirigida a la voluntad humana. Esta norma de determinación se dirige también a los inculpables por el resto de capacidad de motivación subsitente en ellos pese a su anormalidad motivacional.

c) Las dificultades para la distinción sistemática de injusto y culpabilidad han propiciado la elaboración de diversas teorías en busca de una formulación diferente de las relaciones entre ambos elementos del delito. Así, puede destacarse la utilidad del concepto de culpabilidad para definir el concepto de autor en el ámbito del injusto. El desarrollo de esta idea permite crear un concepto de autor en el caso concreto comprensivo de la culpabilidad.

Tema XIX

La imputabiliad

1. La imputabilidad penal

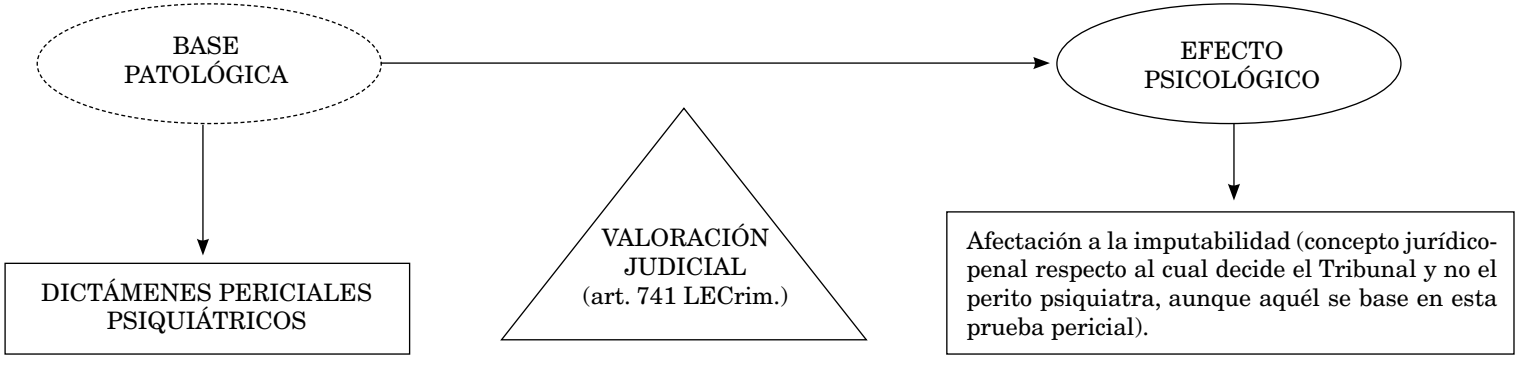
1.1. *Concepto.* Capacidad para comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1ª CP). Dicha capacidad debe estar presente en el sujeto cuando comete el injusto típico y sólo cabe excluirla (total o parcialmente) si a lo largo del proceso penal se acredita que el mismo sufría un menoscabo de la misma "a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica" (art. 20.1ª CP).

1.2. *Clases.* Se distinguen las siguientes causas de ininimputabilidad:

CAUSAS EXÓGENAS
Recogidas en el art. 20.2º CP, que se refiere a la alteración psíquica provocada por el consumo de sustancias (alcohol, drogas) y por el síndrome de abstinencia.
Bajo estas condiciones, el sujeto puede sufrir un **Trastorno Mental Transitorio,** que exime o atenúa la pena «siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción penal o no se hubiese previsto o debido prever su comisión» (art. 20.1º y 2º CP).
Matiz que responde al tratamiento de la llamada *«actio libera in causa»*, planteándose un difícil problema de delimitación de la responsabilidad penal cuando el hecho acaeció cuando el autor se hallaba en situación de trastorno no provocado de manera intencionada sino negligente.
Sobre el *trastorno mental transitorio* ver STS 1083/2005, 28-09.

CAUSAS ENDÓGENAS
a) Enfermedades mentales (art. 20.1º CP). b) Alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia (art. 20.3º CP).
a) ENFERMEDADES MENTALES: En la actualidad las clasificaciones de trastornos mentales más extendidas son la CIE-10 (elaborada por la Organización Mundial e la Salud) y el DSM-IV (de la Asociación Psiquiátrica Americana). Particular interés tienen aquellas enfermedades que provocan una alteración total de la conciencia sobre la realidad (esquizofrenia), que afectan por ello de manera muy relevante a la imputabilidad, y aquellas otras que no la alteran en absoluto, pero indican un serio trastorno de la personalidad (psicopatía), ya que suelen afectar a delincuentes muy peligrosos (asesinos o violadores en serie) pero no suelen ser reconocidas con la relevancia que merecen.
b) ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN DESDE EL NACIMIENTO O DESDE LA INFANCIA: Ha sustituido a la antigua eximente de sordomudez o ceguera y cubre un espectro más amplio, pues puede aplicarse también a supuestos de aislamiento continuado que provoquen esa alteración.

1.3. Imputabilidad y proceso penal:



1.4. *Graduación.* El Código Penal prevé la posibilidad de graduar la imputabilidad, desde su absoluta anulación (que daría lugar a aplicar una eximente del art. 20) hasta las afectaciones de carácter leve, que sólo dan lugar a una atenuación ligera de la pena. El Tribunal decidirá en cada caso, cuánta incidencia tiene la afectación para aplicar uno u otro precepto.

EXIMENTE COMPLETA:

El **Sistema de doble vía (***pena y medida de seguridad***)** permite sancionar al sujeto con una medida de seguridad en caso de absoluta inimputabilidad (Ver art. 101, 102 y 103 CP).

EXIMENTE INCOMPLETA (art. 21.1ª):

De acuerdo con el art. 68 CP, su apreciación obliga a atenuar la *pena* en uno o dos grados.

El **Sistema vicarial** permite sustituir la *pena* así determinada por una *medida de seguridad* (art. 104 CP) y, una vez cumplida ésta, suspender el cumplimiento del resto de la *pena* o aplicar alguna *medida de seguridad* no privativa de libertad (art. 99 CP).

ATENUACIÓN: Al margen de la eximente incompleta, el art. 21 CP incluye circunstancias referidas expresamente a la imputabilidad:

Art. 21.2ª Atenuante de grave adicción a drogas.

Art. 21.3ª: Atenuante de arrebato u obcecación.

Por lo demás, la **atenuante analógica** (art. 21.7ª) cumple un papel importante, por cuanto el Tribunal Supremo le ha conferido la función de atenuar la pena ante cualquier afectación de la imputabilidad que no esté expresamente recogida en el catálogo de atenuantes. (Ver STS 1191/2009, 26-11).

Aunque no está prevista expresamente la ***sustitución*** de la pena por una medida de seguridad en estos casos, una corriente jurisprudencial que arranca con la STS de 13/06/1990 permite aplicar, a tal efecto, el art. 25.2 CE.

1.5. Especial consideración de la drogadicción

La drogadicción es, con mucho, la circunstancia relativa a la imputabilidad que más incidencia tiene en nuestro país.

A efectos médicos se trata de una enfermedad.

La graduación de su repercusión sobre la imputabilidad del sujeto depende, como es lógico, de su incidencia en el caso concreto.

Se ofrecen, sin embargo, algunas pautas al respecto.

EXIMENTE COMPLETA: Aplicada en escasas ocasiones, cuando se asocia a otras enfermedades de mayor relevancia para la imputabilidad, como la esquizofrenia o la paranoia.

EXIMENTE INCOMPLETA: Aplicada con reiteración a los casos de **síndrome de abstinencia** y, también, a los casos de adicción a sustancias que causan muy grave daño a la salud, cuando el consumo se ha prolongado a lo largo de varios años, por el grave trastorno mental que ocasiona.

ATENUACIÓN:

21.2ª Grave adicción

21.7ª Siempre que exista una alteración en el sujeto causada por drogas y no quepa aplicar la atenuante de grave adicción.

El párrafo 2º del art. 368, introducido por la LO 5/2010, permite atenuar en un grado la pena del tráfico de drogas "en atención a las circunstancias personales del culpable", habitualmente su condición de drogadicto.

2. La minoría de edad penal

ART. 19 CP : «*Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*.»

Ello no significa que sean inimputables sino únicamente que quedan sujetos a un régimen jurídico especial, el de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000, con las reformas posteriores). De hecho, en esta Ley se contempla, a su vez, la inimputabilidad del menor de edad, cuando concurran las circunstancias previstas en el CP, para aplicarle medidas curativas con preferencia sobre las educativas.

2.1. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores.

- ✓ La LORPM (LO 5/2000, de 12 de enero) dice inspirarse en la legislación internacional sobre menores, haciendo hincapié en el «superior interés del menor», reconocido en la Convención Internacional de Derechos del Niño, ratificada por España y que, por consiguiente, forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico interno.
- ✓ De acuerdo con ese planteamiento nuestro sistema de justicia penal del menor debe calificarse como un régimen de *responsabilidad*, ya que sitúa a aquél en la posición de *acusado* sujeto por tanto a las garantías del debido proceso. Por otra parte, la LO 5/2000, de 12 de enero, incluye medidas muy variadas que van desde las puramente disuasorias (amonestación, libertad vigilada, prestaciones en beneficio de la comunidad) hasta las puramente punitivas, como el internamiento en régimen cerrado. La flexibilidad del régimen de enjuiciamiento permite eludir, incluso, la adopción de una condena formal cuando el triángulo «acusación-víctima-menor delincuente» llega a un acuerdo como consecuencia de la mediación del Ministerio Fiscal.
- ✓ Sin embargo, las sucesivas reformas de la LO 5/2000, de 12 de enero (la última mediante la LO 8/2006, de 4 de diciembre), han desfigurado la especificidad del tratamiento a los menores, por cuanto se establecen reglas para la aplicación automática del internamiento en régimen cerrado en caso de delito grave, pero también cuando el menor ha reincidido en un delito menos grave, arrinconando así la confianza en la reeducación del menor, que queda supeditada a intereses de prevención general y retribución punitiva. La medida de internamiento puede llegar hasta los 10 años y el menor puede pasar a cumplirlo en la prisión de adultos desde que cumple los 18 años de edad, lo que subvierte los principios en que dice inspirarse nuestra legislación.
- ✓ En virtud de ello, la medida más aflictiva prevista en la Ley es el internamiento en régimen cerrado por un

período de 10 años, aplicable sólo a casos muy graves, como asesinatos o violaciones múltiples.

2.2. Los menores de 14 años.

✓ La LO 5/2000, de 12 de enero, establece un régimen *penal* para menores que cometan delitos con 14 años cumplidos. Por debajo de esta edad la responsabilidad *penal* no existe. Sin embargo, las distintas legislaciones autonómicas contemplan figuras como la del «menor en situación de riesgo social», que pretenden dar una respuesta a la delincuencia generada en esa franja de edad mediante un procedimiento *civil* que, bajo el amparo de una supuesta *tutela* pública del menor, puede llevarle a una situación de internamiento similar a la prevista en la LO 5/2000, de 12 de enero, con intervención del Ministerio Fiscal y el Juez, pero sin las garantías que ese instrumento normativo ofrece.

Tema XX

Conocimiento de la antijuridicidad y error de prohibición

1. Conocimiento de la antijuridicidad

1.1. El conocimiento de la antijuridicidad de la conducta —o de su significación antijurídica, de su ilicitud, etc.— o al menos su desconocimiento evitable (cognoscibilidad, conocimiento potencial, etc.), constituye un requisito imprescindible para poder atribuir y reprochar al autor la realización de un hecho típicamente antijurídico. La culpabilidad exige que el sujeto haya conocido o podido conocer la antijuridicidad de la conducta (*vid. culpabilidad*), por lo que la ausencia de dicho conocimiento (apreciación de un error de prohibición: *vid. infra*) disminuye (si es evitable) o excluye (caso de ser inevitable) la culpabilidad del sujeto por el ilícito penal cometido.

Para la doctrina absolutamente mayoritaria, el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento autónomo de la culpabilidad. Doctrina minoritaria: el conocimiento de la ilicitud es integrante del dolo —*dolus malus*—, y éste es entendido como la forma más grave de culpabilidad (*vid. dolo* y en detalle *infra*).

1.2. El objeto del conocimiento se identifica con la antijuridicidad general del hecho (para apreciar su concurrencia no es suficiente con considerar el hecho como inmoral o socialmente dañoso), esto es, faltará la conciencia de la ilicitud cuando el autor desconozca la contrariedad genérica de su conducta con el Ordenamiento Jurídico.

1.3. No es necesario un conocimiento técnico ni exacto de la norma prohibitiva, resultando suficiente saber que se está obrando ilícitamente. En sentido parecido a como se exige en los elementos normativos típicos (*valoración paralela en la esfera del profano* para apreciar la concurrencia de dolo). Dicho conocimiento, por otra parte, debe ser actual: el sujeto debe ser consciente del carácter prohibido del hecho en el momento de su realización (bastando para ello la denominada *co-consciencia* o *paraconsciencia* del injusto, sin necesidad de reflexión: conocimiento adquirido previamente por el sujeto actualizable en cualquier momento).

Por otra parte, la conciencia de la antijuridicidad es divisible: un sujeto puede actuar sabiendo que comete una infracción e ignorar que su conducta es a la vez constitutiva de otras.

2. Desconocimiento: error de prohibición

2.1. El error de —o sobre la— prohibición supone el desconocimiento por parte del sujeto de la significación antijurídica de su conducta: quien no sabe que actúa de forma contraria al Ordenamiento Jurídico incurre en error. Incluye tanto el conocimiento equivocado (creencia errónea) como la ausencia de conocimiento (ignorancia).

2.2. Mientras el error de tipo se proyecta sobre el *hecho* valorado como ilícito (objeto de la valoración: sobre el *hecho constitutivo* de la infracción criminal), el error de prohibición versa sobre la *valoración como ilícito* que recae sobre el hecho (valoración del objeto: sobre la *ilicitud* del hecho constitutivo de la infracción criminal).

2.3. La apreciación del error de prohibición disminuye (si es vencible) o excluye (caso de ser invencible) la culpabilidad del sujeto por el hecho penalmente antijurídico.

- ✓ Para la actualmente mayoritaria *teoría de la culpabilidad* la conciencia de la ilicitud constituye un elemento autónomo de la culpabilidad, que con la apreciación del error de prohibición quedará excluida (si el error es invencible) o podrá ser atenuada (si es vencible). El error incide sobre la culpabilidad, por tanto, de un injusto doloso o imprudente.
- ✓ Los partidarios de la *teoría del dolo* consideran, en cambio, que el conocimiento de la antujiridicidad, al igual que el conocimiento del hecho típico, es parte integrante del dolo (*dolus malus*) y conciben a este último como una forma —la más grave— de culpabilidad (la menos grave sería la imprudencia): mientras que el error invencible determina la exclusión de la culpabilidad —por falta de dolo e imprudencia—, en caso de vencibilidad del error subsiste una culpabilidad imprudente (por imprudencia de derecho). Del mismo modo que el error de tipo: de ello debe derivarse un tratamiento idéntico para ambas clases de error (aunque en ordenamientos con un sistema de incriminación fragmentaria de la imprudencia de hecho, para evitar la impunidad de errores de prohibición vencibles respecto de figuras delictivas sólo sancionables a título de dolo, se ha defendido la introducción de una cláusula general de punición de la *imprudentia iuris*).
- ✓ Por otra parte, al exigir la teoría del dolo una conciencia actual de la antijuridicidad (frente a la meramente potencial de la teoría de la culpabilidad para poder castigar por la realización de un injusto doloso), se le objetó que la presencia de cualquier error —incluso de los burdos o crasos— provocará la exclusión del dolo, lo que pudiera privilegiar a quienes viven de espaldas al ordenamiento. Para superar ese escollo, surgió la *teoría limitada del dolo*, que propugnaba la subsistencia del dolo, bastando un conocimiento potencial de la antijuridicidad, en casos de *ceguera jurídica* u *hostilidad al derecho*.

	Error vencible de prohibición	
Teoría del dolo	Excluye el conocimiento de la antijuridicidad, integrante del dolo —*dolus malus*— (forma más grave de culpabilidad).	Imprudencia (forma menos grave de culpabilidad).
Teoría de la culpabilidad	Excluye el conocimiento de la antijuridicidad, elemento autónomo de la culpabilidad. No afecta al dolo, integrante del tipo	Disminución de la culpabilidad.

2.4. Al cifrarse el objeto de la conciencia del injusto en la antijuridicidad general del hecho, se considera irrelevante el error sobre el *carácter penal* de la prohibición (o error sobre la antijuridicidad penal), que concurre cuando el sujeto es consciente de la ilicitud general de su conducta pero ignora su concreta relevancia penal —a no confundir con el error sobre la punibilidad, que versa sobre los elementos de dicha categoría, independiente del injusto y la culpabilidad.

✓ Ej. el sujeto sabe perfectamente que el Ordenamiento prohíbe la conducción de vehículo de motor sin el permiso obligatorio, pero ignora que desde el 1 de mayo de 2008 dicha conducta ha pasado a cobrar relevancia penal (art. 384 CP).

❑ STS 200/1996, 08-03: « … basta con que el sujeto conozca que su conducta es contraria a Derecho»; STS 26/2000, 24-01: «el error sobre el carácter delictivo de la conducta es un error de subsunción irrelevante».

Mientras un sector minoritario propugna atribuir relevancia como error de prohibición al desconocimiento del carácter penal de la ilicitud, más limitadamente otros autores se conforman con la posibilidad de apreciar una disminución de la culpabilidad por la vía de aplicar una atenuante analógica (si procede, muy cualificada) o al menos de tomarlo en consideración en la determinación judicial de la pena, por considerar que el desconocimiento de la gravedad de la prohibición puede provocar una disminución de la capacidad de motivación del sujeto. Otra posición intermedia pasaría por conceder relevancia al error sobre la *sancionabilidad jurídica* del hecho (sobre el carácter sancionable de la infracción o su pertenencia al derecho sancionador en general).

2.5. No debe confundirse el error de prohibición con la *delincuencia por convicción*: el sujeto tiene la convicción de que su comportamiento, que sabe prohibido, no debería estarlo. El delincuente por convicción no incurre en error y su culpabilidad resta intacta.

Algunos autores proponen apreciar un tratamiento específico —vehiculado a través de la menor exigibilidad propia del estado de necesidad excusante completo o incompleto— al *delincuente por o de conciencia*, sujeto que actúa interiormente compelido por sus convicciones éticas o morales más profundas, la lesión de las cuales comportaría una auténtica quiebra de su personalidad moral.

2.6. No hay error cuando el sujeto no tiene un conocimiento seguro y se le plantean dudas sobre la ilicitud de la conducta.

❑ STS 1141/1997, 14-11: «La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. Si el autor duda habrá suficiente conciencia de la antijuridicidad. El conocimiento eventual del injusto es similar al dolo eventual». Vid. asimismo STS 459/2010, 11-3.

Se plantea una posible exención o atenuación de la responsabilidad en el caso de *dudas irresolubles* por una situación de falta de información de la que no es responsable el sujeto. Cabe distinguir los casos en que las dudas procedan de una situación jurídica objetivamente confusa (regulación defectuosa, interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales discrepantes) y aquellos otros de incertidumbre subjetiva en las que no resulte exigible diferir la conducta a la espera de disipar las dudas (por el perjuicio que puede acarrear la abstención de actuar o cuando se plantean dos alternativas de conducta considerabas igualmente punibles). El tratamiento debe buscarse en el ámbito de la exigibilidad.

3. Regulación legal del error de prohibición

3.1. Art. 14.3 CP: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción criminal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».

Antecedentes: partiendo de que «[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» (art. 2 CC), tradicional irrelevancia del error de derecho (*error iuris nocet* o *ignorantia iuris non excusat*), con la excepción del error de derecho extrapenal que era equiparado al error de hecho, excluyente del dolo. Con la reforma de 1974 del CC (art. 6.1: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen»), se va abriendo paso el reconocimiento jurisprudencial del error de prohibición (quedando substituido el binomio error de hecho/ error de derecho por el de error de tipo/ error de prohibición).

Se introduce por vez primera en la legislación penal con la LO 8/1983, de 25 de junio (art. 6 bis a tercer pár. ACP): «creencia errónea … de estar obrando lícitamente», con los mismos efectos (rebaja de la pena en uno o dos grados si es vencible, impunidad si es invencible) que en el código vigente.

Con dicha regulación la pugna de teorías pierde buena parte de su sentido: el tratamiento previsto en el 14.3 para el error de prohibición vencible (aplicación de la pena inferior en uno o dos grados) permite ser interpretado como un reconocimiento tanto de una versión modificada de la teoría de la culpabilidad (la atenuación es aquí obligatoria, cuando la teoría de la culpabilidad la propugna como meramente facultativa) como de una teoría matizada del dolo (constituyendo una suerte de cláusula genérica de *culpa iuris*, que comportaría un tratamiento diferente al que se dispensa a la imprudencia de hecho —incriminación tasada).

Art. 14.3 CP	Error de prohibición vencible	Pena inferior en 1 ó 2 grados
	Error de prohibición invencible	Impunidad

4. CLASES DE ERROR DE PROHIBICIÓN

4.1. *Error directo de prohibición*: el autor yerra sobre la existencia de la prohibición, desconociendo el carácter ilícito que el Ordenamiento atribuye al hecho.

✓ Ej.: Un mormón llegado de Utah contrae segundo matrimonio sin conocer que en la legislación española la bigamia es constitutiva de delito.

Constituye una variante del error directo de prohibición el, poco frecuente, error sobre la validez de la norma (el sujeto conoce la existencia de la norma prohibitiva pero la considera nula por entenderla derogada o inconstitucional).

4.2. *Error indirecto de prohibición* (error de —o sobre la— permisión o autorización): el autor es consciente de estar llevando a cabo una conducta generalmente prohibida, pero cree que en el caso concreto se encuentra excepcionalmente permitida.

- *Error sobre la existencia de una causa de justificación*: creencia errónea de que se recoge en el Ordenamiento una causa que justificaría la conducta.

  ✓ Ej.: Un enfermero, creyendo que en casos de enfermedad terminal la muerte a petición del paciente se encuentra permitida por el Ordenamiento, termina con la vida de un moribundo sometido a sus cuidados que así se lo ha solicitado de forma reiterada.

- *Error sobre los límites de una causa de justificación*: atribución a una causa de justificación prevista en el Ordenamiento de un alcance superior al reconocido.

  ✓ Ej.: Un médico practica un aborto a una embarazada en la semana quince de gestación, convencido de que tras la reforma operada por la LO 2/2010 la interrupción del embarazo se encuentra permitida hasta la semana dieciséis.

- *Error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación:* el sujeto supone equivocadamente la concurrencia de las circunstancias objetivas que, de darse realmente, justificarían su conducta.

  ✓ Ej.: Un político amenazado por una organización terrorista, tomando erróneamente por un terrorista dispuesto a matarlo a alguien que se le aproxima disfrazado de partisano y con un arma de juguete, le abate de un disparo (legítima defensa putativa).

Cuestión muy controvertida. Según la doctrina mayoritaria (teoría pura o estricta de la culpabilidad) y la Jurisprudencia del TS constituye un error indirecto de prohibición. Para otros sectores doctrinales se trata de un error de tipo (teoría de los elementos negativos del tipo: error sobre el tipo negativo) o al menos debe ser tratado como si lo fuera (teoría restringida o limitada de la culpabilidad —por analogía— y teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas).

No es un error de prohibición (sólo lo es de forma mediata, como cualquier error sobre el supuesto de hecho): no es un error sobre la valoración que el ordenamiento proyecta sobre un hecho concreto, sino sobre el propio hecho. Tampoco es propiamente un error de tipo: no lo es estrictamente sobre el hecho típico, sino sobre el hecho típicamente antijurídico (no es procedente parificar desconocer

que se mata con saber que se mata creyendo hacerlo en legítima defensa). Buenas razones avalan su tratamiento como una tercera clase de error.

4.3. *Error inverso de prohibición* (error de prohibición al revés): el sujeto realiza un hecho lícito atribuyéndole equivocadamente significación antijurídica. Delito putativo: impunidad. Puede ser inverso directo (*ej. el adúltero que cree estar cometiendo un delito*) o inverso indirecto (sobre la existencia o los límites de una causa de justificación).

Error inverso sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación: el sujeto desconoce la concurrencia de la situación justificante (ausencia del elemento subjetivo de la justificación).

✓ Ej. un sujeto hace añicos la valiosa vidriera de su vecino ignorando que con dicha acción lo salva de perecer víctima de un escape de gas.

Posibles soluciones en función de la caracterización del injusto que se mantenga: desde la cancelación del injusto (concepciones objetivas: justificación del hecho típico) a su permanencia incólume (concepciones subjetivas: delito consumado), pasando por distintas opciones mixtas que reflejan una disminución del mismo (soluciones intermedias: tratamiento como tentativa inidónea, aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1ª, etc.).

5. Criterios de apreciación y vencibilidad/ invencibilidad del error

5.1. Según el TS el error debe ser probado por quien lo alega.

Sin embargo, por ej. STS 752/2006, 13-06: «La prueba de la culpabilidad corresponde —como la de todos los elementos del delito— a la acusación. Ello constituye una de las consecuencias que se derivan conjuntamente del principio acusatorio y de la presunción de inocencia. Por lo tanto, no es el acusado el que debe probar su inocencia, en este caso su error inevitable sobre la antijuridicidad, sino la acusación».

5.2. Para apreciar el error de prohibición se suelen utilizar diversos criterios:

– naturaleza del delito: el TS tiende a rechazar el error en infracciones elementales, cuya ilicitud sea notoria y de comprensión y constancia generalizada (STS 174/2010, 4-3). Hasta hace poco distinguía entre delitos naturales o de carácter natural (*mala in se*), «que han existido siempre», donde no hay lugar para el error, y artificiales (*mala quia prohibita*). Algunos autores diferencian entre delitos de Derecho Penal nuclear, en el que el error de prohibición al menos directo resulta prácticamente inconcebible, y los de Derecho Penal accesorio o secundario;

– *modus operandi* utilizado en la realización del delito: se rechaza el error si el sujeto ha recurrido a vías de hecho o medios comisivos (violencia, intimidación) desautorizados generalmente por el ordenamiento, o si ha obrado de forma

clandestina o secreta, o intentando ocultar o simular su actuación;

– circunstancias personales del autor: el TS es reacio a admitir el error de quien realiza una conducta incardinable en el ámbito específico de su profesión.

Los tribunales se muestran cicateros en su reconocimiento: «La construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad» (STS 1067/2006, 17-10).

5.3. Una vez acreditada su concurrencia, el error será calificado como vencible si el desconocimiento de la antijuridicidad pudo y debió ser evitado por el sujeto y como invencible en caso contrario.

El TS tiende a calificar de vencible el error si la conducta se realiza en el ejercicio de una concreta profesión o el sujeto ocupa una determinada posición jurídica, o cuando nos hallamos en un ámbito de actividad con una regulación específica, y como invencible (escasamente) si el error se debe a una regulación confusa u oscura (pueden resultar asimilables los casos de error debidos a una jurisprudencia vacilante) o a que la información recabada de fuentes fiables resulta equivocada. Los tribunales confunden a menudo la acreditación de la concurrencia del error con la determinación, una vez apreciado, de su carácter vencible o invencible, recurriendo en ocasiones a los mismos criterios para la resolución de una y otra cuestión (naturaleza del delito, *modus operandi,* etc.).

STS 1070/2007, de 14 de diciembre: «la cuestión de la evitabilidad no pasa solamente [...] por la existencia de posibilidades de conocer la reprobación que la norma [...] hace de su comportamiento. Pasa, antes incluso, por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho [...]. De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta», considerándose invencible el error concurrente en un caso de abusos sexuales sobre una menor de trece años. En relación con el mismo tipo de hechos delictivos, *vid.* las SSTS 336/2009, 2-4, o 547/2009, 19-5, y SAP Madrid Sec. 2ª 198/2010, 4-5, en las que se plantea el problema del error culturalmente condicionado por la procedencia de los autores (selva ecuatoriana, origen dominicano o colombiano, respectivamente), considerándose de carácter vencible en los dos primeros casos (en el primero de ellos dos magistrados formulan un voto particular propugnando la invencibilidad) e invencible en el último

Tema XXI

Inexigibilidad y miedo insuperable

1. El principio de inexigibilidad de conducta distinta

1.1. Planteamiento

Las leyes penales suelen reconocer supuestos en los que se exime por completo o se atenúa la responsabilidad penal del sujeto que comete un delito, aunque esté en plena posesión de sus facultades mentales y sea consciente de que el hecho que realiza es ilícito, siempre y cuando las circunstancias que rodean la conducta sean tales que resulte muy difícil esperar del sujeto una conducta adecuada a Derecho. En estos casos se considera que la conducta no es exigible, o, dicho de otro modo, que estamos ante una situación de inexigibilidad.

1.2. Ejemplos

- ✓ Prestar falso testimonio ante un tribunal por haber sido amenazado de muerte en caso de declarar la verdad que perjudica a uno de los acusados (SAP, Cádiz, Sec. 2ª, 06/10/ 1999);
- ✓ persona sin familia y sin ningún recurso económico que sustrae pequeñas cantidades de alimentos básicos para poder alimentar a sus hijos pequeños (SAP, Madrid, 376/2004, 17-09);
- ✓ prestarse a transportar droga a cambio de dinero con el que poder hacer frente al alquiler para evitar el desahucio y pagar la medicación de un hijo gravemente enfermo (STS 806/2002, 30-04).

1.3. Evolución histórica y ubicación sistemática

- La idea de inexigibilidad apareció con la concepción normativa de la culpabilidad.
- Llegó a propugnarse la existencia de una eximente supralegal basada en la idea de inexigibilidad de otra conducta:
  - la Jurisprudencia alemana llegó a aceptarlo durante algún tiempo,
  - pero en la actualidad la doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia lo rechazan, por la fricción que plantea con el principio de legalidad y la inseguridad jurídica que comporta.
- También se ha concebido como principio regulativo general, sin contenido valorativo propio, que se aplicaría a todos los elementos del delito.

– En la actualidad la doctrina mayoritaria considera que es una categoría propia dentro del juicio de culpabilidad, que proporciona la razón de la ausencia de responsabilidad penal en algunas de las eximentes recogidas en el CP, si bien:
  - para algunos *elimina la culpabilidad*, y de ahí la ausencia de pena;
  - mientras que para otros produce una disminución del injusto y también de la culpabilidad (pero no los elimina), lo cual da lugar a una *disculpa* del comportamiento.

1.4. Fundamento

La razón a la que obedece la ausencia o la disminución de responsabilidad penal en los supuestos de inexigibilidad se ha explicado de distintas formas a lo largo del tiempo; en la actualidad:

– la doctrina mayoritaria acude a la teoría del 'hombre medio en la posición del autor': el Derecho Penal no puede exigir conductas heroicas, por ello en algunas situaciones extremas, cuando no cupiera esperar que un hombre medio, colocado en la misma situación que el autor, se hubiera comportado de forma distinta, no puede exigírsele al autor responsabilidad penal.

– Algún autor ha propuesto otro criterio: en determinadas situaciones extremas el Derecho permite al afectado solucionar el conflicto dando preferencia a la preservación de sus intereses personales aunque ello no se corresponda con la valoración objetiva que efectuaría el Ordenamiento Jurídico desde una perspectiva general. El valor que se reconoce a la autonomía individual hace que se considere legítima en ciertos casos la preferencia de los propios intereses, fundada en una valoración parcial de la situación de conflicto por parte de la persona directamente implicada en el mismo.

1.5. Regulación legal

– Según la doctrina mayoritaria, en el CP vigente responden a la idea de no exigibilidad de conducta distinta:
  - el miedo insuperable (art. 20.6º CP);
  - el estado de necesidad cuando el conflicto se plantea entre males iguales (art. 20.5º CP).

– Algunos autores consideran también causa de inexigibilidad el encubrimiento entre parientes (art. 454 CP).

2. El miedo insuperable

2.1. Naturaleza jurídica

Ha sido muy discutida (ausencia de acción, causa de inimputabilidad, causa de justificación, causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, causa de inexigibilidad, naturaleza mixta entre inimputabilidad e inexigibilidad), lo que refleja el problema de ubicación sistemática que en general presentan las eximentes que obedecen a la idea de inexigibilidad de otra conducta. En la actualidad:

1. *Doctrina mayoritaria*: causa de inexigibilidad de otra conducta, ubicada dentro del juicio de culpabilidad (para un sector minoritario es una causa de justificación).
2. *Jurisprudencia*: tras años de pronunciamientos poco claros, parece que últimamente se concibe como causa de inexigibilidad (SSTS 340/2005, 08-03, 783/2006, 29-06; 180/2006, 16-02; 627/2007, 04-06), aunque la interpretación de algunos de los elementos de la eximente trasluce consideraciones más propias de la inimputabilidad que de la inexigibilidad.

2.2. Fundamento

1. *Doctrina mayoritaria*: inexigibilidad.
2. *Jurisprudencia*: para la línea mayoritaria actual parece ser la inexigibilidad, basada en la teoría del hombre medio en la situación del autor, aunque durante bastante tiempo se ha aludido a la anulación de las capacidades intelectivas y volitivas que provocaría el miedo (lo que significa fundamentar en realidad la exención en una situación de inimputabilidad), y de hecho siguen dictándose sentencias contradictorias (por ej., STS 209/2007, 09-03, y 774/2009, 10-07—inexigibilidad— y STS 892/2007, 29-10 —«anulación de la voluntad»—).

2.3. Requisitos

1º. **El miedo**: es el requisito esencial de la eximente; su ausencia hace imposible apreciarla ni siquiera como incompleta.

a) *Concepto y efectos*: es el recelo o aprehensión que alguien tiene respecto a que suceda alguna cosa negativa, contraria a lo que desea.

Debe producir una perturbación del ánimo, una preocupación seria ante el peligro que se teme, pero no es preciso que altere la claridad mental de la persona ⇒ *no es necesario* que alcance el nivel del *terror o pánico* que paraliza a quien lo sufre o anula su voluntad. La jurisprudencia sin embargo aún continúa exigiendo a veces este efecto de alteración o anulación completa de las facultades psíquicas para apreciar el miedo insuperable

como eximente completa (lo que la convierte en una eximente superflua, porque dichos estados quedan ya cubiertos por el trastorno mental transitorio del art. 20.1º CP).

b) *Procedencia*: el miedo debe tener su causa en estímulos externos.

– Según la Jurisprudencia y parte de la doctrina dicho estímulo externo debe ser una amenaza realizada por otra persona.

> De hecho, éste parece ser el criterio (implícito) con que el TS opera para delimitar el miedo insuperable del estado de necesidad; cfr. por ej. ATS 1374/2005, 09-06, en un caso de «correos de la coca».

– En todo caso, debe diferenciarse del *miedo patológico*: cuando el origen del miedo es una patología mental del sujeto lo que se aplica es el transtorno mental transitorio art. 20.1 CP (ej.: un síndrome delirante, que hace que alguien se crea víctima de prácticas de brujería, STS 22/12/1992, también en esta línea, SAP Zaragoza, Sec. 3ª, 169/2009, 24-02) → se aplica el trastorno mental transitorio, art. 20.1º CP.

c) *Eficacia motivadora*: el sujeto debe obrar «impulsado por» miedo insuperable.

– Para la Jurisprudencia y parte de la doctrina esto significa que el miedo debe ser el único motivo de la acción, y si concurre algún otro no cabe apreciar la exención.

– Según otro sector doctrinal el sujeto debe ser consciente del mal que le amenaza, sentirse presionado por él, y obrar para evitar ese peligro, pero esto no excluye por completo que en su actuación pueda concurrir algún otro móvil (odio, venganza, etc.).

2º. **El mal que se teme:**

a) *Gravedad*: el peligro que se teme puede ser de superior, igual o incluso inferior entidad al mal que comete el sujeto que actúa bajo miedo (una vez que el CP 1995 ha suprimido la exigencia, contenida en el art. 8.10 del CP 1973, de que se obre impulsado por miedo «de un mal igual o mayor»).

b) *Realidad*: ¿puede eximir el miedo que se siente ante males inexistentes? En ocasiones se denomina a estos supuestos «miedo imaginario» o «miedo putativo», pero el miedo es real, lo imaginado es el mal que se teme.

– La Jurisprudencia del TS exige invariablemente que el mal sea real. Cuando sólo es imaginado por el autor, se aplica como mucho la eximente incompleta (ej. STS 143/2007, 22-02).

– La doctrina mayoritaria es favorable a reconocer relevancia al error del sujeto sobre la realidad del mal, aunque se defienden dos vías distintas:

■ considerar directamente aplicable la exención por miedo insuperable, pues aunque el mal no sea real, el miedo que se siente ante él sí lo es, luego

concurre el elemento esencial de la eximente. En consecuencia, si el error sobre la existencia del mal es invencible se aplica directamente la eximente (así se hace en SAP, Alicante, Sec. 2ª, 96/1999, 08-02), y, si es vencible, la eximente incompleta (porque el miedo no puede considerarse insuperable);

- remisión a las reglas del error: si es invencible impunidad, y si es vencible, como nuestro Código penal no regula expresamente el tratamiento que deben recibir los errores sobre los presupuestos de una causa de inexigibilidad, las soluciones varían (algunos autores son partidarios de aplicar la pena del tipo imprudente, y otros la rebaja en uno o dos grados propia del error de prohibición).

c) *Ilicitud*: cuando lo que se teme son males lícitos (por ej., procedentes del ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, como es la persecución del responsable de un delito) no puede operar el miedo insuperable.

> En ocasiones la Jurisprudencia exige que el miedo proceda de una *causa o móvil* «lícito u honesto», lo cual es muy distinto de la exigencia de que *el mal* sea ilícito, y la doctrina lo rechaza porque incurre en un criticable *versari in re illicita* (ej.: la persona sorprendida en adulterio realiza una conducta deshonesta, pero no por ello debe excluirse toda posibilidad de que pueda actuar en miedo insuperable frente a la amenaza de muerte que le dirige el cónyuge que les sorprende).

d) *Inminencia*:

- la Jurisprudencia y parte de la doctrina exigen que el mal temido ha de ser de inminente realización (por ej. STS 1250/1995, 02-12).
- Otra parte de la doctrina propugna apreciar también la exención en los casos de *peligro duradero*: cuando existe la amenaza de un peligro que se puede concretar en cualquier momento de un futuro no lejano (ej.: situación de maltrato doméstico grave y reiterado; *vid*. también STS 2067/2002, 13-12, en un caso de detención ilegal).

e) *Bienes sobre los que debe recaer*: algunos autores han propuesto restringir la aplicabilidad de la eximente al supuesto en que el peligro que se teme se cierna sobre bienes jurídicos personalísimos del autor (fundamentalmente vida e integridad física o mental). Aunque en la jurisprudencia no parece existir una doctrina explícita sobre esta cuestión, de hecho la eximente (completa o incompleta) suele apreciarse en casos de amenazas para la vida o la integridad, del propio sujeto o de sus allegados.

3º. **La insuperabilidad del miedo**:

a) Para la Jurisprudencia más reciente y la doctrina mayoritaria debe medirse con un criterio objetivo y normativo, según el cual insuperable es el miedo que un hombre medio, situado en la posición del autor, no habría conseguido tampoco vencer (STS 774/2009, 10-07).

Se afirma, así, que la eximente no debe convertirse en un privilegio de los cobardes o pusilánimes.

b) La Jurisprudencia aún aplica muchas veces un baremo exclusivamente psicológico: es insuperable el miedo que elimina la capacidad volitiva de la persona, que anula su voluntad (por ej. STS 828/2008, 05-11, o SAP Madrid 39/2010, 22-03) → conduce de nuevo a una superposición innecesaria con la eximente del art. 20.1º CP, y convierte en superflua la de miedo insuperable.

c) **Cuestiones problemáticas en relación con la insuperabilidad**:

A) *Situación externa que objetivamente genera miedo + deficiencia o debilidad psíquica del sujeto* que le hace especialmente difícil sobreponerse a dicho estímulo → ¿estos problemas psíquicos se le pueden suponer al hombre medio (para que esté 'en la situación del autor') y por tanto tenerse en cuenta para valorar la insuperabilidad, o eso supondría subjetivizar en exceso el baremo? La Jurisprudencia ha aplicado diversas soluciones:

- SAP, Lugo, Sec. 2ª, 88/2003, 20-06: el acusado venía siendo amenazado reiteradamente desde tiempo atrás, habiéndose llegado a una situación de acoso, y además tenía «una personalidad sensitivo paranoide, con un mal control de sus impulsos». Se aprecia una eximente incompleta de alteración psíquica y además una eximente incompleta de miedo insuperable, afirmándose que el estímulo que provoca el miedo es externo e independiente de la alteración mental. Solución parecida aplica la SAP, Barcelona, Sec. 9ª, 72/2009, 06-02, en un caso en que un hijo toxicómano interno en un centro penitenciario amenaza a su madre con suicidarse si no le entrega droga, cosa que la madre hace: eximente incompleta de miedo insuperable, porque «desde la perspectiva de un hombre medio no se trataría de un supuesto de miedo insuperable, puesto que cabría acudir al centro penitenciario e instar que se adoptaran medidas para conjurar aquella amenaza».
- SAP, Cádiz, Sec. 8ª, 224/2007, 03-07: médico que es amenazado por una persona violenta y con antecedentes penales con causar daños a sus hijas si no le firma recetas de tranquilizantes. El médico tiene un carácter «apocado, con rasgos esquizoides y fóbicos». Se aplica la eximente completa de miedo insuperable, teniendo en cuenta para medir la insuperabilidad esa «especial personalidad» del acusado.
- STS 340/2005, 08-03: persona que es amenazada por narcotraficantes con causar daños a su familia si no accede a transportar droga. El sujeto «presentaba ciertas anomalías de carácter psíquico, infantilidad e inocencia, y había sido operado de un tumor cerebral». Se aplica la eximente completa de medio insuperable, aunque no se especifica si los rasgos del acusado han influido o no en la apreciación de la exención.

B) *Comparación entre el mal que se teme y el que se causa*:

- ❑ Aunque el CP de 1995 ha eliminado la exigencia de que el que actúa en miedo insuperable lo haga ante el temor de un mal «igual o mayor», algún autor propone tener en cuenta la entidad del mal temido y del que se realiza para graduar la insuperabilidad del miedo: los temores que surjan ante males objetivamente inferiores al que se causa deberían tenerse, en principio, por superables.
- ❑ También alguna sentencia acude a la comparación entre males con una finalidad similar: «aunque la redacción del art. 20.6 del Código penal ha suprimido del tipo de la exención la referencia a la comparación de males [...], no por ello ha de prescindirse de esa valoración y de la comparación de la situación para la conformación de la eximente, pues esa comparación facilita el examen de la proporcionalidad referida la hecho concreto» (STS 802/2008, 05-11).
- ❑ Y algunas sentencias aluden a la gravedad del delito que se comete para aplicar la eximente como incompleta: STS 783/2006, 29-06 y STS 778/2004, 17-06, ambas en supuestos de tráfico de drogas: «la acción a realizar [...] dada su grave nocividad para la salud, exigía una resistencia extrema». Similar es la STS 774/2009, 10-07.

2.4. Errores

1º. Sobre la existencia del mal: a su vez puede ser

- Debido a una patología psíquica del sujeto: → miedo patológico, art. 20.1º CP.
- Debido a otros factores de confusión: *vid*. *supra*, apartado «realidad del mal».

2º. Sobre la existencia del miedo como causa de exclusión de la responsabilidad: se considera irrelevante.

2.5. Graduación y efectos

a) Eximente completa (art. 20.6º CP), si se dan todos sus requisitos. No se aplica pena aunque sí puede exigirse responsabilidad civil (art. 118.1.4ª CP).

b) Eximente incompleta (arts. 21.1ª en relación con el 20.6º CP) que comporta la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados (art. 68 CP):

- Cuando, existiendo miedo, «pueda afirmarse la posibilidad de un comportamiento distinto aun reconociendo la presión de las circunstancias», es decir, el miedo no sea insuperable (SSTS 180/2006, 16-02 y 1095/2001, 16-07).
- Cuando la amenaza no sea de carácter inminente (STS 286/2008, 12-05, ATS 1176/2009, 14-05).
- Algunas sentencias, en consonancia con el concepto psicológico de miedo que ha venido manejando tradicionalmente la Jurisprudencia, la aprecian cuando el temor «no anula por completo las facultades mentales».

c) Atenuante por analogía (art. 21.6º en relación con el 21.1ª y 20.7ª CP): la Jurisprudencia la ha aplicado cuando la «disminución de su voluntad y capacidad de discernir» ocasionada por el miedo tenga un «carácter leve» (STS 81/2007, 12-02).

Tema XXII

La punibilidad

1. Concepto

Bajo la denominación de punibilidad (que algunos prefieren llamar penalidad, merecimiento de pena o, incluso, necesidad de pena) se agrupan una serie de requisitos legales de carácter material que, por razones de oportunidad o conveniencia, han de añadirse a la acción típica, antijurídica y culpable para que pueda imponerse la pena.

La punibilidad debe diferenciarse de la procedibilidad o perseguibilidad, que no se refiere a la procedencia de la pena sino a la procedencia del proceso penal y, por ello, pertenece al Derecho procesal.

2. Ubicación sistemática

Aunque un sector de la doctrina incluye la punibilidad como último elemento del delito, otro lo rechaza, reconduciendo estas circunstancias a los restantes elementos del delito o a la individualización de la pena.

3. Consecuencias dogmáticas

Mayoritariamente se estima que estos elementos no han de ser abarcados por el dolo, por lo que el error del sujeto sobre los mismos es irrelevante, y tampoco es necesario que concurra relación de causalidad ni de imputación objetiva entre la acción y tales circunstancias.

Del mismo modo, se considera que dichos elementos son irrelevantes a los efectos de fundamentar la participación en el delito, es decir, que la cualidad de partícipe es independiente de la presencia o ausencia de los mismos. Cuestión distinta es que tales elementos puedan afectar a la posibilidad de imponer

la pena al partícipe, lo que dependerá de su carácter objetivo o personal. Si son circunstancias objetivas (ej. la garantía de reciprocidad del art. 606. 2 CP) tienen efectos frente a todos los que intervengan en el hecho, en tanto que si son circunstancias personales (ej. excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP) sólo tienen efectos frente a aquellos en quienes concurran.

4. CLASES

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia españolas distinguen entre las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.

4.1. Condiciones objetivas de punibilidad

4.1.1. Concepto: Son circunstancias sustantivas que, sin pertenecer al tipo ni a la culpabilidad, posibilitan la imposición de la pena.

4.1.2. Clases: Un sector de la doctrina distingue entre condiciones objetivas de punibilidad propias, que serían totalmente ajenas al injusto, e impropias, que, a pesar de afectar al injusto, por motivos político-criminales se prefiere dejarlas al margen de la imputación objetiva y subjetiva. En un sentido similar se ha hablado de condiciones extrínsecas e intrínsecas, o se ha reservado la denominación de condiciones objetivas de punibilidad para las propias y se ha calificado a las impropias como situaciones típicas anómalas.

Otro sector de la doctrina califica como condiciones objetivas de punibilidad propias a aquellas que excluyen completamente la posibilidad de imponer la pena e impropias a las que sólo impiden aplicar un tipo agravado, pero no el tipo básico. En el mismo sentido se ha reservado la denominación de condiciones objetivas de punibilidad para las primeras y a las segundas se las ha calificado como condiciones objetivas de mayor punibilidad.

4.1.3. Supuestos: Mayoritariamente se consideran como condiciones objetivas de punibilidad la imposibilidad de persecución penal a la que se refiere el art. 30. 3 CP en el ámbito de los delitos y faltas cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos (cuestión ya analizada en el tema de la autoría), la declaración de concurso en la insolvencia dolosa del art. 260 CP, la garantía de reciprocidad del art. 606. 2 CP, así como la exigencia de doble incriminación del art. 23. 2 a) LOPJ.

Muy discutida es la naturaleza de condiciones objetivas de punibilidad o de elementos del tipo de la muerte del suicida en la inducción o auxilio al suicidio del art. 143 CP, de las cuantías mínimas exigidas en determinados delitos (como los de alteración de precios del art. 284.2 CP, abuso de información privilegiada en el mercado de valores del art. 285 CP, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social de los arts. 305 y ss. CP),

así como de la sentencia condenatoria en el falso testimonio en contra del reo en causa criminal por delito (art. 458. 2 CP).

En ocasiones también se ha considerado que el resultado (como efecto separable de la acción) no pertenece al tipo de injusto de los delitos de resultado, sino que es una condición objetiva de punibilidad.

4.2. Excusas absolutorias

4.2.1. Concepto: Se trata de circunstancias materiales que, sin pertenecer al tipo ni a la culpabilidad, impiden la imposición de la pena.

4.2.2. Clases: Un sector de la doctrina distingue entre excusas absolutorias en sentido estricto, que son aquellas que concurren en el momento de realización del hecho, y excusas absolutorias sobrevenidas, que concurren en un momento posterior. En el mismo sentido se habla de causas de exclusión de la pena, con referencia a las simultáneas, y de causas de anulación o levantamiento de la pena, en relación con las posteriores. Esta distinción subyace en el tratamiento diferenciado que suele hacerse de las causas de extinción de la responsabilidad criminal (arts. 130 y ss. CP), que serán analizadas más adelante en un tema específico.

4.2.3. Supuestos

■ Las inviolabilidades:

A) La inviolabilidad del Rey (art. 56. 3 CE):

a) *Concepto*: La persona del Rey no está sujeta a responsabilidad, siendo responsables de sus actos las personas que los refrenden.

b) *Naturaleza*: Causa personal de exclusión de la pena.

c) *Fundamento*: Razones de utilidad política relativas al buen funcionamiento de la institución.

d) *Ámbito de aplicación*: Es discutido, pues si bien algunos atribuyen a esta inviolabilidad un alcance general, otros consideran que está limitada a la actividad institucional del Rey, de modo que si en otros ámbitos realiza comportamientos delictivos puede procederse a su inhabilitación (art. 59. 2 CE) y juicio.

B) La inviolabilidad parlamentaria (art. 71 CE):

a) *Concepto*: Los Diputados y Senadores están exentos de responsabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

b) *Naturaleza*: Mayoritariamente se estima que es una causa personal de exclusión de la pena, si bien algunos autores consideran que es una causa de justificación.

c) *Fundamento*: Razones de utilidad política relativas al funcionamiento eficaz, libre e independiente de la institución (SSTC 243/1988, de 19 de diciembre y 9/1990, de 18 de enero).

d) *Ámbito de aplicación*: Es discutido, pues aunque algunos consideran que abarca cualquier manifestación verbal realizada en el ejercicio de sus funciones, otros mantienen una mayor restricción, bien efectuando una interpretación estricta de la expresión «opiniones» o bien considerando que su ámbito de aplicación se limita a lo adecuado y necesario para el desempeño de la función parlamentaria.

C) Otras inviolabilidades:

a) *Diputados de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas*: Gozan de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio

de sus funciones, en aplicación de lo dispuesto en los respectivos Estatutos de Autonomía.

b) *Magistrados del Tribunal Constitucional*: «No podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones» (art. 22 LOTC) y sus resoluciones «no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado» (art. 4. 2 LOTC). Ello no excluye la posible condena por prevaricación judicial a los Magistrados del Tribunal Constitucional cuando, más allá de una interpretación posible de los preceptos constitucionales, dicten una resolución arbitraria que no tenga cabida en nuestro Derecho.

c) *Defensor del Pueblo y sus adjuntos*: «No podrán ser detenidos, expedientados, multados, perseguidos o juzgados en razón a las opiniones que formulen o a los actos que realicen en el ejercicio de las competencias propias de sus cargos» (art. 6 LODP).

D) Inviolabilidad e inmunidad:

Hay que distinguir las inviolabilidades de las inmunidades, pues estas últimas no afectan a la punibilidad, sino que sólo son obstáculos procesales que, una vez superados, no impiden la punición (ej. la inmunidad parlamentaria del art. 71. 2 CE).

■ Otros supuestos de excusas absolutorias:

Mayoritariamente, también se consideran excusas absolutorias otras circunstancias legales, como el desistimiento en la tentativa del art. 16. 2 CP (cuestión ya analizada en el tema de la tentativa de delito), la exención de pena para la celebración de matrimonio inválido, si el mismo fuese posteriormente convalidado (art. 218. 2 CP), la exención de responsabilidad criminal por parentesco en los delitos patrimoniales en los que no concurra violencia o intimidación (art. 268 CP), la exención de responsabilidad penal por regularización en las defraudaciones a la Hacienda Pública (art. 305. 4 CP), a la Seguridad Social (art. 307. 3 CP) y en el ámbito de las subvenciones (art. 308. 4 CP), la exención de pena en el caso de incendio de montes o masas forestales, si el mismo no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor (art. 354. 2 CP), la exención de pena por el delito de cohecho para el particular que denuncie el hecho a la autoridad (art. 426 CP), la retractación en el falso testimonio (art. 462 CP) y la exención de pena para el que, implicado en un delito de rebelión o sedición, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias (arts. 480. 1 y 549 CP).

Muy discutida es la naturaleza de excusa absolutoria o de causa de inculpabilidad del encubrimiento entre parientes (art. 454 CP).

Tema XXIII

Concurso de delitos

1. Concepto

Concurrencia en un mismo sujeto de responsabilidad por dos o más delitos o faltas.

1.1. Cuando estemos ante un único hecho cuya valoración jurídica pueda hacerse atendiendo a una única norma no estaremos ante un concurso de delitos, sino ante un concurso de normas (art. 8 CP) (STS 1182/2006, 29-11).

1.2. Allí donde existan previsiones específicas para resolver el concurso (v.gr. art. 382 CP), prevalecerán sobre las reglas aquí descritas.

En los supuestos en que la ley prevé que una pena se imponga 'sin perjuicio' de la correspondiente por otras infracciones concurrentes (v.gr. arts. 173.2, 180.1.5ª, 188.4 4 (188.5 en la redacción de la LO 5/2010), 223, 229.3, 242.1, 243…CP) remite a la disciplina del concurso de delitos —en principio, concurso real—.

El *hecho* (objeto de valoración jurídica unitaria que atiende a una o varias acciones u omisiones en su contexto, y en su caso a la imputación de determinado/s resultado/s que admitan esa calificación unitaria —cuando se entienda que no es así, constituirán distintos hechos—) ha de ser calificado para asignarle consecuencias jurídicas.		
Regla general:	cada acción, un hecho, una infracción	▶ CONCURSO REAL
Excepciones:	varias acciones reconducidas a un hecho unitario, una infracción	▶ DELITO CONTINUADO
	un hecho que integra varias infracciones al tiempo	▶ CONCURSO IDEAL
	varias acciones, varias infracciones en relación medial, un hecho	▶ CONCURSO MEDIAL

2. Regla general

2.1. Concurso real: *Partimos de una pluralidad de hechos que merecen calificación jurídica separada.*

1º. *Se impondrán todas las penas* correspondientes a las infracciones cometidas (art.73 CP);

2º. El *cumplimiento* de estas penas será:

- ✓ simultáneo, cuando su naturaleza y efectos lo haga 'posible' (art. 73 CP); debe entenderse 'posible' el cumplimiento simultáneo cuando no vacía de contenido alguna de las penas;

  No es 'posible', en este sentido, cumplir a la vez dos penas privativas de libertad, o dos inhabilitaciones con el mismo alcance: en realidad, se estaría cumpliendo una y vaciando de contenido la otra.

- ✓ sucesivo, en caso contrario, en lo posible 'siguiendo el orden de su respectiva gravedad' (art. 75 CP).

3º. No obstante, el *cumplimiento efectivo* se limita en el cumplimiento sucesivo (de forma que la *acumulación material* de las penas se ve corregida, dando lugar a lo que se denomina *acumulación jurídica*):

- ✓ cuando se trate de penas impuestas en la misma sentencia, o en distintas pero por hechos que 'por su conexión o el momento de su comisión' habrían podido enjuiciarse en un mismo proceso (art. 76.2 CP);

  La posibilidad de que los hechos pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso (admitida con gran generosidad siempre que el momento de comisión lo haga asumible) se excluye 'cuando, entre las condenas que se pretende acumular, hay algunas que se impusieron antes de que se cometieran los hechos que dieron lugar a condenas posteriores' (por todas, STS 558/2000, 28-03, que insiste en que lo importante es la fecha de la sentencia y no el momento en que alcance firmeza).

- ✓ el máximo de cumplimiento efectivo de la condena se limita (art. 76.1 CP) a:
  - ■ el triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas;
  - ■ en todo caso (aunque no se haya alcanzado el triplo de la pena más grave):

20 años, con carácter general
25 años, cuando alguno de los delitos admitiera imponer pena de 20 años
30 años, si alguno de los delitos admitiera imponer pena de más de 20 años
40 años, si dos o más delitos admitieran imponer pena de más de 20 años
40 años, si se han cometido dos o más delitos de la rúbrica dedicada a los delitos de terrorismo y alguno de ellos admitiera imponer pena de más de 20 años

Nos importa que el delito *admitiera* imponer estas penas, con independencia de que en ejercicio del arbitrio judicial se haya impuesto una pena menor; v.gr. STS 819/2007, 04-10.

- ✓ Alcanzado este límite, se declaran extinguidas las penas siguientes en el orden de cumplimiento (art. 76.1 CP).

4º. Si como consecuencia de estas limitaciones el cumplimiento efectivo ha de resultar inferior a la mitad de la suma total de penas impuestas (art. 78 CP):

- ✓ El juez o tribunal sentenciador podrá acordar que se refieran a la totalidad de las penas impuestas: 1) los beneficios penitenciarios, 2) los permisos de salida, 3) la clasificación en tercer grado y 4) el cómputo de tiempo para la libertad condicional.

  Este acuerdo será obligatorio en los casos en que resulten de aplicación los límites de 25, 30 ó 40 años, siempre que el cumplimiento efectivo no alcance la mitad de las penas impuestas (STS 819/2007, 04-10).

- ✓ El Juez de Vigilancia Penitenciaria sólo podrá acordar razonadamente volver al régimen general de cumplimiento: 1) previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, 2) valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, 3) oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes.

  Si se trata de delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, sólo podrá darse acceso:

  - ■ Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena; y
  - ■ A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del mismo.

3. EXCEPCIONES

Cuando pese a tratarse de un hecho plural merezca una valoración jurídica unitaria, y cuando un mismo hecho o unidad de acción requiera acudir a normas diversas para valorarlo adecuadamente.

3.1. *Delito continuado*: *Una pluralidad de acciones que recibe valoración jurídica unitaria (art. 74).*

1º. *Presupuestos*:

- ✓ una pluralidad de acciones y omisiones
- ✓ que infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza (si un solo precepto recoge ya la pluralidad de actos no se habla de delito continuado; así respecto del art. 368 la STS 118/2005, 09-02):

– no se requiere identidad de sujetos pasivos, que pueden ser uno o varios

– se excluyen bienes jurídicos eminentemente personales (art. 74.3), pero si se trata del honor y la libertad e indemnidad sexuales de un mismo sujeto pasivo se podrá aplicar el delito continuado atendiendo 'a la naturaleza del hecho y del precepto infringido';

En relación a delitos sexuales, el TS requiere 'un mismo dolo, similar unidad de propósito y aprovechamiento de una situación circunstancial mantenida y común a todas las agresiones en cuestión' (SSTS 1424/2004, 01-12, y 578/2004, 26-04); excluyendo la continuidad si son distintos sujetos activos que se auxilian mutuamente (STS 76/2006, 31-01).

✓ con vinculación objetiva y/o subjetiva (basta una de las dos):

■ unidad de propósito ('en ejecución de un plan preconcebido') o

■ identidad de ocasión ('aprovechando idéntica ocasión').

2º. *Se castigará* por un único delito o falta continuados (y no por varias infracciones).

– Al castigar como un único delito o falta hechos distintos, las diferentes circunstancias modificativas concurrentes pueden acumularse, siempre que respondan a un fundamento diferenciado.

– Si *además* de las infracciones agrupables de acuerdo con las reglas precedentes aparecen otras infracciones, o son varios los conjuntos diferenciados de acciones u omisiones que deben calificarse como delito continuado, estaremos ante un concurso (real, ideal o medial) entre el/los delito/s o falta/s continuado/s y el resto; v.gr. SSTS 1028/2007, 11-12, y 550/2007, 18-06.

3º. *Penas*: se dispone un criterio general y especialidades para infracciones patrimoniales:

✓ con carácter general, se impondrá la pena señalada para la infracción más grave, en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado;

El resultado de esta operación puede representar una pena más o menos elevada que la que se seguiría de un concurso real entre las infracciones cometidas en cada hecho aislado, sin que esto tenga relevancia (STS 919/2007, 20-11).

✓ si se trata de infracciones contra el patrimonio:

■ se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Esto puede suponer o no un incremento de pena; aplicado este criterio, no es necesario imponer la pena en su mitad superior, aunque puede hacerse (STS 501/2007, 12-06).

La acumulación de cuantías no incrementa la pena si al menos alguno de los hechos acumulados merecía ya la calificación jurídica correspondiente al perjuicio total causado. En cambio, se incrementa la pena al hacer que varios hechos que separadamente constituirían faltas por no exceder su cuantía de 400 euros (art. 623 CP), se castiguen conjuntamente como delito (v.gr. arts. 234, 249 CP). En cuanto a la posibilidad de que varios hechos que

aisladamente constituirían faltas o delitos en modalidad básica se castiguen como una única infracción cualificada por la cuantía (v. arts. 235, 250), lo que podría resultar, o no (dependiendo del número de hechos), en una pena más elevada que si castigáramos separadamente las infracciones, existen resoluciones que se niegan a 'construir artificialmente, por adición, un supuesto típico que no merece esa condición en una lectura rigurosa del texto legal' (SSTS 129/2005, 22-02 y 356/2005, 21-03).

- si el hecho revistiere notoria gravedad *y* hubiere perjudicado a una generalidad de personas (*delito masa*) se impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que se estime conveniente.

La Jurisprudencia requiere que tenga por 'destinatario potencial a una colectividad indeterminada y difusa de individuos' (STS 129/2005, 22-02, negando la calificación ante captación individualizada de 45 sujetos pasivos).

- Este nuevo marco punitivo se calcula partiendo de la pena correspondiente a la calificación que tiene en cuenta el perjuicio total causado (regla precedente), y subiendo ésta motivadamente uno o dos grados, para imponerla después en la extensión que se estime oportuna (pudiendo obviar el art. 66).

3.2. Concurso ideal y concurso medial: *Infracciones cometidas en un solo hecho, o articuladas en relación de medio necesario.*

1º. *Presupuestos:* la misma regla penológica se aplica en dos supuestos distintos:

✓ Un solo hecho constituye dos o más infracciones (concurso ideal).

- Para la doctrina mayoritaria, puede tratarse de infracciones homogéneas (en cuyo caso 'la más grave' a efectos de determinación de pena será cualquiera de ellas) o heterogéneas (v.gr. atentado y lesiones).
- Los supuestos de preterintencionalidad (en que sólo parte del resultado es imputable a título de dolo, debiendo atribuirse el exceso a imprudencia) se resuelven acudiendo al concurso ideal (por todas, STS 269/2007, 29-03).

✓ Una infracción es medio necesario para cometer la otra (concurso medial).

- 'Necesidad' por relación a la situación concreta en que se comete el delito (STS 1250/2009, 10-12; sin que baste atender al plan del autor: SSTS 474/2004, 13-04 y 123/2003, 03-02); cuando se trate de una necesidad abstracta o conceptual el concurso será de normas (art. 8.3 CP).

2º. *Se castigará:*

✓ Con carácter general, como una única infracción, aplicando en su mitad superior la pena prevista para la más grave de las cometidas.

- La determinación de cuál sea la más grave obliga a determinar la pena de las infracciones separadamente, a fin de compararlas;
  - para unos, atendiendo al marco penal abstracto y teniendo sólo en cuenta autoría y participación (arts. 62 y 63 CP);
  - para otros, comparando penas concretas a imponer (incluyendo circunstancias modificativas y arbitrio judicial).
- En todo caso, si se trata de infracciones sancionadas con penas heterogéneas que no admitan comparación, no será posible aplicar estas reglas, y deberán castigarse separadamente las infracciones.
- Una vez hecho esto tomaremos como punto de partida la pena abstractamente prevista para esta infracción (considerando perfección y participación), aplicando su mitad superior.
- Sobre este nuevo marco penal se aplicarán las circunstancias modificativas concurrentes (pueden acumularse las procedentes de distintos hechos, siempre que respondan a un fundamento diferenciado).

✓ Sancionando separadamente las infracciones, cuando la suma de las penas correspondientes resulte inferior que la que se impondría por la regla anterior.

- La comparación ha de hacerse entre las penas concretas que se impondrían, no entre la pena impuesta por concurso ideal y los máximos de los marcos penales abstractos de las infracciones separadas.

Jurisprudencia: *Homicidio e incendio*: puede darse concurso de normas o concurso ideal de delitos (STS 569/2007, 29-06, citando otras). *Robo y detención ilegal* (SSTS 472/2007, 24-05 y 557/2007, 21-06): *concurso de normas* únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento; *concurso ideal* de delitos cuando la detención 'constituya un medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración excedan la mínima privación momentánea de libertad ínsita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo el bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal'; *concurso real* 'cuando la duración e intensidad de la privación de libertad, con independencia de su relación con el delito contra la propiedad, se aparta notoriamente de su dinámica comisiva, se desconecta de ésta por su manifiesto exceso e indebida prolongación, no pudiendo ser ya calificada de medio necesario para la comisión del robo'. En sentido semejante para la agresión sexual STS 1250/2009, 10-12. *Estafa y falsedad*: si es falsedad en documento privado, el concurso es de normas y no de delitos, a diferencia de lo que acontece cuando se trata de falsedad en documento público (por todas, STS 592/2007, 02-07), en la que suele acudirse al concurso ideal (por todas, STS 550/2007, 18-06). *Detención ilegal y amenazas*: si la amenaza 'carece de toda funcionalidad a los efectos del éxito de la detención' el concurso es de delitos y no de leyes (STS 775/2009, 06-07). *Robo y detención ilegal*: concurso real de delitos cuando el robo 'ya estaba consumado y resultaba innecesaria la privación de libertad' (STS 430/2009, 29-04).

Tema XXIV

Concurso de normas

1. Denominación

Concurso de normas/concurso aparente de leyes penales/unidad de ley

2. Regulación legal

Art. 8 CP.

3. Descripción

Supuesto en el que uno o varios hechos son (aparentemente) incluibles en varios preceptos penales, pero sólo uno de ellos resulta aplicable, con exclusión de los demás.

3.1. *Diferencia con el concurso de delitos:* en el concurso de delitos uno o varios hechos constituyen varios delitos; en el concurso de normas sólo existe un delito.

4. Fundamento

4.1. En el concurso de normas sólo resulta aplicable un delito porque esa norma penal es suficiente para aprehender por completo el desvalor del hecho.

4.2. En consecuencia, la aplicación de varios preceptos penales constituiría un supuesto de *bis in idem* prohibido (ej.: sancionar la muerte de una persona realizada con alevosía como asesinato y, adicionalmente, como homicidio).

4.3. Las premisas para elegir en cada caso concreto entre un concurso de delitos y un concurso de normas son (SSTS 383/2010, 5-05, 1323/2009, 30-12, 671/2006, 21-06; 580/2006, 23-05; 1424/2005, 05-12):

- ✓ el desvalor del correspondiente comportamiento, la afectación de bien/es jurídico/s que comporta;
- ✓ el hecho de que alguno/s de los preceptos penales en presencia aprehenda por completo esa ofensividad.

4.4. En consonancia con las teorías del positivismo jurídico, en ocasiones se considera el concurso de normas como una problemática netamente diferente del concurso de delitos, más propia de la interpretación de la norma penal.

4.5. Es consonante con ello la regulación del CP (art. 8), ubicada en el título preliminar, relativo a la aplicación de la ley penal.

5. Reglas de resolución del concurso de normas (art. 8 CP)

5.1. Es discutido que exista un orden de prelación entre las reglas del art. 8 CP, con la salvedad de la regla 4ª (alternatividad), que se subordina expresamente a las demás (sobre esta subordinación específica de la regla 4ª, SSTS 1277/2003, 10-10; 183/2000, 15-02).

5.2. La jurisprudencia, en cambio, suele entender que las reglas del art. 8 CP guardan un orden de prelación estricto (SSTS 1493/1999, 21-12; 1358/1998, de 17-11)

5.3. En caso de inviabilidad de aplicación de la norma desplazante (p. ej., por supresión legislativa, por desistimiento en una tentativa cualificada), procede el recurso a la norma desplazada.

5.4. Frecuentemente, la elección de la norma aplicable es una cuestión interpretativa no sencilla, de modo que es discutido el recurso a una u otra regla en una multiplicidad de supuestos concretos.

5.5. *Regla de especialidad* (art. 8.1ª CP):

- ✓ La norma especial desplaza a la norma general.
- ✓ Es norma especial aquella que contempla el caso más específicamente que los restantes preceptos concurrentes. La norma especial integra los elementos de la/s norma/s general/es, más algún componente adicional (SSTS 480/2009, 22-05, 1965/ 2000, 15-12).
- ✓ En la especialidad concurre una relación lógica de inclusión, de modo que todos los supuestos incluibles en el

precepto especial podrían serlo también en el general, pero no a la inversa.

✓ Ejemplos de especialidad: relación entre los tipos básicos (v. gr., robo con violencia o intimidación básico, art. 242.1 CP; detención ilegal básica, art. 163.1 CP) y los tipos cualificados o privilegiados (v. gr., robo con violencia o intimidación personal cualificado, art. 242.2 CP; detención ilegal atenuada, art. 163.2 CP); relación entre el asesinato (art. 139 CP) y el homicidio (art. 138 CP).

5.6. *Regla de subsidiariedad* (art. 8.2ª CP):

✓ La norma primaria desplaza a la norma subsidiaria.

✓ Norma subsidiaria es aquella que sólo pretende regir un supuesto en caso de no aplicabilidad de la norma primaria.

✓ En la subsidiariedad concurre una relación lógica de interferencia, de modo que el precepto subsidiario queda bloqueado en tanto pueda aplicarse el primario o principal.

✓ Clases de subsidiariedad:

- *Expresa*: el precepto condiciona explícitamente su aplicación a que el hecho no constituya otro delito (ej.: delito de resistencia o desobediencia grave a la autoridad, art. 556 CP).
- *Tácita*: la voluntad del precepto de no aplicarse salvo cuando el hecho no constituya otro delito debe deducirse de la interpretación de la norma (ej.: relación entre tipos cualificados de lesiones de los arts. 149, 150 CP; relación entre el tipo de fabricación de drogas orientada a su tráfico ilegal —art. 368 CP— y de tenencia de precursores —art. 371 CP).

5.7. *Regla de consunción* (art. 8.3ª CP):

✓ Una norma desplaza a otra cuando por sí sola agota el desvalor que esa última supone, por razones diferentes de la especialidad y de la subsidiariedad.

✓ Supuestos específicos de consunción:

- *Progresión delictiva*: comportamientos delictivos que constituyen generalmente estadios intermedios de hechos típicos ulteriores, se ven consumidos por estos (SSTS 520/2009, 14-05, 1493/1999, 21-12).
- Ejemplos: los actos preparatorios punibles quedan consumidos por la tentativa; la tentativa queda consumida por la consumación – frente a la opinión de la Jurisprudencia (STS 530/2001, 28-03), parte de la doctrina (García Albero, Maqueda) considera que en estos casos hay una relación de subsidiariedad (tácita).
- *Hechos acompañantes*: casos en que un hecho acompaña normalmente a otro; esa circunstancia se tiene en cuenta en el momento de fijar la pena del delito que consume a su habitual acompañante (ej.: el tipo de homicidio consume al de lesiones; el tipo de robo

con fuerza consume los daños vinculados al mismo; los tipos de agresión sexual o robo violento consumen las detenciones ilegales de mínima duración o la violencia de mínima intensidad: SSTS 1250/2009, 10-12, 829/2009, 13-07, 629/2007, 02-07; 472/2007, 24-05). La consunción no es posible cuando la entidad del hecho acompañante impide su subsunción en el delito consumente; en tales casos existe concurso de delitos (ej.: los actos de violencia de cierta entidad, o las detenciones de cierta duración en el delito de robo con violencia personal).

- *Actos posteriores copenados*: se trata de hechos que por sí solos realizarían un delito, pero que se consumen en otro al que siguen, ya que constituyen formas de asegurar lo conseguido en ese delito principal, y no comportan un desvalor adicional (ej.: impunidad por receptación del autor del robo antecedente) (STS 1009/2009, 14-10).

5.8. *Regla de alternatividad* (art. 8.4ª CP):

- ✓ Regla residual, de escasa aplicación (potencial).
- ✓ Aplicable cuando ninguna de las reglas anteriores pueda disciplinar la resolución del concurso de normas.
- ✓ Criterio aplicable: recurso a la norma penal más grave, que se impone en detrimento de las que establecen penas menores.
- ✓ Ejemplos: el delito de amenazas condicionales (art. 169 CP) desplaza al de acoso sexual (art. 184.2 CP); el delito de lesiones dolosas al feto (art. 157 CP) desplaza a la tentativa de aborto (art. 145.1 CP).
- ✓ Algunos preceptos de la Parte Especial establecen expresamente la aplicación del precepto más grave para resolver potenciales concursos de normas, si bien, como expresa la doctrina, no resulta claro si se trata de supuestos de alternatividad o de subsidiariedad tácita. Ejemplos: art. 382 CP en materia de delitos contra la seguridad del tráfico (con aplicación de una regla penológica semejante a la del concurso ideal), art. 229.3 CP en materia de abandono de menores o incapaces.

Tema XXV

Teoría de las circunstancias modificativas genéricas

1. Concepto

1.1. Situaciones o elementos, adicionales a los requeridos para afirmar la concurrencia del delito, que la ley tiene en cuenta, cuando concurren, en la determinación de la pena a imponer a los responsables del mismo.

1.2. No deben confundirse con las llamadas circunstancias especiales o específicas, que se prevén expresamente para un delito o un grupo restringido de delitos, constituyendo modalidades típicas a las que se asigna un marco penal abstracto determinado (v.gr. arts. 139, 180, 250 CP), y que pueden ser o no semejantes o incluso idénticas a circunstancias modificativas genéricas. Si una circunstancia tiene prevista una eficacia específica en relación a determinado delito, prevalecerá esta calificación (arts. 8.1 y 67 CP) antes que su consideración como circunstancia modificativa genérica.

2. Clases

2.1. Se han distinguido las circunstancias modificativas por su fundamento (1), por su eficacia (2) y por su comunicabilidad (3).

2.2. En cuanto a su *fundamento*, se afirma que de las circunstancias previstas en los arts. 21 a 23 del Código penal corresponden unas *al injusto*, otras *a la culpabilidad* y finalmente otras *a razones político-criminales distintas* de uno y otra.

2.3. El texto legal distingue por su *efecto* en la determinación de la pena las circunstancias *atenuantes*, las *agravantes* y la denominada '*mixta*' (sobre ésta, véase el tema correspondiente). De entre las atenuantes, alcanzan efectos específicos las deno-

minadas *eximentes incompletas* (art. 21.1 CP); las demás circunstancias atenuantes pueden estimarse sin especial intensidad (*simples*) o entender su fundamento especialmente intenso en el caso concreto (*muy cualificadas*). De entre las agravantes, sólo la reincidencia admite una estimación cualificada, con requisitos legalmente tasados (art. 66.1.5ª CP) que en rigor definen una nueva circunstancia de eficacia específica.

2.4. Las reglas de *comunicabilidad* del art. 65 CP obligan a distinguir entre circunstancias 'que *consistan en cualquier causa de naturaleza personal*' y circunstancias 'que *consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados* para realizarla'.

En ocasiones se emplean como denominaciones abreviadas a estos efectos las de 'circunstancias subjetivas' y 'circunstancias objetivas', aunque es una denominación imprecisa; más correcto parece distinguir entre circunstancias 'personales' y 'materiales'.

3. Prueba

3.1. La Jurisprudencia es constante en requerir que las circunstancias resulten 'tan acreditadas como el hecho [delictivo] mismo'; entendiendo que la carga de la prueba corresponde a quien las alega.

3.2. No pueden derivarse de un mismo hecho circunstancias distintas, ni pueden apreciarse como varias cuando la existencia de una presuponga necesariamente la de las otras.

4. Comunicabilidad

4.1. De acuerdo con la previsión del art. 65 CP, es preciso distinguir dos regímenes de comunicabilidad (atendiendo uno a la concurrencia personal en el sujeto y otro a haber sido abarcadas o no por el dolo) en las circunstancias agravantes y atenuantes, según consistan:

– en causa de naturaleza personal	✓ agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran
– 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

5. Inherencia

No pueden atenderse como circunstancias modificativas genéricas (art. 67 CP) los elementos del tipo penal o sus modalidades específicas; ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse (v.gr. en delitos de funcionarios públicos la prevista en el art. 22.7ª CP, o en el delito del art. 188.1 CP la prevista en el art. 22.2ª CP, o en el del art. 139 CP la prevista en el art. 22.1ª CP).

6. Error

6.1. De acuerdo con el artículo 14.2 CP, el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

✓ No se distingue en los efectos entre el error vencible y el invencible.

6.2. La circunstancia mixta, en cuanto actúe como agravante, estará sometida a este régimen.

6.3. En las circunstancias atenuantes, que en cuanto minoran y no incrementan la penalidad no han de someterse al principio de culpabilidad, en la medida en que respondan a criterios objetivos el error sobre ellas no impedirá su estimación.

7. CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS

7.1. Inciden en la determinación de la pena del delito (pero no de las faltas, art. 638 CP), modulando el marco punitivo imponible, de acuerdo con las reglas siguientes, que partiendo del llamado *marco legal abstracto* (pena prevista para el delito), una vez aplicadas las reglas correspondientes a la perfección del delito —art. 62 CP— y la participación en el mismo —art. 63 CP— llevan al denominado *marco legal concreto* (reglas 1. y 2.) dentro del que cabe la *individualización judicial de la pena* (regla 3):

> Para aplicar estas reglas es preciso determinar en algunos casos la pena superior o inferior en grado [arts. 70 —que por cierto el Tribunal Supremo aplica también analógicamente a penas de multa proporcional (STS 150/2010, 05-03)— y 71 CP] y otras veces hallar la mitad inferior o superior de la pena, separadas por su punto medio.

7.2. *Eximentes incompletas* (arts. 21.1 y 68 CP) → se impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, atendidos:

- el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y
- las circunstancias personales de su autor.

Hecho esto, aplicaremos las reglas siguientes.

7.3. *Otras circunstancias modificativas* (sólo en *delitos dolosos*; si se trata de *delitos imprudentes* (se aplica el art. 66.2):

– Si no concurren circunstancias modificativas (art. 66.1.6ª CP)	✓ la pena se impondrá en la extensión que se estime adecuada, atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la gravedad del hecho
– Si concurre sólo una atenuante (art. 66.1.1ª CP)	✓ se impondrá la pena en su mitad inferior
– Si concurren dos o más atenuantes, o una o varias muy cualificadas (art. 66.1.2ª CP), y no concurre agravante alguna	✓ se aplicará la pena inferior en uno o dos grados, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias Hecho esto, y bajemos uno o dos grados, la pena puede ser impuesta en toda su extensión: no podremos acudir ya al art. 66.1.1ª CP, que exige que haya *sólo* una atenuante, y que no concurran agravantes.

– Si concurren atenuantes y agravantes (art. 66.1.7ª CP)	✓ se valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena, y: a) si persiste un fundamento cualificado de atenuación se aplicará la pena inferior en grado; b) si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, se aplicará la pena en su mitad superior. c) si no se dan uno ni otro, se aplicará la mitad inferior de la pena.
– Si concurre la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza y que los antecedentes no estén cancelados o debieran serlo (artículo. 66.1.5ª CP)	✓ se *podrá* aplicar la pena superior en grado, teniendo en cuenta: a) las condenas precedentes b) la gravedad del nuevo delito cometido. Esta regla es potestativa; si se decide no subir de grado, acudiremos a las reglas siguientes. Por el contrario, si se ha subido de grado, la valoración realizada de la gravedad del delito excusa ya de acudir a las dos reglas siguientes.
– Si concurren más de dos agravantes sin atenuantes (art. 66.1.4ª)	✓ se *podrá* aplicar la pena superior en grado, en su mitad inferior. Esta regla es potestativa; si se decide no aplicarla, parece lógico acudir a la regla siguiente, aunque su tenor exige que haya sólo una o dos agravantes...
– Si concurren sólo una o dos agravantes (art. 66.1.3ª CP)	✓ se aplicará la pena en su mitad superior
En cualquier caso, si se aplica la pena inferior en más de un grado (arts. 14.3, 68 ó 66.1.2ª CP; el art. 62 CP tiene un régimen específico) podrá hacerse en toda su extensión.	

7.4. *Pena concreta*: dentro del marco así determinado, ha de imponerse una pena razonando su 'grado y extensión concreta' (art. 72 CP) precisamente con arreglo a las normas que determinaron el marco dentro del cual se impone.

Es preciso argumentar esta extensión concreta, no bastando con aludir simplemente a los criterios que determinan el marco punitivo sin aquilatarlos; de no hacerse así, sólo podrá imponerse la pena mínima de dicho marco (por todas, STS 174/2010, 04-03.

Tema XXVI

Circunstancias atenuantes genéricas

1. EXIMENTE INCOMPLETA (ART. 21.1ª CP)	
1.1. Concepto y fundamento	El art. 21.1ª CP establece efectos atenuatorios para las causas del capítulo anterior cuando no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad. El fundamento dependerá de la eximente de la que traigan causa.
1.2 Clases	**BASADAS EN UNA DISMINUCIÓN DE LA IMPUTABILIDAD.** En relación al Art. 20.1º.2º.3º. – En general nos vamos a encontrar ante supuestos en los que se ven seriamente afectadas las capacidades intelectuales y/o volitivas del sujeto bien por la presencia de una anomalía o alteración psíquica, bien por el consumo de ciertas sustancias, o finalmente por el síndrome de abstinencia a las mismas. SSTS 705/2005, 06-06; 524/2005, 27-04. – La Jurisprudencia ha exigido para la apreciación de la eximente incompleta derivada de la toxifrenia, que origine una profunda perturbación en las facultades psíquicas, con deterioro de la personalidad y disminución notoria de la capacidad de autorregulación, o que aparezca asociada con otras deficiencias o trastornos psíquicos —oligofrenias leves, psicopatías— o que determine un síndrome de abstinencia intenso, con compulsión difícilmente resistible al apoderamiento de dinero con el que adquirir la droga. SSTS 834/1999, 25-05; 1263/2002, 06-07 y 1395/2003, 03-11 y 189/2009, 25-02. – También se incluyen supuestos en los que pese a conservar las capacidades cognoscitivas está seriamente afectada la capacidad volitiva. Así STS 179/2004, 06-02: la seria afección de su capacidad volitiva que sufría el acusado, deriva una disminución de la responsabilidad criminal que va más allá de los límites de una atenuante simple, entrando en el campo de la eximente incompleta. O la STS 1170/2004, 18-10, el procesado, pese a su enfermedad, conoce y comprende el desvalor social de los hechos más arriba narrados, si bien tiene disminuida, no anulada, su capacidad de freno y voluntad para conducirse de acuerdo con dicha comprensión y conocimiento. **LEGÍTIMA DEFENSA**: el exceso intensivo o propio no impide la aplicación de una eximente incompleta. STS 544/2007, 21-06. **ESTADO DE NECESIDAD**: Excepcionalmente, se ha admitido en supuestos de necesidad apremiante de dinero para sufragar los gastos de un tratamiento médico, imprescindible para salvar la vida de su hijo, acudiendo para conseguir dinero al tráfico de drogas. STS 1957/2001, 26-10.

1.2 Clases (cont.)	**MIEDO INSUPERABLE**: para su apreciación incompleta se exige la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado, y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva. Pueden faltar los requisitos de insuperabilidad del miedo, carácter inminente de la amenaza o que el mal temido fuese igual o mayor, requisito que hoy ya no se exige en el CP de 1995. Así en situaciones reactivas a la violencia intrafamiliar. STS 2067/2002, 13-12. **CUMPLIMIENTO DE UN DEBER**: se aprecia como incompleta en supuestos de inadecuación o desproporción del medio usado por el agente. SSTS 421/1996, 13-05 y 192/1997, 14-02.
1.3. Requisitos	Las que traen causa de eximentes que exigen la concurrencia de ciertos requisitos requieren, para su apreciación incompleta, la presencia de los requisitos esenciales, sólo si el requisito ausente no es esencial se aplicará la atenuación. (Ej. Agresión ilegítima en legítima defensa /situación de necesidad en Estado de Necesidad). En las eximentes que afectan a la imputabilidad (anomalía psíquica, trastorno mental transitorio, intoxicación plena, alteraciones en la percepción) la transformación en eximente incompleta se producirá cuando haya una situación de disminución de la capacidad intelectiva y volitiva sin la entidad para anularlas.
1.4. Efectos	Se trata de circunstancias atenuantes privilegiadas en cuanto la disminución de la penalidad que permiten es más intensa que en las ordinarias (Art. 68 CP).

2. GRAVE ADICCIÓN (ART. 21.2ª CP)	
2.1. Fundamento y naturaleza jurídica	**Menor** grado de **imputabilidad**. La adicción prolongada provoca una lenta pero progresiva afectación de las capacidades intelectuales y volitivas del sujeto. Afectación leve o ligera de las capacidades psíquicas del sujeto, STS 425/2010, 15-03.
2.2. Requisitos	**La adicción ha de ser grave**. Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad). Si es leve o menos grave, en ocasiones se ha acudido a la atenuante analógica STS 1518/2005, 19-12. El *mero consumo*, aunque sea habitual, no es suficiente**.** SSTS 71/2007, 07-02; 705/2005, 06-06; 524/2005, 27-04.

2.2. Requisitos (cont.)	**Relación entre la adicción y el delito cometido**. El sujeto al delinquir actúa o impulsado por la necesidad de acceder a determinadas sustancias, o para obtener el dinero necesario para su adquisición. En supuestos concursales se ha aplicado sólo respecto a aquellos delitos cometidos para procurarse recursos con los que satisfacer la adicción. Así STS 1518/2005, 19-12. **El impulso para satisfacer la adicción debe ser el único o, al menos, principal motivo de la actuación delictiva**. Si se superponen otras motivaciones prevalentes, no se aprecia la circunstancia. Singularmente se excluye cuando, junto al deseo de obtener dinero para satisfacer las «necesidades» de abastecimiento de droga, está presente un ánimo de lucro adicional que sólo busca el enriquecimiento a costa del patrimonio ajeno, STS 510/2000, 28-03.
2.3. Distinción de otras circunstancias	***INTOXICACIÓN PLENA.*** A diferencia de la atenuante, la eximente exige la anulación de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto ***EXIMENTE INCOMPLETA.*** La eximente incompleta implica una notable afectación de las capacidades intelectuales y volitivas del sujeto. Se aplicará ésta y no la atenuante, cuando la dependencia alcance niveles elevados de intoxicación, con fuertes síndromes de abstinencia y el sujeto tenga la acuciante necesidad de perpetrar el delito para procurarse la droga.
2.4. Compatibilidad	Es incompatible con la eximente incompleta del art. 21.1ª CP y con la atenuante analógica del art. 21.6ª CP. Es compatible con las de: arrebato u obcecación si la ofuscación del sujeto tiene un origen distinto a la grave adicción, art. 21.3ª CP, confesión art. 21.4ª CP, reparación art. 21.5ª CP
2.5. Comunicabilidad	Solo puede apreciarse en aquellos sujetos en quienes concurren sus presupuestos de aplicación, no al resto de posibles partícipes.

3. ARREBATO U OBCECACIÓN (ART. 21.3ª CP)	
3.1. Fundamento y naturaleza jurídica	**Disminución de la imputabilidad** desencadenada por estímulos externos, normalmente residenciados en la víctima (móvil emotivo o pasional) que no alcanzan la intensidad del trastorno mental transitorio, siendo de mayor intensidad que el mero acaloramiento irrelevante, STS 2127/2002, 19-12. Suele definirse el arrebato como *emoción súbita y de corta duración* y la obcecación como *ofuscación duradera y persistente.* STS 1233/2006, 12-12.
3.2. Requisitos	– **Estímulo** o una causa externa que permita explicar (no justificar) la reacción, normalmente provocado por la víctima si bien hay sentencias que admiten distinto origen externo. SSTS 399/2003, 13-03 y 2127/2003, de 19/12/2002. – La **reacción pasional** ha de ser moralmente irreprochable. Desde esta perspectiva no se suele admitir en delitos de violencia familiar. Así, en las SSTS 274/2004, 27-02 y 1233/2006, 12-12. Ha de ser también una respuesta proporcionada, si no lo es, se niega su aplicación. SSTS 399/2003, 13-03 y 877/2004, 12-07. – **Relación de causalidad** entre el estimulo y la reacción. No solo marcada por la conexión material sino también por la comprensión social del comportamiento humano. STS 582/1996, 24-09. – **Proximidad temporal.** SSTS 1136/2000, 27-06 y 301/1997, 11-03.
3.3. Distinción de otras circunstancias	***CON LA EXIMENTE DE TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.*** La principal diferencia radica en la intensidad, la eximente provoca una absoluta incapacidad de comprensión del hecho realizado o un desmedido impulso sin frenos inhibitorios. ***CON LA EXIMENTE INCOMPLETA/ATENUANTE CUALIFICADA:*** El ámbito de la atenuante cualificada y de la eximente incompleta se confunden en la práctica. Se ha aplicado en situaciones de profunda y grave intensidad de la perturbación así como por la fuerte entidad cuantitativa en los motivos que producen el estado emocional. Ej. Agresiones a testigos en situaciones de extrema tensión durante un juicio. STS 69/1996, 26-01.
3.4. Compatibilidad	Es **incompatible** con la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, la diferencia entre ambas radica en la mayor o menor intensidad de la afectación por lo que se aplicará una u otra. Es **compatible** con la eximente incompleta de legítima defensa, SAP Madrid 145/2010, 20.04, con las atenuantes de grave adicción, art. 21.2ª, confesión art.21.4ª, reparación art. 21.5ª; también con las agravantes de alevosía art. 22.1ª y abuso de superioridad art. 22.2ª.
3.5. Comunicabilidad	Al ser de naturaleza personal solo se podrá apreciar en aquellos sujetos en quien concurren sus presupuestos de aplicación.

4. Confesión del Hecho a la Autoridad (Art. 21.4ª CP)	
4.1. Fundamento y naturaleza jurídica	El fundamento es **político criminal**, radica en la colaboración del sujeto al confesar a las autoridades la infracción antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él. Es indiferente el medio que emplee para confesar como los motivos que le impulsan a realizar dicha declaración. La Jurisprudencia ha afirmado que la razón de la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración en la investigación del delito. STS 179/2007, 07-03.
4.2. Requisitos	– Acto de confesión de la infracción. – La confesión tiene que ser realizado por el responsable del hecho ilícito. – Habrá de ser **veraz** en lo sustancial. – La confesión habrá de **mantenerse a lo largo** de las diferentes manifestaciones realizadas en el **proceso**, también en lo sustancial. – La confesión habrá de hacerse **ante Autoridad,** Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla. – Tendrá que concurrir el **requisito cronológico**, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante. SSTS 43/2000, 25-01, 406/2010, 11-05.
4.3. Compatibilidad	Es compatible con la atenuante de reparación del daño. STS 63/2001, 23-01.
4.4. Comunicabilidad	Sólo se aplicará a la persona que declara el hecho a las autoridades.

5. Reparación del daño (Art. 21.5ª CP)	
5.1. Fundamento y naturaleza jurídica	El fundamento es **político criminal**. Se utiliza el Derecho Penal para estimular la reparación del daño causado a la víctima.
5.2. Requisitos	– **Cronológico**, la indemnización o reparación deberá llevarse a efecto con anterioridad a la celebración del juicio oral.

5.2. Requisitos (cont.)	– **Material,** consistente en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios o incluso de la reparación moral (STS 50/2008, 29-01). En cualquier caso deberán quedar excluidos los factores de índole subjetiva propios del arrepentimiento. – Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante exige una **conducta «personal del culpable»**. Ello hace que se excluyan: • los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio. • supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. • conductas impuestas por la Administración. • simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente. – La reparación debe ser suficientemente **significativa** y relevante. – No necesariamente la reparación ha de ser total. Si el autor ha realizado un esfuerzo reparador auténtico, se tendrá en cuenta como disminución de los efectos perjudiciales del delito, por lo que las **reparaciones parciales** significativas contribuyen a disminuir tales efectos, todo ello sin perjuicio de la intensidad atenuatoria que el tribunal estime procedente otorgar a la circunstancia. STS 1006/2006, 20-10.
5.3. Compatibilidad	Es compatible con la atenuante de confesión del hecho a la autoridad. STS 63/2001, 23-01.
5.4. Comunicabilidad a partícipes	Al igual que la confesión, sólo se aplicará a los intervinientes que han actuado a favor de la víctima.

6. Dilaciones indebidas (Art. 21.6ª CP)	
6.1. Fundamento y naturaleza jurídica	El fundamento es político criminal. Pretende un efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, la interdicción de dilaciones indebidas. Introducida con la reforma del C.P. L.O. 5/2010 de 22 de junio. En vigor desde el 24 de diciembre de 2010.Venía siendo aplicada al amparo de la atenuante de análoga significación, por lo que el legislador ha venido a dar carta de naturaleza a la práctica jurisprudencial. SSTS 391/2009, 14.04, 946/2009, 6-10. Para su apreciación como muy cualificada, se exige la concurrencia de una situación singular y extraordinaria, STS 339/2009, 31-03.

6.2. Requisitos	• Que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario. • Que no guarde proporción con la complejidad de la causa. • Que no sea atribuible a la conducta del propio imputado.

7. Atenuante Analógica (Art. 21.7ª CP)	
7.1. Fundamento y naturaleza jurídica	Recoge una cláusula legal de analogía beneficiosa para el reo. Las atenuantes por analogía pueden fundarse en la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal. STS 1421/2005, 30-11.
7.2. Requisitos	Según la STS 544/2007, 21-06, pueden apreciarse como circunstancias de análoga significación: – las que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; – las que tengan relación con alguna circunstancia eximente y no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; – las que guarden relación con circunstancias específicamente descritas en los tipos penales; – las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el CP, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido. – aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que informa los demás supuestos del art. 21 del CP, lo que se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, la interdicción de dilaciones indebidas. – no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas si bien puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo. Por ello reiteradamente se ha acogido como circunstancia analógica de confesión la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos contra el acusado STS 284/2004, 10-03, 406/2010, 11-05.

Tema XXVII

Circunstancias agravantes genéricas

1. ALEVOSÍA (ART. 22.1ª CP)	
1.1. Fundamento y naturaleza jurídica	Mayor debilidad del bien jurídico ante las formas de ataque, incidiendo la Jurisprudencia en la anulación de las posibilidades de defensa (STS 613/2006, 1-6). Naturaleza mixta: objetivo-subjetiva (SSTS 425/2010, 15-3; 310/2010, 25-3; y 464/2005, 13-4).
1.2. Concepto	Empleo de medios, modos o formas de ejecución del delito dirigidas directa y específicamente a asegurarla, eliminando los riesgos derivados de una eventual defensa de la víctima.
1.3. Clases	***Súbita o inopinada**:* ataque sorpresivo e inesperado, sea de frente o por la espalda. ***Proditoria**:* ocultamiento del autor en lugar adecuado a la espera de la víctima (apostamiento, acechanza, celada o emboscada). ***Sobrevenida**:* indefensión causada por primera agresión acircunstanciada, exigiéndose solución de continuidad entre ambos ataques, o cambio cualitativo en la situación que convierte en inesperada la segunda fase de la agresión (SSTS 1081/2007, 20-12 y 999/2007, 2-11). ***Aprovechamiento del desvalimiento de la víctima:*** búsqueda o aprovechamiento de especiales circunstancias o cualidades de la víctima (STS 425/2010, 15-3), siendo irrelevantes las causas del desvalimiento (por ejemplo, edad, narcosis o embriaguez de la víctima).
1.4. Requisitos	***Normativo***: delitos contra la vida y la integridad, salvo cuando la supresión de las posibilidades de defensa sea inherente al delito.

1.4. Requisitos (cont.)	***Objetivo***: empleo de *medios, modos o formas de ejecución* idóneos —desde una perspectiva ex ante y objetiva— para asegurar la ejecución con ausencia de riesgo para el autor (SSTS 310/2010, 25-3 y 999/2007, 26-11). Sólo medios materiales, no los psicológicos o morales. El *riesgo a evitar* es el derivado de la defensa activa de la víctima, no el procedente de terceros (sin embargo, SSTS 306/2005, 8-3 y 1378/2004, 29-11), ni el derivado de acciones de autoprotección —como tirarse al suelo o esconderse— o de pequeñas reacciones defensivas causadas por acciones reflejas (STS 815/2005, 15-6). ***Subjetivo***: dolo referido a los medios y a su potencialidad para asegurar la ejecución sin riesgo; admitiéndose combinaciones distintas de dolo sobre la circunstancia y el resultado (directo sobre aquélla y eventual sobre éste, STS 978/2007, 5-11). ***Mayor antijuridicidad***: derivada del concreto *modus operandi* empleado (STS 1089/2007, 19-12).
1.5. Distinción de otras circunstancias	***Del abuso de superioridad:*** se diferencian por el grado de indefensión causado: en la alevosía, total; en el abuso de superioridad, mero debilitamiento de la capacidad defensiva de la víctima (por todas, STS 1458/2004, 10-12). *Ataques a niños de corta edad y ancianos*: para la Jurisprudencia son alevosos (por todas, TS 978/2007, 5-11), pero la doctrina y alguna resolución aislada (TS 357/2002, 4-3) considera aplicable el abuso de superioridad.
1.6. Compatibilidad	***Compatible con:*** *Agravantes:* ensañamiento. *Atenuantes:* adicción a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efectos análogos y estados. Pasionales. *Eximentes incompletas:* siempre que persista la capacidad necesaria para captar el alcance del medio comisivo empleado, con anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio, intoxicación por consumo de determinadas sustancias y alteraciones en la percepción; con legítima defensa incompleta cuando la agresión ilegítima no exija contacto física entre agresor y víctima. ***Incompatible con:*** *Agravantes*: disfraz, abuso de superioridad, aprovechamiento de circunstancias de lugar o tiempo y auxilio de otras personas, aunque la Jurisprudencia declara la compatibilidad del aprovechamiento de las circunstancias de lugar o tiempo cuando se dirija sólo a favorecer la impunidad del delincuente (SSTS 460/2010, 14-5; 251/2007, 21-3 y 252/2007, 8-3; sin embargo, 803/2002, 7-5); abuso de confianza.
1.7. Comunicabilidad	Sólo a los que conozcan el *modus operandi* empleado por el autor.

1.8. Ámbito de aplicación	Puede apreciarse en *ataques realizados por un grupo de personas* contra una o varias víctimas, siempre que la irracionalidad del ataque lo haga inesperado para las mismas (SSTS 850/2007, 18-10 y 1031/2003, 8-9); en *supuestos de pelea previa y de riña mutuamente aceptada*, sólo si se producen cambios cualitativos en la situación y uno de los contendientes pasa a emplear medios contra los que no cabe defensa (SSTS 13/2008, 18-1 y 941/2003, 30-6); o en ataques producidos mediante *incendio* (SSTS 142/2006, 1-2 y 412/2002, 20-3-2003) o *arma de fuego* (STS 968/2004, 29-7).

2. EJECUCIÓN DEL HECHO MEDIANTE DISFRAZ, CON ABUSO DE SUPERIORIDAD O APROVECHANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO O AUXILIO DE OTRAS PERSONAS (ART. 22.2ª CP)	
2.1. Fundamento y naturaleza jurídica	Agravante única integrada por varios medios comisivos, cuyo fundamento reside en el debilitamiento de la defensa de la víctima y en el favorecimiento de la ejecución del delito y de la impunidad del delincuente, prevaleciendo uno u otro en cada una de sus modalidades. Naturaleza objetiva.
2.2. Requisitos	*1)* ***Disfraz:*** *Objetivo*: uso de medios idóneos —desde una perspectiva abstracta y objetiva— para impedir la identificación, sin que se exija el logro efectivo de ese objetivo. Se incluye todo artificio material apto para desfigurar el rostro y ocultar la apariencia externa de una persona; aunque algunos autores incluyen también los medios susceptibles de alterar otros rasgos, como la voz. (Ejs.: careta —STS 760/2005, 27-5—, gorro, mascarilla y gafas —STS 1421/2004, 2-12—, media en la cabeza —STS 939/2004, 12-7—, pasamontañas —STS 488/2002, 18-3—, peluca, barba y bigote postizos —STS 648/2001, 23-4—). *Subjetivo*: propósito de eludir la identificación. *Cronológico*: el uso del disfraz ha de ser coetáneo a la ejecución del delito, excluyéndose los actos previos y posteriores a la misma. *2)* ***Abuso de superioridad:*** *Objetivo*: desproporción o desequilibrio de fuerzas entre la víctima y el agresor que debilite u obstaculice la defensa de aquélla (por todas, SSTS 312/2010, 31-3; 45/2010, 2-2 y 529/2005, 27-4), cuyo origen puede estar en factores personales (edad, diferente condición física, embriaguez de la víctima) o circunstanciales (pluralidad de atacantes frente a una sola víctima, uso de armas) (STS 312/2010, 31-3; 474/2005,17-3 y 441/2005,11-4). No puede ser inherente al delito (STS 27-4-1996). *Subjetivo*: conocimiento del desequilibrio de fuerzas y aprovechamiento consciente del mismo (STS 45/2010, 2-2). *Cronológico*: el desequilibrio de fuerzas ha de concurrir al momento en que se ejecuta el hecho (TS 529/2005, 27-4).

2.2. Requisitos (cont.)	***3) Aprovechamiento de circunstancias de lugar o tiempo:*** *Objetivo*: circunstancias de lugar o tiempo que faciliten la ejecución del delito o dificulten o impidan la petición de ayuda por parte de la víctima. *Circunstancias de lugar*: lugares sin población ni afluencia de gente, en los que es improbable la presencia de otras personas que puedan dificultar la ejecución del delito o prestar ayuda a la víctima (STS 127/2007, 8-2 y 96/2006, 7-2; sin embargo, 999/1998, 22-7) Algunos incluyen también la morada del agresor, las manifestaciones numerosas o los estadios. *Circunstancias de tiempo*: además de la hora cronológica, se exige oscuridad —ausencia de luz natural y artificial suficiente— (TS 1192/1997, 3-10) y soledad de la víctima, por lo que ha de tratarse de horas intempestivas, en las que es improbable la afluencia de gente (TS 999/1998, 22-7); algunos también incluyen el incendio, naufragio u otro tipo de calamidad, y otras circunstancias como una huelga general de policías o un cambio de guardia en la custodia de determinados objetos. *Subjetivo*: dolo referido a las concretas circunstancias de lugar o tiempo, que han de haber sido buscadas o aprovechadas consciente y voluntariamente por el autor. ***4) Auxilio de otras personas:*** *Objetivo*: auxilio de otras personas para la realización del delito —lo que equivale a cooperación, necesaria o no, en el mismo—, dando lugar a un notable debilitamiento de la defensa del ofendido o a una más fácil impunidad. Los acompañantes han de tener una participación activa e intimidante (TS 110/1995, 2-2). *Subjetivo*: el autor ha de conocer el auxilio de terceros y aprovecharse de él consciente y voluntariamente, siendo irrelevante que el mismo se haya pactado antes del delito o surja durante su ejecución. *Cronológico*: el auxilio debe tener lugar durante la ejecución del delito.
2.3. Compatibilidad	– El aprovechamiento de especiales circunstancias de lugar es compatible con los delitos de agresión sexual y detenciones ilegales, aunque es interpretado más restrictivamente debido a que estas conductas suelen cometerse en lugares alejados del conocimiento del público (SSTS 75/2005, 25-1 y 220/2001, 19-2; sin embargo, 96/2006, 7-2 ;1054/2002, 6-6 y 1179/2001, 20-7). El abuso de superioridad es compatible con el delito de robo con violencia (STS 1630/2003, 28-11), salvo con el agravado por el uso de armas o instrumentos peligrosos (STS 372/2010, 29-4). – Aunque en la doctrina no existe una posición uniforme, el Tribunal Supremo admite la compatibilidad de las distintas modalidades del art. 22.2ª cuando su finalidad y morfología sean distintas (TS 118/2002, 4-2; 366/1998, 16-3 y 1339/1997, 23-3-1998). En sentido contrario, TS 522/1997, 22-4.

2.3. Compatibilidad (cont.)	– Compatible con agravantes de precio, recompensa o promesa; obrar por motivos discriminatorios; ensañamiento; reincidencia; prevalimiento de carácter público, salvo cuando dé lugar a abuso de superioridad; y abuso de confianza, cuando las agravaciones del art. 22.2ª CP tiendan a facilitar la impunidad del delincuente, siendo discutible cuando persigan debilitar la defensa de la víctima. En cambio, se discute su compatibilidad con la agravante de alevosía: mientras que la doctrina mayoritaria afirma su incompatibilidad, el Tribunal Supremo ha declarado a veces su compatibilidad con las circunstancias de lugar (SSTS 251/2007, 21-3; 252/2007, 8-3; 1340/2005, 8-11; sin embargo, 803/2002, 7-5). – El abuso de superioridad es compatible con la atenuante de estados pasionales (STS 1337/2004, 18-11), y el aprovechamiento de las circunstancias de tiempo con la de embriaguez (STS 1192/1997, 3-10), pero incompatible con la alevosía (STS 569/2010, 8-6).
2.4. Comunicabilidad	Sólo a quienes conozcan su concurrencia. Respecto del disfraz se distingue: 1) si su uso no integra el proyecto criminal, y el partícipe desconoce que otro lo porta, no se comunica; 2) si su uso integra el proyecto delictivo, la comunicabilidad depende de su finalidad, de modo que si persigue facilitar la ejecución del delito, se comunica la agravación a todos los partícipes; si se dirige a favorecer la impunidad, sólo se comunica a quien no lo lleva si éste se beneficia de su uso por otro; y si persigue ambas finalidades, se comunica a todos (por todas, SSTS 383/2010, 20-4; 743/2004, 9-6 y 245/2003, 21-2).
2.5. Ámbito de aplicación	– Cabe apreciar abuso de superioridad, aunque la víctima tuviera alguna posibilidad —no totalmente efectiva— de huir o evitar la agresión (STS 59/2006, 23-1). También en agresión realizada por, al menos, dos personas, una de las cuales portaba una cadena "pitón" empleada en la agresión (STS 50/2008, 29-1), en la realizada con vehículo a motor (STS 437/2007, 10-5) y en general en agresiones realizadas por personas armadas frente a víctimas desarmadas (STS 45/2010, 2-2). – Se aprecia agravación por disfraz a quien, conduciendo una motocicleta y portando el casco legalmente establecido, realiza un delito (SSTS 429/2000, 17-3 y 281/2000, 21-2), salvo cuando el casco contribuye, por sus especiales características, a la identidicación del sujeto (STS 517/2010, 20-4). – En delitos de agresión sexual se ha apreciado aprovechamiento de circunstancias de lugar cuando la agresión tiene lugar, por ejemplo, en pleno campo, alejado de caminos y construcciones habitadas (SSTS 2047/2002, 10-12 y 623/2002, 9-4), o en una escombrera situada a distinto nivel de la carretera y, por ello, invisible desde ésta (STS 1592/1998, 16-2).

3. Precio, recompensa o promesa (Art. 22.3ª CP)	
3.1. Fundamento y naturaleza jurídica	Mayor reprochabilidad de la conducta, debido al carácter especialmente reprobable del móvil lucrativo presente en quien ejecuta el delito a cambio de un beneficio económico. Naturaleza jurídica: subjetiva.
3.2. Concepto	***Precio:*** valor pecuniario de una cosa o servicio; ***recompensa***: remuneración satisfecha por una cosa o servicio; ***promesa***: ofrecimiento de un precio o recompensa para después de cometido el hecho. Cuando la contraprestación no consista en una cantidad dineraria ha de tener, al menos, un significado económico.
3.3. Requisitos	***Personal****:* intervención de dos personas —el que entrega u ofrece y el que recibe la contraprestación—, aunque sólo se aplica la agravación a este último. ***Objetivo****:* entrega u ofrecimiento serio y creíble de la contraprestación antes de la ejecución del delito, con independencia de que el autor reciba o no finalmente la contraprestación ofrecida. ***Eficacia motivadora****:* la contraprestación ha de ser la causa determinante de la resolución delictiva del autor del delito, lo que impide aplicar la agravación si dicha resolución ya existía, y obliga a considerar inductor a quien entrega u ofrece dicha contraprestación.
3.4. Compatibilidad con otras circunstancias	– Incompatible con los delitos en los que el precio, recompensa o promesa es un elemento del tipo —asesinato o secuestro— y con aquéllos a los que sea inherente la persecución de un beneficio económico por parte de su autor —por ejemplo, a estafa o el cohecho«. – Compatible con todas las demás agravantes y con las atenuantes de confesión y reparación. – Incompatible con las eximentes incompletas de miedo insuperable, anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio, legítima defensa, estado de necesidad, y cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo.
3.5. Comunicabilidad	Circunstancia personal e incomunicable a los partícipes en el delito, con independencia de su eventual conocimiento de la misma (inciso primero del art. 65.1 CP).
3.6. Ámbito de aplicación	Según Jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, sólo se aplica a quien recibe la contraprestación, y no al inductor (por todas, STS 412/2003, 10-4).

4. COMISIÓN DEL DELITO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS (ART. 22.4ª CP)	
4.1. Fundamento y naturaleza jurídica	Mayor reprochabilidad de la conducta, derivada del carácter especialmente reprobable del móvil del sujeto. Naturaleza subjetiva.
4.2. Concepto	Comisión del delito por motivos discriminatorios, basados en la pertenencia de la víctima a una raza, etnia o nación, o en la concurrencia en la misma de una determinada ideología, religión o creencia, sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad.
4.3. Requisitos	***Objetivo***: concurrencia en la víctima de alguna de las cualidades enumeradas en el precepto, o pertenencia de la misma a alguno de los grupos establecidos en el mismo con carácter de *numerus clausus*. ***Subjetivo***: comisión del delito por motivos discriminatorios, siendo las cualidades o circunstancias de la víctima el motivo —no necesariamente exclusivo, aunque si predominante— del mismo. No se aplica si la condición del sujeto pasivo es meramente circunstancial (STS 241/2006, 24-2).
4.4. Compatibildiad	– Incompatible con delitos a los que sea inherente una actitud discriminatoria —por ejemplo, con el delito del art. 449.1 CP en un supuesto de retraso de un expediente de adopción por pareja homosexual (STS 1243/2009, 30-10), y difícilmente compatible con los delitos contra la libertad sexual cuando los motivos discriminatorios se basen en el sexo. – Cuando concurran varios motivos discriminatorios de los enumerados, se aplica una única agravación. – Compatible con las demás agravantes y con la eximente incompleta de legítima defensa, al menos cuando se aprecie como incompleta por haber existido provocación de la agresión. – Difícil compatibilidad con atenuante de estados pasionales.
4.5. Comunicabilidad	Circunstancia personal, no comunicable a los partícipes en quienes no concurre.
4.6. Ámbito de aplicación	No se aplica a los delitos imprudentes, aunque ello es discutido por algún autor. No se aplica a quien agrede a un indigente, al no enmarcarse éste en ninguno de los grupos o condiciones a los que se refiere el precepto (STS 1160/2006, 9-11). Pero sí a quien, tras acudir a una zona frecuentada por homosexuales, agrede a uno de ellos, diciéndole que le daba asco por su condición (STS 1341/2002, 17-7).

5. Ensañamiento (Art. 22.5ª CP)	
5.1. Fundamento y naturaleza jurídica	Mayor gravedad de lo injusto: El autor, además del mal del delito, realiza otros males adicionales, de manera que al bien jurídico ofendido por el delito se añade la ofensa aumentada a la dignidad y el sentido humanitario. La complacencia en el incremento del dolor físico y moral (SSTS 758/2007, 19-9; 106/2005, 4-2 y 2093/2002, 2-1-2003).
5.2. Concepto	Ocasionar intencionadamente un sufrimiento mayor a la víctima que el necesario para cometer el delito, con existencia de un plus de causar cruel e inhumanamente padecimientos innecesarios (STS 1531/2000, 5-10). Maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira un momento, a la que se añade el elemento objetivo de la innecesariedad de esos males para el fin propuesto (STS 61/2010, 28-1).
5.3. Requisitos	***Objetivo***: Efectiva causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado del tipo, que aumenten el sufrimiento de la víctima con padecimientos sobrantes (SSTS 140/2010, 23-2; 1/2010, 19-1; 949/2009, 27-11; 758/2007, 19-9; 611/2007, 4-7; 617/2006, 7-6; 223/2005, 24-2; 751/2004, 15-6 y 1767/2002, 29-10). La innecesariedad ha de ser objetiva y no subjetiva, es decir, medida en relación al delito efectivamente cometido, y no a los fines perseguidos por el agente. Ha de ir referida al momento de la realización de la conducta. El exceso de males ha de intensificar el sufrimiento, lo que exige que la víctima, por sus condiciones, se halle en situación de seguir sufriendo física o psíquicamente (SSTS 1749/2003, 22-12 y 118/200, 4-2). Una muerte rápida por agresión no es incompatible con el sufrimiento por la víctima de dolores innecesarios, si durante ese breve lapso de tiempo, el agresor no cesa de inferirle heridas obviamente dolorosas (STS 357/2005, 22-3). El sufrimiento puede ser físico-psíquico o solo psíquico. ***Subjetivo***: Plus de culpabilidad: la realización de los males innecesarios ha de ser querida por el agente de forma deliberada y realizarse directa e inhumanamente para aumentar el dolor del ofendido. El autor asume la innecesariedad de la acción, el carácter buscado del exceso (SSTS 147/2007, 19-10; 775/2005, 12-4 y 1767/2002, 29-10). Se ha de inferir de datos objetivos contrastados (SSTS 1150/2009, 13-11; 147/2007, 19-2 y 1472/2005, 7-12). Este elemento no puede ser confundido: – con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno (SSTS 357/2005, 22-3 y 1760/2003, 26-12); – con un componente sádico (STS 2093/2002, 2-1-2003);

5.3. Requisitos (cont.)	– con la frialdad de ánimo del ejecutor material (SSTS 106/2005, de 4-2; 1176/2003, 12-9 y 276/2001, 27-2; sin embargo, STS 1554/2003, 19-11). Deliberado propósito de ejecutar unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del dolor de la víctima (STS 1/2010, 19-1; 456/2009, 27-4; 319/2007, 18-4). La expresión "deliberadamente" hace referencia al dolo (STS 2523/2001, 20-12); al actuar reflexivo (STS 1176/2003, 12-9); con el término "inhumanamente" se pone de manifiesto una especial postura psicológica del autor frente a la víctima, traducido en un sentimiento de crueldad, ferocidad o brutalidad (STS 2523/2001, 20-12), o como comportamiento cruel, impropio de un ser humano (STS 1760/2003, 26-12), carencia de los sentimientos de humanidad y respeto que el sujeto pasivo merece en su calidad de persona (STS 817/2003, 2-6).
5.4. Compatibildiad	– Con las agravantes de abuso de superioridad y alevosía. – Con tentativa de delito (STS 1176/2003, 12-9). – Con la atenuante de trastorno mental transitorio o enajenación mental incompleta en aquellos supuestos en los que no hay relación causal entre la patología psíquica y el ensañamiento (STS 276/2001, 27-2). – Con una ingestión abundante de bebidas alcohólicas (STS 419/2003, 25-3). – Con la existencia de un ánimo exaltado (STS 1457/2002, 9-9).
5.5. Comunicabilidad	Lo es en cuanto el sujeto tiene conocimiento del elemento objetivo de la circunstancia durante la ejecución del delito (STS 803/1999, 24-5).
5.6. Ámbito de aplicación	Delitos contra la vida y la integridad física. Con independencia del número de golpes o puñaladas, sólo se aprecia si consta que la víctima aún vivía (STS 118/2000, 4-2), aunque estuviera en estado de semiinconsciencia (STS 682/2005, 1-6).

6. Abuso de confianza (Art. 22.6ª CP)	
6.1. Fundamento y naturaleza jurídica	– Mayor contenido de lo injusto: El que ejecuta el hecho abusando de la confianza de otro, se prevale de una situación de privilegio en virtud de la cual la acción aparece inicialmente facilitada, los riesgos de la defensa de la víctima disminuidos y la seguridad de la ejecución incrementada. – Quebrantamiento de la lealtad existente entre personas vinculadas por una relación de confianza, de la cual se aprovecha el autor faltando a los deberes de fidelidad que le impone esa relación (SSTS 947/2009, 2-10; 1066/2007, 17-12; 492/2007, 7-6; 1788/2002, 28-10 y 1857/2001, 16-10).
6.2. Concepto	Quebrantamiento de una lealtad otorgada, de un estado, situación o ambiente moral, social o laboral que lleva consigo deberes de lealtad o probidad entre los sujetos activo y pasivo, así como la ventajosa y beneficiosa utilidad de unas circunstancias de hecho favorables para la comisión del delito con mayor facilidad, seguridad e impunidad: STS 754/2002, 24-4.
6.3. Requisitos	***Objetivo***: la relación de confianza entre ofensor y perjudicado caracterizada por razones de convivencia social, laboral o profesional, de hospedaje o de amistad, a través de los que surgen recíprocamente deberes —no necesariamente jurídicos— de lealtad (SSTS 864/2009, 13-7; 462/2007, 31-5; 842/2005, 28-6; 768/2004, 18-6; 1771/2002, 23-10 y 479/2001, 20-3). No es necesario que medie una relación directa entre el culpable y el perjudicado; es suficiente el simple vínculo humano que otorgue o implique creencia en la honorabilidad y tranquilidad al no recelar de la conducta del sujeto activo. La relación de confianza ha de concurrir en el momento en que tiene lugar el principio de ejecución. ***Subjetivo***: captación de cierta facilidad para cometer el delito, derivada de la situación creada a consecuencia de esos deberes recíprocos entre el sujeto activo y pasivo del delito: Aprovechamiento consciente que el autor hace de su situación, en orden a las facilidades que tiene para realizar su actividad delictiva, para procurar la impunidad o para aumentar la indefensión del perjudicado (SSTS 842/2003, 28-6; 768/2004, 18-6 y 1857/2001, 16-10).
6.4. Compatibildiad	– Inherente a los delitos de malversación de caudales públicos, infidelidad en la custodia de documentos, apropiación indebida (SSTS 1196/2009, 23-11; 906/2009, 23-9; 681/2005, 1-6; 145/2005, 7-2; 1024/2004, 24-9; 1212/2003, 9-10; 951/2002, 20-5 y 1864/2000, 3-1) y estafa (STS 1020/2009, 30-10; 2549/2002, 4-1). – Incompatible con alevosía proditoria: (STS 909/2009, 17-9; 479/2003, 20-3). – Incompatible con el parentesco.

6.4. Compatibildiad (cont.)	– Compatible con el delito de falsedad y con el hurto. – Compatible con agresión y abusos sexuales. Sin embargo, para la STS 947/2009, 2-10, es incompatible con abuso sexual por especial vulnerabilidad de la víctima. – Difícil, no imposible, compatibilidad con el uso de fuerza en atentado patrimonial (STS 1857/2001, 16-10).
6.5. Comunicabilidad	Sólo es aplicable a aquellos en quienes concurra y tengan, además, conocimiento de ella (STS 1857/2001, 16-10).
6.6. Ámbito de aplicación	Se aplica cuando se aprovecha la relación de amistad con la víctima para atraerla al lugar de realización del delito (STS 842/2005, 28-6), o cuando la relación de amistad existe, no con la víctima, sino con la madre de ésta, aprovechándose de ella para cometer el delito (STS 161/2004, 9-2). También a empleada de hogar que, en virtud de la relación laboral existente, tiene llaves de la vivienda y acceso a los bienes sustraídos (STS 462/2007, 31-5).

7. PREVALIMIENTO DEL CARÁCTER PÚBLICO (ART. 22.7ª CP)	
7.1. Fundamento y naturaleza jurídica	Instrumentalización del cargo para ejecutar mejor el delito: El culpable pone el carácter público al servicio de sus propósitos criminales: en lugar de servir al cargo, el funcionario se sirve de él para delinquir (SSTS 63/2010, 1-2; 93/2007, 1-2; 1438/2005, 23-11 y 1890/2001, 19-10).
7.2. Concepto	Utilización de la condición de funcionario público para la consecución del propósito criminal.
7.3. Requisitos	***Objetivo**:* carácter público del culpable, a determinar con arreglo al art. 24 CP (SSTS 333/2003, 28-2 y 1453/2002, 13-9). La función o cargo público ha sido puesto al servicio de los propósitos particulares del mismo (STS 63/2010, 1-2 y 752/2009, 3-7). Las funciones propias del cargo han de facilitar efectivamente al agente la ejecución del delito. ***Subjetivo*:** aprovechamiento consciente de las ventajas que el cargo proporciona (SSTS 63/2010, 1-2; 333/2003, 28-2 y 1453/2002, 13-9).

7.4. Compatibildiad	– Inherente a los delitos de funcionarios y a aquéllos otros en los que la condición de funcionario público ha sido tomada ya en cuenta para fundamentar una causa personal de agravación de la pena (SSTS 63/2010, 1-2; 93/ 2007, 1-2 y 1842/2002, 12-11). – Compatible con todas las atenuantes, excepto con las eximentes incompletas de legítima defensa y cumplimiento de un deber. – Incompatible con las agravantes de alevosía, abuso de superioridad y abuso de confianza, solo en la medida en que el carácter público ha sido el vehículo de aquéllas.
7.5. Comunicabilidad	No es transmisible a los partícipes.
7.6. Ámbito de aplicación	Se aplica en actuación policial, inicialmente correcta, en la que sobreviene un abuso, pues la condición del autor fue determinante de la reacción pasiva u obediente de las víctimas (STS 1438/2005, 23-11). También en supuestos en los que los agresores se presentan ante la víctima en su calidad de agentes de la autoridad para facilitar la ejecución del delito (STS 785/2004, 22-6). No se aprecia en la actuación del policía que ante la excitación del detenido y por soltarse un grillete se vio en la necesidad de reducirlo causando lesiones sin ánimo de aprovechamiento consciente de la condición de policía (STS 63/2010, 1-2).

8. Reincidencia (art. 22.8ª CP)	
8.1. Fundamento y naturaleza jurídica	– La actitud de desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que se manifiesta en la realización de un nuevo delito, por parte de quien ya ha cumplido una condena; actitud que para unos eleva lo injusto del hecho, y, para otros, la culpabilidad. – Razones de prevención especial: el sujeto ha demostrado una peligrosa predisposición para el delito (SSTS 1250/2003, 30-9 y 313/2001, 2-3).
8.2. Concepto	Existencia, al momento de comisión del delito, de condenas firmes anteriores por delitos de la misma naturaleza y comprendidos en el mismo título.

8.3. Requisitos	1. Comisión de un nuevo delito: No es posible apreciar la reincidencia entre faltas o por anterior delito al cometer una falta. 2. Existencia de anterior condena ejecutoria: Sentencia firme por la que se haya condenado al culpable por otro delito (STS 103/2005, 3-2). Ha de ser dictada por un órgano jurisdiccional español, salvo en los caso en que expresamente el Código se remita a las condenas de tribunales extranjeros. Es suficiente la condena, no es preciso que el sujeto la hubiera cumplido efectivamente. 3. La anterior condena ha de ser por un delito comprendido en el mismo Título del Código, siempre que sea de la misma naturaleza: el criterio formal de que los delitos estén comprendidos en el mismo Título se completa con el material de que sean de la misma naturaleza. Aunque los delitos se encuentren en el mismo título si no tienen la misma naturaleza no se aprecia la reincidencia; así, no existe homogeneidad entre los delitos de estafa y apropiación indebida (STS 299/2010, 31-3). El juez ha de efectuar un juicio de equiparación material entre los dos delitos. La exigencia de que sean de la misma naturaleza supone la identidad del bien jurídico afectado, la misma forma de ataque (SSTS 180/2007, 6-3; 5/2003, 14-1 y 1024/2002, 30-5) e identidad de gravedad de las conductas. 4. Que los antecedentes penales no hayan sido, o hubieran podido, ser cancelados. Basta con que se den los requisitos que para obtener la cancelación se establecen en el art. 136 CP, aún cuando ésta no estuviera formalmente declarada. Si existen dudas acerca de la cancelabilidad de los antecedentes no se aplica la agravante (STS 1965/2002, 27-11). Si durante el transcurso del plazo para la cancelación de un antecedente penal se comete un nuevo delito, el tiempo transcurrido se pierde y habrá de iniciarse el plazo una vez cumplida la segunda condena impuesta (STS 255/2005, 28-2). 5. Todos los datos necesarios para comprobar todos los requisitos anteriores han de constar en la sentencia en la que se aprecia la reincidencia. Debe constar: – La fecha de firmeza de la sentencia condenatoria antecedente. – El delito por el que se dictó condena. – La pena impuesta, y

8.3. Requisitos (cont.)	– La fecha en que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato es innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual (SSTS 454/2010, 18-5; 381/2010, 27-4; 814/2009, 22-7; 692/2009, 23-6; 1056/2007, 10 -12 y 864/2007, 5-11). La ausencia de estos datos no puede operar en perjuicio del reo, por lo que la fecha de inicio del plazo de rehabilitación es de la firmeza de la sentencia anterior (SSTS 454/2010, 18-5; 381/2010, 27-4; 1175/2009, 16-11; 478/2009, 7-5; 904/2008, 12-12; 1056/2007, 10-12; 864/2007, 5-11; 415/2006, 18-4; 1090/2005, 15-9 y 92/2005, 31-1).
8.4. Compatibildiad	Compatible con todas las atenuantes y agravantes.
8.5. Comunicabilidad	No se comunica, pues se refiere a una situación personal.
8.6. Ámbito de aplicación	Se aplica, aun cuando hubiera transcurrido el plazo administrativo de validez del certificado de antecedentes penales, si consta con claridad la existencia de condenas anteriores (STS 1087/2007, 18-12). No se aplica si la sentencia condenatoria firme por el delito anterior se dicta antes del enjuiciamiento del nuevo delito, pero después de su comisión (STS 335/2007, 28-3).

Tema XXVIII

La circunstancia mixta de parentesco

CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO (ART. 23 CP)	
1. Fundamento	El fundamento de esta circunstancia debe buscarse: • en los deberes de socorro y atención que afectan a los sujetos que se encuentran en las relaciones que se señalan en ella, • en la especial consideración que debe merecer una actuación delictiva enmarcada en el entorno de estos deberes, y • en la particular situación de dependencia material y vulnerabilidad psíquica inherente a estas situaciones.
2. Concepto	De acuerdo con el artículo 23 del Código penal, determinadas relaciones parentales o afectivas pueden constituirse en circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, con efectos atenuantes o agravantes.
3. Requisit os	1. Que la persona agraviada reúna una de las siguientes condiciones respecto del ofensor (causas de naturaleza personal no comunicables (art. 65.1)): ✓ ser actualmente o haber sido en el pasado cónyuge ✓ estar o haber estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (formulación en términos analógicos que no deja de ser conflictiva cuando se dote a la circunstancia de efecto agravante) No basta con haber mantenido relaciones sexuales si no suponen un vínculo o relación estable STS 647/2007, 03-07. ✓ ser ascendiente ✓ ser descendiente ✓ ser hermano por naturaleza o adopción: – del ofensor, – de su cónyuge, o – de quien con él conviva 2. Que el sujeto activo sea consciente de ella (STS 531/2007, 18-06).

3. Requisitos (cont.)	Se suele exigir que esta relación siga resultando efectiva, no tanto por su persistencia cuanto por mantenerse los elementos que obligan a otorgar a la circunstancia efecto atenuante o agravante (SSTS 127/2007, 08-02; 277/2007, 30-03; y 375/2007, 26-04); y aunque hay resoluciones que entienden que al admitirse desde la reforma de 2003 que sea presente o pretérita este extremo no es ya necesario (STS 1252/2009, 13-11; ATS 755/2007, 12-04), la jurisprudencia mayoritaria sigue exigiendo que el delito se produzca 'en el marco' de estas relaciones (SSTS 33/2010, 03-02; 433/2009, 21-04; 2194/2007, 22-11; 216/2007, 20-03; y 1189/2006, 22-11).
4. Efectos	El plural fundamento de esta circunstancia tiene diferentes proyecciones en distintos supuestos delictivos, de forma que puede alcanzar en unos efecto atenuante —v.gr. por las mismas razones que se renuncia a resolver penalmente delitos patrimoniales no violentos (art. 268), o que se atenúa la pena de ciertos auxilios ejecutivos al suicidio (art. 143.4)— y en otros alcanzar efecto agravatorio —v.gr. en atentados inconsentidos contra la vida o integridad de quien se está en deber de socorrer—, resultando finalmente indiferente en otros casos. La circunstancia que nos ocupa puede: ✓ resultar irrelevante en el caso concreto, ✓ tener efecto agravante o ✓ tener efecto atenuante. Esta variada eficacia se hace depender de tres factores del delito en cuestión: ✓ su naturaleza (bien jurídico) ✓ sus motivos (móviles) ✓ sus efectos (consecuencias varias). ❑ Se suele afirmar que actuará como agravante en delitos contra las personas (salvo homicidios *pietatis causa*, en que podría operar como causa de atenuación, STS 162/2009, 12-02) y libertad sexual; y como atenuante en los delitos patrimoniales (aunque el art. 268 resuelve buena parte de estos casos) y contra el honor (por todas, STS 531/2007, 18-06). ❑ El parentesco resulta irrelevante cuando la víctima provoca el delito; cuando la relación afectiva se ha transformado, desapareciendo la comunidad de intereses, sustituyéndose por la enemistad y el distanciamiento; o cuando en las relaciones familiares surgen intereses controvertidos o contrapuestos, etc. (STS 531/2007, 18-06; STS 1387/2009, 30-12). ❑ La jurisprudencia la ha aplicado como atenuante muy cualificada, atendiendo a elementos emocionales (STS 142/2010, 25-02); pero ha rechazado aplicarla como agravante muy cualificada atendiendo a medios ejecutivos o a superioridad física (STS 1284/2009, 10-12).

5. Compatibilidad	Es compatible con las demás circunstancias previstas en el Código, salvo con el abuso de confianza (22.5ª) que atienda a la relación parental.
6. Comunicabilidad	Circunstancia de naturaleza personal, no comunicable a otros partícipes en el delito por más que la conozcan.

Jurisprudencia: *No relación de filiación biológica*: la aplica en abusos sexuales practicados a la hija de la mujer con quien está casado y convive el autor la STS 33/2010, 03-02; la aplica en lesiones e inducción al suicidio cometidas sobre hijas de su cónyuge a la mujer que era 'tras el alejamiento de su marido por orden judicial, la encargada de atender a esas menores desempeñando el papel materno' la SSTS 33/2010, 03-02. *Crisis de pareja*: admite su aplicación por cuanto 'la crisis de la relación, la existencia de discusiones, tensiones, continuas desavenencias, es compatible con la agravante de que se trata (STS 1337/2004, 18-11), cuando, como es el caso, la conducta incriminada expresa, precisamente, una modalidad degradada del tipo de relación, impuesta o que trataría de imponerse contra la voluntad de uno de los implicados, en las condiciones privilegiadas que, a tal efecto, propicia el íntimo conocimiento' la STS 1310/2009, 22-12; en el mismo sentido STS 1053/2009, 22-10. *Noviazgo sin convivencia*: rechazan su aplicación entendiendo que procede 'una interpretación rigurosa y restrictiva del precepto penal, debiendo concluirse, por tanto, que, al faltar la convivencia entre agresor y víctima, no puede apreciarse la concurrencia de esta circunstancia', y que es precisa 'convivencia *more uxorio* que en la doctrina tradicional significaba compartir "mesa, techo y lecho"' entre otras, las STS 1231/2009, 25-11, y 349/2009, 30-03; rechaza aplicar la agravante cuando se convivió menos de un mes la STS 67/2009, 03-02. *Inherencia*: el parentesco no es aplicable al delito de maltrato del art. 153 (STS 657/2008, 24-10). *Delito contra la salud pública*: admite su aplicación pese al bien jurídico en cuestión en un supuesto en que la madre lleva al hijo droga al centro penitenciario en que está interno la STS 142/2010, 25-02; aplicándola además como muy cualificada, basándose 'en lo difícil que para una madre, conocedora de la condición de toxicómano de su hijo, es negarse a facilitar a su hijo en prisión algo de droga'. *Agresión sexual*: rechaza aplicar el parentesco como agravante al cónyuge o ex-cónyuge por cuanto 'el parentesco […] es tenido en cuenta en todos los tipos de delitos de agresión y abuso sexual dada su especial naturaleza para cualificar el hecho, si bien en una redacción peculiar referida a ascendientes, descendientes o hermanos naturales o adoptivos o sus afines (art. 180-4º, 181-4º y 182-2º CP), agotando de este modo la influencia exasperadora del parentesco en los delitos contra la libertad o indemnidad sexual' la STS 48/2009, 30-01.

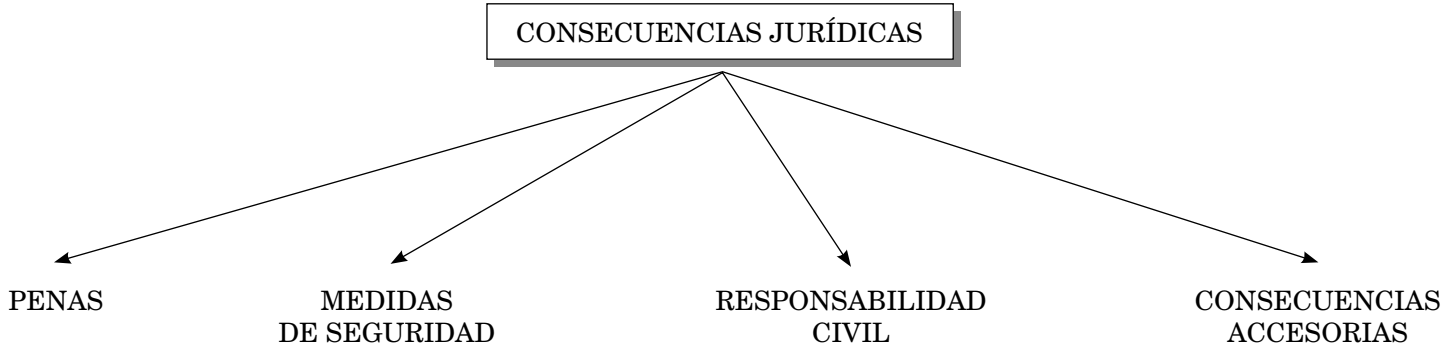
Tema XXIX

Consecuencias jurídicas de las infracción penales: las penas

1. Regulación legal

1.1. Superada la confrontación entre la escuela clásica y la escuela positiva, el Derecho Penal moderno recogió un sistema dualista de consecuencias jurídicas de las infracciones penales centrado en la **pena** (art. 32 y ss.) y la **medida de seguridad** (art. 95 y ss.), la primera de ellas basada en la responsabilidad por el hecho cometido y la segunda basada en la peligrosidad criminal, es decir, probabilidad de futuros delitos. La nueva medida de seguridad de libertad vigilada rompe este sistema dualista al quebrar la barrera entre imputabilidad e inimputabilidad permitiendo la imposición de medidas a los imputables.

A ello hay que añadir, aunque se trate de una figura de naturaleza civil, la **responsabilidad civil** derivada de todo delito o falta que obliga a reparar los daños y perjuicios causados (art.109 CP) y, desde la aprobación del Código Penal de 1995, las **consecuencias accesorias**, como tercera respuesta jurídico-penal a las infracciones penales, arts. 127-129 CP.



2. Líneas político-criminales del sistema punitivo español

2.1. El Código Penal de 1995 produjo un gran cambio en el sistema de consecuencias jurídicas que se arrastraba casi sin apenas reformas desde el CP de 1944. Las novedades más relevantes fueron las siguientes:

1º. Pena de muerte: La modificación más importante ya se había introducido en la Constitución de 1978 ya que con el art.15 se produce la abolición de la pena de muerte, salvo «lo que dispongan leyes penales militares en tiempos de guerra». Este supuesto contemplado por la Constitución como excepción, se deroga del Código Penal militar por LO 11/1995, de 27 de noviembre, aunque el enunciado constitucional sigue sin modificar.

2º. Simplificación legal de la clasificación de las penas: Desaparecen las escalas de penas y se sustituye por una clasificación legal de penas en el art. 33 por su naturaleza y por su gravedad.

3º. Cambios en la pena de prisión: Desaparecen denominaciones históricas (Reclusión, Arresto) quedando como nombre único el de pena de prisión.

4º. Nuevos límites: se suprimen las penas cortas y excesivamente largas estableciendo un límite de la pena de prisión entre seis meses y veinte años con algunas excepciones. La LO 15/2003, de 25 de noviembre y LO 7/2003, de 30 de junio, respectivamente, rebajan su duración a tres meses y amplían las distintas excepciones a la duración máxima.

5º. Multa: Introducción del sistema de días-multa para poder individualizar mejor su aplicación.

6º. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa mediante prisión, trabajo en beneficio de la comunidad o localización permanente (introducida esta última por LO 15/2003, de 25 de noviembre)

7º. Nuevas penas alternativas a la prisión de corta duración: pena de trabajo en beneficio de la comunidad (inicialmente sólo pena sustitutiva de la prisión, desde LO 15/2003, de 25 de noviembre también pena principal en delitos menos graves y leves), pena de localización permanente.

8º. Ampliación de la sustitución y suspensión de la pena de prisión a penas de hasta dos años de duración e incorporación de las reglas de conducta. Suspensión específica más amplia para drogodependientes.

9º. Derogación de la redención de penas por el trabajo: con la supresión de esta figura se implanta el cumplimiento efectivo de las penas sin posibilidad de reducción de su duración por la realización de trabajos penitenciarios.

2.2. Reformas más relevantes de 2003: LO 7/2003, de 30 de junio y LO 15/2003, de 25 de noviembre.

1º. Regresa la pena corta de prisión (desde tres meses).

2º. Se amplia la duración máxima de la prisión (hasta cuarenta años) en los supuestos concursales.

3º. Se crea el periodo de seguridad como requisito previo para acceder al régimen abierto en penas de más de cinco años.

4º. Desaparece la pena de arresto de fin de semana y se introduce la pena de localización permanente.

5º. Se amplia el trabajo en beneficio de la comunidad mejorando su redacción.

2.3. Reformas más relevantes de 2010: L.O. 5/2010 de 22 de Junio.

1º. Responsabilidad penal directa y autónoma de las personas jurídicas que permite aplicarles, además de consecuencias accesorias, auténticas penas.

2º. Localización permanente: ampliación de su duración (hasta seis meses), nueva función como pena sustitutiva de la pena de prisión y novedades en su cumplimiento (posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario y de control telemático).

3º. Periodo de seguridad: pasa a tener carácter discrecional en penas de más de cinco años y se amplían los delitos en los que tiene carácter preceptivo.

4º. Trabajos en beneficio de la comunidad: se incorporan programas formativos de educación vial, sexual o similares.

5º. Nueva medida de seguridad de libertad vigilada: general para inimputables y semiimputables y específica para imputables condenados por delitos contra libertad sexual y terrorismo.

6º. Nuevas penas: privación de la patria potestad (pena grave) y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social (pena menos grave) penas específicas para personas jurídicas (penas graves).

3. Concepto de pena

3.1. Definición doctrinal: «Privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal»; en esta definición se señalan los elementos de toda pena:

1º. Privación o restricción de bienes jurídicos: la pena siempre es un mal.

2º. Conforme a la ley: su aplicación debe respetar el principio de legalidad penal.

3º. Impuesta por los órganos jurisdiccionales: se impone por un Juez legal tras un proceso legal.

4º. Al culpable de una infracción penal. El principio de personalidad de las penas exige una reformulación no sólo porque se admite tanto la responsabilidad de personas físicas como jurídicas sino porque en el caso de las segundas se admite por hechos ajenos.

3.2. El CP no define el concepto de pena, pero si señala las figuras que NO son penas en el art. 34:

1º. Detención, prisión preventiva y demás medidas cautelares penales (porque no se imponen en sentencia firme tras un juicio legal).

2º. Multas y demás correcciones gubernativas o disciplinarias (porque no se imponen por los órganos jurisdiccionales penales).

3º. Privaciones de derechos y sanciones reparadoras de leyes civiles o administrativas (porque no se imponen por la comisión de un delito).

4. CLASES DE PENAS

4.1. Las penas se pueden dividir por su respectiva gravedad, por su naturaleza, por su forma de aplicación, por su previsión legal según se impongan solas o acompañadas de otras, acumulada o alternativamente y por el sujeto al que se impongan.

Por su gravedad	GRAVES MENOS GRAVES LEVES
Por su naturaleza	PRIVATIVAS DE LIBERTAD PRIVATIVAS DE DERECHOS MULTA
Por su aplicación	PRINCIPALES ACCESORIAS
Por su previsión legal	ÚNICAS CUMULATIVAS ALTERNATIVAS

4.1.1. Por su gravedad

1º. **Penas graves** (art.33.2)

2º. **Penas menos graves** (art.33.3)

3º. **Penas leves** (art.33.4)

4º. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa será grave o leve según la que corresponda a la pena que sustituya.

Trascendencia:

– Correlación entre gravedad de las penas y gravedad de las infracciones penales, art. 13 CP.

– Relevancia procesal para la distribución de la competencia judicial, art. 14 LECR.

– Distintos plazos en: prescripción (art. 133), cancelación de antecedentes penales (art. 136), periodo suspensión (art. 80).

4.1.2. Por su naturaleza

Según el bien jurídico al que afectan:

1º. **Privativas de libertad** (art. 35).

- Prisión.
- Localización permanente.
- Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

2º. **Privativas de derechos** (art. 39).

- Inhabilitación absoluta.
- Inhabilitación especial.
- Suspensión de empleo o cargo público.
- Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- Privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- Privación del derecho de residencia.
- Prohibición de aproximarse o comunicar con la víctima o familiares.
- Trabajo en beneficio de la comunidad.
- Privación de la patria potestad.

3º. **Multa** (art. 50).

4.1.3. Por su forma de aplicación

Según estén previstas por la comisión de un delito en concreto o dependan de la imposición de una pena principal, pueden ser:

– **Penas principales**: están legalmente establecidas por la comisión de una infracción penal.

– **Penas accesorias**: las inhabilitaciones son accesorias en aquellos casos en los que no imponiéndose especialmente, la Ley declara que otras penas las lleven consigo (art. 54) En estos casos son de obligatoria imposición, aunque no las pidan las partes, STS 1662/2000, 26-10:

✓ *Penas accesorias propias:*

1. Art. 55 CP penas accesorias a la prisión de diez o más años.

2. Art. 56 CP penas accesorias a la prisión de menos de diez años (es posible imponer una o varias según la gravedad del delito, SSTS 10288/2000, 10-07, 8242/2006, 27-11, 737/2007, 01-02).
3. Sólo requiere relación con el delito cometido la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, como accesoria en penas de prisión de menos de 10 años. STS 2798/2003, 20-03. También requiere relación con el delito cometido la inhabilitación especial para ejercicio o privación patria potestad, tutela … tanto en penas de prisión de más de diez años como inferiores a diez años.
4. No requiere relación con el delito cometido: Toda inhabilitación absoluta en penas de más de diez años. Suspensión de empleo o cargo público y privación del derecho de sufragio pasivo STS 1273/2000, 14-07.
5. Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tengan las principales, salvo que expresamente el Código disponga lo contrario.

✓ *Penas accesorias impropias:*

Pena de privación del derecho de residencia, prohibición de aproximarse a víctima y de comunicar con ella, art. 57 CP: accesoria específica para determinados delitos a imponer discrecionalmente por el Tribunal atendiendo a gravedad hechos y peligro que delincuente represente, pero sujetas al principio acusatorio, de manera que si no la piden las partes no se pueden imponer, SAT Tarragona (sección 2ª) 7 de Junio de 2005, STS 49/2007, 25-0, STS 356/2008, 04-06.

1. Duración entre uno y diez años superior a la duración de la pena de prisión (delitos graves) y entre uno y cinco años (delitos menos graves). Cumplimiento simultáneo obligatorio.
2. De obligatoria imposición la prohibición de aproximarse a la víctima en los delitos mencionados siempre que se hayan cometido contra sujetos art. 173.2.
3. En faltas contra personas de los arts. 617 y 620 imposición opcional.

4.1.4. Por su previsión legal

Según se impongan solas o acompañadas de otras acumulada o alternativamente, pueden ser:

– **Penas únicas:** La Ley establece una sola pena por la comisión de una infracción penal.
– **Penas cumulativas:** La Ley obliga a imponer dos o más penas conjuntamente. Ej: pena de prisión y multa.

– **Penas alternativas:** La Ley castiga la infracción pe¬nal con dos penas diferentes para que el Juez elija sólo una de ellas. Ej: prisión o trabajos en beneficio de la comunidad.

4.1.5. Por el sujeto al que se imponen

1. **Penas que se imponen a personas físicas**: hasta la reforma de 2010 el CP sólo contemplaba la posibilidad de imponer penas a las personas físicas, siguiendo el principio *societas delinquere non potest*.
2. **Penas que se imponen a personas jurídicas** (art. 33.7): desde la reforma de 2010, el CP ya contempla la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas, con las siguientes características:

– Reconocimiento responsabilidad penal directa y autónoma de las personas jurídicas, art. 31 bis.

– Todas las penas que se pueden imponer son graves.

– Clases: dos de ellas son novedad (multa e inhabilitación para obtener subvenciones) el resto coinciden con las consecuencias accesorias que recogía el anterior art. 129 y que ahora reserva para las entidades y asociaciones que carezcan de personalidad jurídica.

– El sistema es abierto ya que el Juez generalmente decide la pena a imponer del listado del art. 33.7.

– Reglas de aplicación y determinación específicas, art. 66 bis.

Tema XXX

Consecuencias jurídicas de las infracciones penales: las medidas de seguridad

1. Concepto y clases

1.1. *Concepto*: Consecuencia jurídica impuesta por razones de prevención al inimputable o semiimputable que comete un delito, siempre que haya peligrosidad criminal.

Excepción: libertad vigilada impuesta a imputables que cometan delitos de terrorismo y contra la libertad sexual.

1.2. *Clases*: El Código Penal distingue entre medidas de seguridad privativas de libertad y medidas de seguridad no privativas de libertad.

1. Privativas de libertad: art. 96.2 CP.
   - Internamiento en centro psiquiátrico.
   - Internamiento en centro de deshabituación.
   - Internamiento en centro educativo especial.
2. No privativas de libertad: art. 96.3 CP.
   - Inhabilitación profesional.
   - Expulsión territorio nacional de extranjeros con residencia ilegal.
   - Libertad vigilada.
   - Custodia familiar.
   - Privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores.
   - Privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
3. Además desde la L.O. 5/2010 de 22 de Junio se puede distinguir entre medidas de seguridad imponibles a inimputables y semiimputables y medidas de seguridad imponibles a imputables.

2. Diferencias entre penas y medidas de seguridad

PENA	MEDIDA DE SEGURIDAD
Retribución por el hecho cometido	Prevención de futuros delitos
Responsabilidad penal	Peligrosidad criminal
Punitiva	Terapéutica/asegurativa
Se impone a imputables	Se impone a inimputables/semiimputables
Cumplimiento inalterable	Cumplimiento revisable

Estas diferencias se diluyen en la nueva medida de seguridad de libertad vigilada en su modalidad consistente en ser impuesta a imputables en la sentencia condenatoria de delitos contra la libertad sexual y terrorismo para su cumplimiento posterior a la privación de libertad.

3. Presupuestos legales de aplicación

3.1. Requisitos generales: art. 95 CP:

1. Son siempre postdelictuales, por eso se tiene que haber cometido un hecho previsto como delito. No falta.
2. Peligrosidad criminal: pronóstico de comportamiento futuro que revele la posibilidad de cometer delitos, arts. 6 y 95.1 CP. STS 3138/2007, 24-04: «*peligrosidad criminal significa que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*».
3. Informes: los que el Juez estime convenientes para determinar si es necesario imponer medidas de seguridad.
4. Sujeto declarado inimputable o semiimputable conforme al art. 20, nº. 1º, 2º ó 3º CP: anomalías o alteraciones psíquicas, trastorno mental transitorio, intoxicación plena, alteraciones en la percepción.

5. Duración general, art. 6.2 CP: No pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder de la peligrosidad del sujeto. STS 3138/2007, 24-04: «*penalidad abstracta conforme la Consulta número 5/1997 de 24 de Febrero FGE se refiere a grado de ejecución y de participación, sin consideración de circunstancias agravantes o atenuantes, culpabilidad, ni elementos de naturaleza subjetiva ya que no hay capacidad de culpabilidad*».
6. Duración específica de algunas medidas no privativas de libertad: art. 105, problemas de compatibilidad con el art. 6.2.

3.2. Requisitos específicos libertad vigilada imputables, art. 106:

1. Imposición obligatoria a condenados imputables por delitos contra la libertad sexual y terrorismo. No potestativo como resto medidas de seguridad.
2. Cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad. No previo como resto medidas de seguridad.
3. Se presume peligrosidad criminal. No exige su necesidad como resto de medidas de seguridad.
4. Contenido propuesto por Juez de Vigilancia e impuesto por Tribunal sentenciador.

4. Requisitos de aplicación del internamiento

4.1. El internamiento sólo puede aplicarse si es necesario, art. 101, nº 1, nº 2 y nº 3 CP.

4.2. El Juez sólo puede acordar el internamiento si la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido fuera pena privativa de libertad, art. 95.2 CP, en caso contrario sólo puede acordar las medidas no privativas de libertad.

4.3. En los semiimputables el internamiento sólo se puede imponer si la pena impuesta es privativa de libertad, art. 104 CP.

4.4. Junto a los internamientos se puede imponer alguna o algunas de las siguientes medidas: libertad vigilada, custodia familiar, privación del derecho a la tenencia y porte de armas o privación del derecho a conducir vehículos de motos y ciclomotor.

5. Límites de la medida de internamiento

5.1. La *medida de internamiento en los inimputables* no puede exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad de haber sido declarado responsable el sujeto, lo que funciona como límite máximo que ha de señalar el Juez en la sentencia, art. 101.1 CP. Ante la contradicción de este precepto que parece referirse a la pena concreta, con la referencia general a la penalidad abstracta recogido en el art. 6.2 CP, se considera preferente dicha regla. Acuerdo Pleno no jurisdiccional Sala II TS 31.03.2009 "*la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate*".

5.2. La *medida de internamiento en los semiimputables* no podrá exceder de la pena prevista para el delito cometido (pena abstracta).

5.3. El internamiento ha de cesar cuando conste la curación o cese de la peligrosidad, STC 112/1988, 08-06, STS 7987/1993, 29-10.

6. Concurrencia de penas y medidas

6.1. Se rige por el sistema vicarial. STS 4397/2005, 05-05: «*el sistema vicarial regulado en el artículo 99…*».

6.2. Se puede imponer pena y medida de seguridad a los semiimputables que se les aprecie una eximente incompleta:

a) Pena y medida privativa de libertad: primero se cumple la medida de seguridad, a continuación, si es necesario, la pena abonando el tiempo cumplido, si no es necesario se suspende la pena o se pueden aplicar medidas no privativas de libertad. Art. 99 CP.

b) Pena y medida no privativa de libertad: si se puede se cumplen a la vez, y si no, se acumulan.

c) Pena privativa de libertad y medida no privativa de libertad; también rige el sistema vicarial SAP Girona 67/2005, 09-02 (prisión y tratamiento ambulatorio).

6.3. Internamiento sólo se puede imponer si la pena impuesta es privativa de libertad y no puede exceder de la pena prevista por el CP para el delito cometido (pena abstracta). Art. 104 CP.

6.4. En la atenuante de grave adicción o analógica también se permite imponer pena y medida de seguridad, SSTS 686/2000, 11-04, 9346/2001, 26-10, 8427/2002, 15-07.

6.5. En la libertad vigilada como medida asegurativa también concurre una pena con una medida de seguridad pero con las siguientes diferencias: se impone a imputables, se cumple la pena y después la medida, no hay abonos entre ambas por ser independientes.

7. Cumplimiento de las medidas de seguridad

7.1. Las medidas impuestas se pueden modificar durante la ejecución por el Juez o Tribunal sentenciador previa propuesta del Juez de Vigilancia con las siguientes opciones, art. 97 CP:

1. Mantener la ejecución de la medida impuesta.
2. Decretar el cese cuando desaparezca la peligrosidad criminal.
3. Sustituir una medida de seguridad por otra más adecuada.
4. Dejar en suspenso la medida en atención al resultado obtenido.

7.2. Criterios para adoptar cualquiera de estas opciones:

1. En medidas privativas de libertad y libertad vigilada: Juez de Vigilancia valora informes de facultativos y profesionales que asistan al sujeto o a las Administraciones competentes y hace, al menos, una propuesta anual al Tribunal sentenciador.
2. En medidas no privativas de libertad: Juez o Tribunal sentenciador pide directamente los informes a los facultativos y profesionales de la Administración acerca de evolución del condenado, grado rehabilitación y pronóstico de reincidencia.

7.3. Procedimiento: resolución motivada oyendo interesado, Ministerio Fiscal, demás partes y víctimas no personadas, art. 98.3.

7.4. La ejecución del internamiento se regula en la LOGP.

7.5. Consecuencias del quebrantamiento:

1. Internamiento: reingreso en el mismo centro u otro.
2. De otras medidas: puede sustituirse por internamiento si es necesario y está previsto para el supuesto de que se trate.
3. En ambos casos: deducción de testimonio por el quebrantamiento, salvo por negativa o interrupción de tratamiento médico. Antes se limitaba a semiimputables y ahora no se distingue, lo que resulta rechazable.
4. Supuesto específico libertad vigilada.

8. Supuestos específicos

8.1. *Medidas accesorias*: todas las medidas privativas de libertad impuestas a inimputables y semimputables pueden ir acompañadas de medidas no privativas de libertad hasta un máximo de cinco o diez años, art. 105 CP. Se requieren informes de facultativos o profesionales.

8.2. *Inhabilitación especial para ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria, comercio, carg*o *o empleo*: si se ha cometido el delito con abuso de dicho ejercicio o en relación con él y se aprecie peligrosidad criminal. Art.107 CP. Se requiere que se trate de un inimputable al que no sea posible imponerle pena y puede durar de uno a cinco años.

8.3. *Expulsión de extranjeros*: La expulsión puede sustituir a cualquier medida de seguridad impuesta a un extranjero no residente legalmente en España, salvo que excepcionalmente la naturaleza del delito justifique su cumplimiento en España. Su falta de contenido preventivo, así como la única referencia a la naturaleza del delito provoca que sólo formalmente se considere medida de seguridad.

8.4. *Demencia sobrevenida*: la apreciación de una situación duradera de trastorno mental grave después de una sentencia firme, permite al Juez de Vigilancia suspender la ejecución de la pena garantizando que el condenado reciba la asistencia médica precisa con dos opciones:

- ✓ si se trata de una pena privativa de libertad: posibilidad de imponer una medida de seguridad privativa de libertad;
- ✓ si es una pena no privativa de libertad: posibilidad de imponer las medidas de seguridad que estime necesarias.

Reestablecida la salud mental del penado, se puede cumplir la sentencia (si no ha prescrito), o dar por extinguida la condena.

8.5. *Libertad vigilada*:

1º *Concepto:*

- ✓ Medida de seguridad consistente en el sometimiento del condenado a control postpenitenciario a través del cumplimiento de medidas establecidas judicialmente.

2º *Contenido:*

- ✓ Puede consistir en alguna o algunas de las siguientes medidas:
  - – Localización mediante control electrónico.
  - – Presentación periódica en lugar establecido por el Juez.
  - – Comunicación de cambios de residencia o de lugar de puesto de trabajo.

- Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial.
- Prohibición de aproximarse o comunicar con víctima, familiares o personas indicadas por el Juez.
- Prohibición de acudir a determinados lugares.
- Prohibición de residir en determinados lugares.
- Prohibición de desempeñar determinadas actividades que faciliten la comisión de nuevos delitos.
- Obligación de participar en programas formativos.
- Obligación de seguir tratamiento médico externo o de someterse a control médico periódico.

3º *Naturaleza jurídica:*

✓ Medida de seguridad no privativa de libertad propiamente dicha: prevención delictiva.

✓ Medida asegurativa postpenitenciaria: rehabilitación delincuente y protección víctimas.

4º *Clases*:

✓ Medida de seguridad no privativa de libertad propiamente dicha: art. 96.3

- posibilidad de ser impuesta a inimputables y semiimputables,
- puede ser impuesta acompañando a las medidas de seguridad privativas de libertad y en los casos previstos por el CP.

✓ Medida asegurativa: art. 106.2

- es de obligatoria imposición en los casos previstos por el CP: terrorismo y libertad sexual
- se impone a imputables en sentencia condenatoria junto a la pena de prisión
- procedimiento imposición, art. 106.2: el Tribunal sentenciador dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, a propuesta del Juez de Vigilancia, ha de fijar su contenido o hacer uso del art. 97 (cese, sustitución o suspenso)
- se cumple a continuación de la pena privativa de libertad impuesta
- seguimiento ejecución, art. 106.3 y art. 98: anualmente propuesta del Juez de Vigilancia sobre modificación contenido, reducir duración o dejar sin efecto. Para ello el Tribunal sentenciador valorará informes de facultativos o profesionales y resolverá oyendo al condenado, Ministerio Fiscal, partes y víctimas no personadas.

5º *Duración:*

✓ No más de cinco años como medida no privativa de libertad.

✓ Hasta diez años como medida asegurativa.

6º *Quebrantamiento:*

✓ Modificación del contenido.

- ✓ Responsabilidad por delito de quebrantamiento por incumplimiento reiterado y grave.
- ✓ La negativa al tratamiento médico no se considera quebrantamiento, lo que le despoja de un pretendido carácter obligatorio incompatible con la voluntariedad del tratamiento médico y penitenciario.

Tema XXXI

El comiso y las consecuencias accesorias

1. Regulación legal

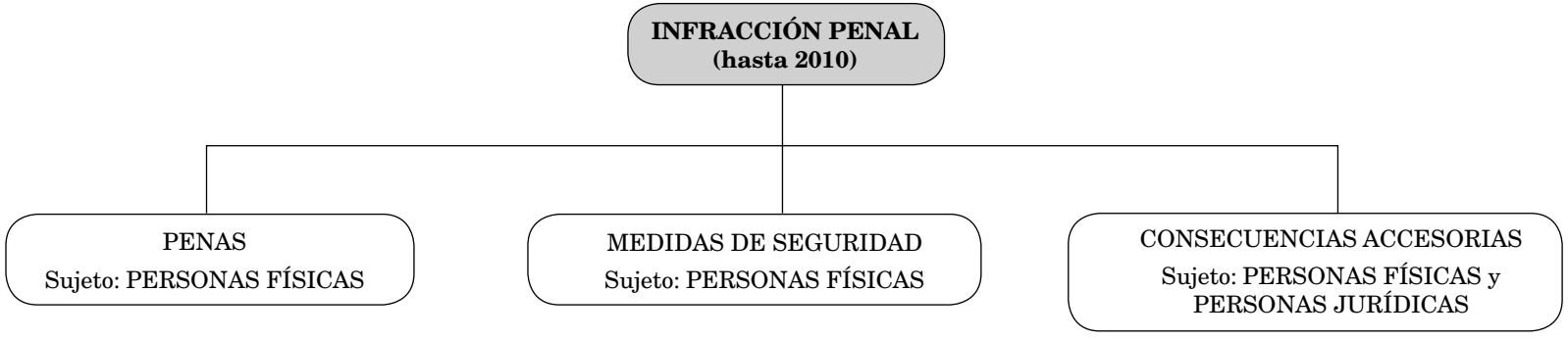
Título VI, Libro I, Código Penal. Artículos 127, 128 y 129.

2. Naturaleza jurídica

2. Naturaleza jurídica: Históricamente se ha afirmado, y aún se afirma hoy, que el Derecho Penal es un **sistema dualista**, pues la reacción penal frente a la infracción igualmente penal se ha articulado bien mediante **penas**, bien mediante **medidas de seguridad**. Aunque la *responsabilidad civil* puede ser también una consecuencia asociada a la infracción penal, no es una consecuencia jurídico-penal de ésta, sino una *consecuencia*, como evidencia su misma denominación, *civil*, que no se deriva, además, propiamente, de la infracción, sino de la producción, a través de ella, de un daño indemnizable (si no hay daño indemnizable, y pese a la comisión del delito o falta, no nace responsabilidad civil).

A las penas y medidas de seguridad se suman, desde la aprobación en 1995 del vigente Código Penal, las **consecuencias accesorias**, tercera respuesta jurídico-penal a la infracción de esta naturaleza. El sistema dualista deja paso, así, a un **sistema de tres vías**.

La reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, ha incidido, de manera importante, en dichas **consecuencias accesorias**, sobre las que se había discutido si, pese a su denominación, no eran, en realidad (especialmente las medidas del artículo 129), una nueva consecuencia jurídico-penal de los delitos y faltas, sino **penas** o **medidas de seguridad**, si bien dirigidas contra personas jurídicas, por lo que el sistema podría seguir considerándose dual: nos hallaríamos, simplemente, ante una etiqueta equívoca. La opinión absolutamente mayoritaria las consideró, no obstante, una nueva consecuencia penal, distinta de penas y medidas de seguridad. Además, aunque, a diferencia de las penas y medidas de seguridad, podían imponerse o afectar a personas jurídicas, también podían dirigirse contra personas físicas.



Este sistema de tres vías o consecuencias penales, aplicables las dos primeras (penas y medidas de seguridad), las más tradicionales, exclusivamente a personas físicas, y, fundamentalmente, aunque no sólo, a las personas jurídicas las terceras (consecuencias accesorias), ha sufrido importantes modificaciones: el nuevo artículo 31 Bis prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluyéndose en el artículo 33.7 un catálogo de penas a ellas aplicables. Desde ahora, por ello, podrán imponerse penas tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Las medidas de seguridad, sin embargo, seguirán siendo aplicables exclusivamente a personas físicas, pretendiéndose, mediante ellas, neutralizar la peligrosidad criminal de ciertos individuos cuyas facultades mentales les impedían comprender la significación de sus actos o controlar su comportamiento. El cambio conceptual más importante sufrido por las consecuencias accesorias es que las medidas del artículo 129 del Código Penal, antes dirigidas fundamentalmente contra personas jurídicas, se han considerado innecesarias para actuar contra éstas dada su recién estrenada capacidad criminal: si pueden ser penadas, se ha pensado, ya no es preciso prever la aplicación de otras medidas penales. Pese a todo, el artículo 129 sigue previendo la imposición de un conjunto de medidas conceptuadas, igual que el comiso, como *consecuencias accesorias*, aplicables, desde ahora, a sujetos colectivos sin personalidad jurídica. El Código Penal sigue disponiendo, en suma, de tres vías para prevenir la delincuencia y, en su caso, responder a su comisión: penas, aplicables a personas físicas y jurídicas; medidas de seguridad, aplicables sólo a personas físicas, y consecuencias accesorias, compuestas, como veremos, por el comiso, aplicable tanto a personas físicas como jurídicas, y por las medidas del artículo 129, imponibles a sujetos colectivos sin personalidad jurídica.

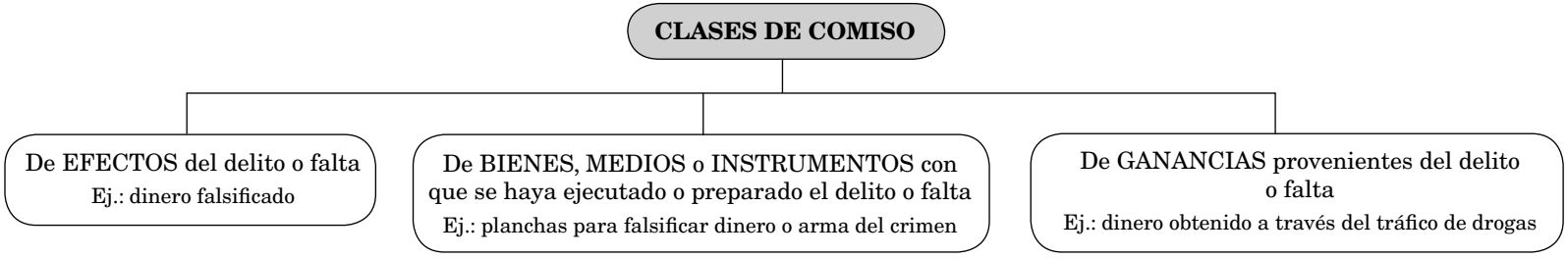


3. CLASES

3.1. Existen dos clases de consecuencias accesorias: *el comiso* **(1)**, regulado en los artículos 127 y 128 CP, y *las medidas contra empresas* del artículo 129 **(2)**.

3.2. El comiso. Antes de definirse como *consecuencia accesoria*, era considerado por el Código Penal una **pena**. Con la aprobación del Código de 1995 perdió dicha condición y se transformó en **consecuencia accesoria**, lo cual implica la sumisión a un nuevo régimen jurídico. Precisamente tal transformación fue la que permitió que el comiso *pudiera afectar a terceros que no hubieren participado en el delito o falta* (esto anteriormente no era posible, pues las penas, y el comiso lo era, sólo pueden imponerse a quien ha cometido, de forma culpable y punible, una infracción penal, jamás a terceros), *así como dirigirse contra bienes pertenecientes a personas jurídicas* (recordemos que las penas y medidas de seguridad únicamente podían alcanzar a personas físicas). Desde la reforma de 2010 esta segunda posibilidad ve ampliadas sus posibilidades: los bienes de personas jurídicas podrán ser alcanzados si éstas se estiman terceros penalmente no responsables sin buena fe o bien si son consideradas responsables de un delito.

✓ Clases de comiso:



✓ *Fundamento del comiso* ¿Por qué se impone? El fundamento del comiso, común a sus tres clases, **es la peligrosidad objetiva del bien que se decomisa**, entendida dicha peligrosidad como probabilidad de que tal bien favorezca la comisión futura de otros ilícitos penales, bien porque se prevea su re-utilización como instrumento criminal, bien por su posible uso como medio de financiación de actividades delictivas, con independencia, por cierto, de que la posible y futura inversión criminal la realice la persona a la que pertenecieren los bienes u otra distinta. Y ello porque el comiso combate únicamente la peligrosidad del bien y no de un sujeto concreto.

✓ *Presupuestos del comiso:* Primero.– Realización de un hecho típico. Si bien hasta la reforma introducida por la LO 5/2010, dicho hecho típico debía ser doloso (art. 127.1), ahora también procederá el decomiso en algunos supuestos de imprudencia (art. 127.2), en concreto, en los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año. Mientras en relación con delitos dolosos la imposición del comiso es, en principio, imperativa o necesaria, en los citados supuestos de delitos imprudentes dicha imposición se prevé con carácter facultativo ("el Juez o Tribunal podrá…").

Segundo.– Ausencia de causas de justificación del comportamiento. El hecho, por tanto, debe ser, además, de típico, antijurídico. No es precisa, sin embargo, la declaración de culpabilidad del autor ni, en su caso, partícipes, de la infracción penal. De esta forma, si, estimada la comisión de una infracción penal por parte de (al menos) un sujeto, se declara a éste no culpable (por ejemplo, por ser inimputable), procederá igualmente acordar el comiso. A este respecto resulta fundamental el artículo 127 en su número 4, que dispone que el Juez o Tribunal

podrá acordar el comiso aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad penal (excluimos los supuestos de justificación del hecho por resultar éste jurídicamente autorizado) o, incluso, por haberse aquélla extinguido.

Tercero.– El bien objeto de decomiso debe haber *participado en* o *derivarse de* la infracción cometida. Es importante destacar, a este respecto, la previsión, introducida por la citada LO 5/2010, de que el Juez amplíe el decomiso en supuestos de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o cuando se hubiere cometido un delito de terrorismo: dispone el artículo 127.1, segundo apartado, que en estos casos "se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas".

✓ *Función del comiso:*

La función del comiso entronca directamente con el fundamento antes referido, esto es, la peligrosidad objetiva del bien, pues es ésta la que se pretende combatir. Su función es, en suma, prevenir la comisión de delitos o falta a través de la adopción de medidas expropiatorias de bienes dirigidas a neutralizar el peligro que de ellos emana.

✓ *Conclusión*: El comiso, al cual algún autor ha negado su naturaleza penal, considerándolo una medida administrativa o civil, es una consecuencia jurídico-penal de la infracción de normas penales, y ello no sólo porque esté previsto en el Código Penal como consecuencia accesoria imponible por un Juez o Tribunal penal en un proceso criminal, sino, ante todo, porque *es una consecuencia que nace para prevenir la comisión de ilícitos penales y cuyo presupuesto es, precisamente, la ejecución de uno de estos ilícitos*: **nace, por tanto, por la comisión de un ilícito penal y para la evitación de otro u otros ilícitos de idéntica naturaleza.**

CLASES DE COMISO	FUNDAMENTO	PRESUPUESTOS	FUNCIÓN
De EFECTOS	Peligrosidad objetiva del bien	Infracción penal dolosa o imprudente (si el delito previese pena privativa de libertad superior a un año)	Prevenir su reutilización criminal
De MEDIOS o INSTRUMENTOS	Peligrosidad objetiva del bien	Infracción penal dolosa o imprudente (si el delito previese pena privativa de libertad superior a un año)	Prevenir su reutilización criminal
De GANANCIAS	Peligrosidad objetiva del bien Enriquecimiento ilicíto	Infracción penal dolosa o imprudente (si el delito previese pena privativa de libertad superior a un año)	Prevenir su inversión en futuros crímenes Impedir un enriquecimiento ilícito

FUNDAMENTO	La peligrosidad objetiva del bien es presumida, *iuris et de iure*, por la ley, por lo que el decreto del comiso es imperativo por parte del juez.	Excepción: art. 128 CP, que autoriza al Juez o Tribunal a no decretar el comiso, o a decretarlo parcialmente, cuando *«los* efectos e instrumentos *sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles».* Excepción 2: art. 127.2, que faculta al Juez o Tribunal a decretar el comiso en algunos supuestos de delincuencia imprudente.	La excepción 1 opera únicamente en relación con los comisos de efectos e instrumentos, pues en el de ganancias, junto al fundamento común concurre otro especial: un enriquecimiento ilícito.

PRESUPUESTOS	Infracción penal dolosa = realización de un hecho típico y antijurídico. La concurrencia de causas de justificación impide, por tanto, el decreto del comiso, pues el hecho es ajustado a Derecho.	No es precisa la declaración de culpabilidad del autor ni, en su caso, partícipes, de la infracción penal. Art. 127.4 CP: el decreto del comiso podrá acordarse aun cuando *«no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal».*	El bien objeto de decomiso debe haber *participado en* o *derivarse de* la infracción cometida, ya fuere porque fue un instrumento utilizado bien en su preparación bien en su ejecución, ya fuere porque es un efecto nacido de ella o una ganancia del delito o falta.

FUNCIÓN	*Prevención especial:* si bien no incide sobre personas concretas para evitar, por su parte, la ejecución de infracciones penales, sí se impone sobre bienes igualmente concretos para impedir su empleo, directo o indirecto, en la comisión de futuros delitos.	Aun de forma secundaria, cumple una función de *prevención general*, especialmente en el marco del comiso de ganancias, pues se lanza un importante mensaje con el que se pretende incidir en la principal de las motivaciones de la delincuencia organizada y empresarial: la titularidad de los bienes por parte de terceros no responsables del delito o falta no será obstáculo para decretar el comiso de las ganancias originadas por el delito o falta.	Fundamentado el comiso, además, en el enriquecimiento injusto que se hubiera producido (comiso de ganancias), su función radicará, también, en lógico acuerdo con este nuevo fundamento, en *impedir dicho enriquecimiento ilícito*.

LÍMITE COMÚN a todas las modalidades de comiso	No procederá el decomiso si los bienes pertenecen a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente (art. 127.1 CP). Cabe pensar que dicha limitación afecta también al comiso cuando el delito cometido hubiese sido imprudente (art. 127.2)	**COMISO POR VALOR EQUIVALENTE**	**Si por cualquier circunstancia** no fuera posible el comiso de los bienes, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho (art. 127.3 CP).

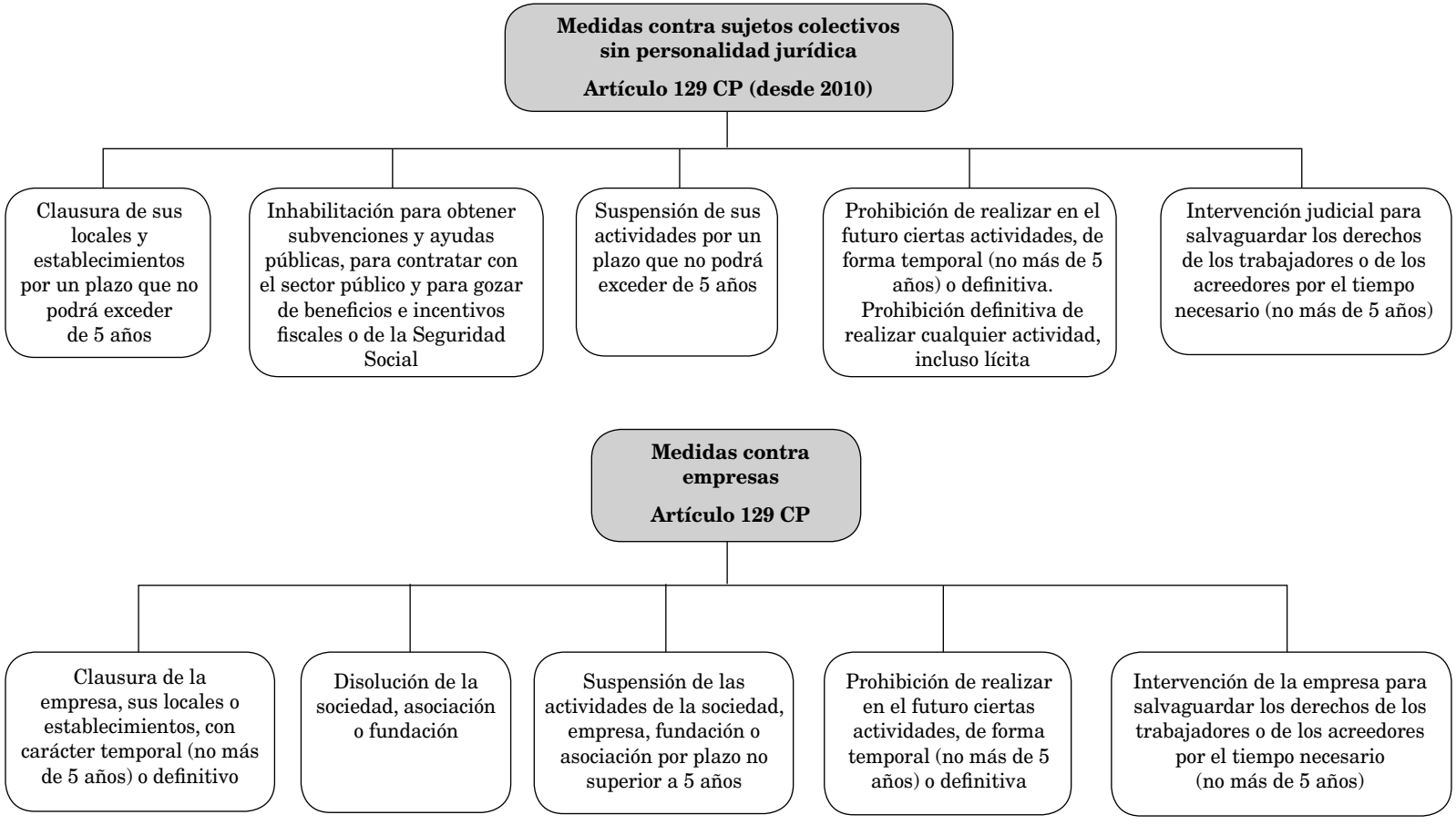
DESTINO DE LOS BIENES DECOMISADOS	Si los bienes decomisados fueren de lícito comercio: se venderán, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa (art. 127.5 CP).	Si los bienes decomisados no fueren de lícito comercio: se les dará el destino que se disponga reglamentariamente (art. 127.5 CP).

3.3. Las medidas contra empresas del artículo 129 CP. Mientras el comiso era una nueva consecuencia penal porque vio transformada su naturaleza jurídica, las medidas incluidas en el artículo 129 por el Código Penal de 1995, dirigidas, como ya he dicho, a ser aplicadas fundamentalmente a personas jurídicas, sí eran una absoluta novedad de dicho Código. En efecto, aunque alguna de ellas ya existía, dispersa, a lo largo de articulado del anterior Código, su regulación unitaria y dotación de un estatuto jurídico-penal propio permitió configurarlas, según decía, como una novedosa consecuencia jurídica de la infracción penal.

A diferencia del comiso, de imperativa imposición ordinaria por parte de los jueces y tribunales, estas medidas, de aplicación en principio facultativa, tuvieron una muy escasa aplicación judicial, lo cual se explica, en gran medida, por el gran número de interrogantes que, dada su incompleta regulación, en relación con ellas se planteaban.

Actualmente, como he avanzado, el artículo 129 tiene una nueva orientación: las medidas a las que dicho artículo se refiere se aplicarán a empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis del Código Penal (previsión penal de responsabilidad criminal para las personas jurídicas).

✓ Clases de medidas:



- ✓ *Fundamento*: ¿Por qué se imponen? El fundamento de estas medidas es la peligrosidad criminal objetiva de los sujetos a los que se refiere el artículo 129: aunque no pueden cometer delitos por carecer de personalidad jurídica, si pueden facilitar su comisión por parte de quienes sí la poseen.
- ✓ *Presupuestos*: Primero.– Debe haberse cometido un delito (hecho típico, antijurídico, culpable y punible) y haberse impuesto una pena. Estas medidas, en efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 129.1 del Código Penal, son accesorias a la pena que "corresponda al autor del delito", que podrá ser, pues nada se especifica al respecto, bien una persona física bien una persona jurídica.

  Segundo.– El delito o falta cometido, ya fuere por una o varias personas, físicas o jurídicas, deberá haber sido realizado *en el seno, con la colaboración, a través o por medio* del sujeto colectivo o agrupación de personas.

  Tercero.– Pronóstico de que nuevos delitos o faltas serán cometidos *en el seno, con la colaboración, a través o por medio* del sujeto colectivo o agrupación de personas.
- ✓ *Función:* La función de estas medidas es la misma que la de todas las demás consecuencias penales: la prevención de la delincuencia. En este caso se tratará de prevenir que aquel pronóstico se haga una realidad y, por tanto, evitar que estos sujetos colectivos faciliten la comisión de nuevos delitos por parte de quienes sí tienen capacidad para ello.
- ✓ *Sistema de punición cerrado (numerus clausus):* Las consecuencias accesorias a las que se refiere el artículo 129.1 sólo podrán aplicarse:
  - en los supuestos en que el Código lo prevea expresamente (art. 129.2)
  - o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el Código permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.
- ✓ *Imposición de las medidas con carácter cautelar:* Algunas de las medidas, concreta concretamente la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, podrán ser acordadas por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa, siempre a los efectos establecidos en el artículo 129 (art. 129.3). Aunque el Código olvida decir cuáles son dichos "efectos", es preciso remitirse a la función de las medidas del artículo 129.
- ✓ *Conclusión*: En fin, como sucedía con el comiso y, en general, con toda consecuencia jurídico-penal, también las medidas del artículo 129 toman la infracción penal, el delito en sentido amplio, como referencia para su aplicación, constituyendo su comisión (por parte de un sujeto con capacidad por ello, esto es, una persona física o jurídica) un presupuesto de ésta, y su prevención (también, por supuesto, por parte de sujetos con capacidad para ello, si bien sirviéndose de sujetos colectivos sin personalidad jurídica), la función a la que han de servir.

CLASES DE MEDIDAS	FUNDAMENTO	PRESUPUESTOS	FUNCIÓN
– Clausura de locales y establecimientos **– Inhabilitación** **– Suspensión de actividades** **– Prohibición de actividades relacionadas con el delito** **– Prohibición de cualquier actividad** **– Intervención judicial**	Peligrosidad objetiva o instrumental del sujeto colectivo sin personalidad jurídica.	– Infracción penal e imposición de una pena. – Previa instrumentalización del sujeto colectivo, en cuyo seno o por medio del cual se cometió el delito o falta. – Pronóstico individualizado de peligrosidad criminal, esto es, de una nueva instrumentalización.	Prevenir la comisión de nuevos delitos o faltas, por parte de sujetos penalmente capaces, aprovechando la agrupación de personas o la estructura del sujeto colectivo carente de personalidad jurídica.

FUNDAMENTO	La peligrosidad objetiva de entes colectivos sin personalidad jurídica o simples agrupaciones de personas. Aunque dichos entres o agrupaciones de personas, por carecer de personalidad jurídica, no tienen capacidad criminal (de modo que el fundamento de las medidas del artículo 129 no puede ser la culpabilidad o realización responsable, por su parte, de una infracción penal), sí pueden, sin embargo, ser utilizadas por o «colaborar con» (materialmente, pues jurídico-penalmente no actúan) personas, físicas o jurídicas, para cometer infracciones penales.	Su peligrosidad, no obstante, no es presumida, como la de los bienes decomisables (al menos en relación con los delitos dolosos), *iuris et de iure*, pues su imposición, en principio, no se prevé como obligatoria, ya que la ley establece que el Juez o Tribunal podrá, motivadamente, imponerlas.

PRESUPUESTOS	Infracción penal = realización de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Dado que la ley prevé estas medidas como "accesorias a la pena que corresponda al autor" y éste podrá ser, desde la reforma, una persona jurídica, cabe entender que la pena puede haber sido impuesta bien a una persona física bien a una persona jurídica (o a ambas).	La empresa, organización grupo, entidad o agrupación de personas debe haber "participado" ya en un delito o falta (el Código, en efecto, se refiere a delitos y faltas), y ello en alguno de los siguientes sentidos: – el delito o falta se cometió en su seno, – el delito o falta se cometió con su colaboración, – el delito o falta se cometió por medio de ellas.	Además de haber "participado" en el delito o falta en alguno de los sentidos referidos, el Juez o Tribunal deberá emitir un pronóstico de peligrosidad criminal objetiva de la entidad o agrupación. Será preciso, por tanto, realizar un juicio en el que se estime que es previsible una nueva "participación delictiva" de aquéllas, esto es, la comisión de nuevas infracciones en su seno, su colaboración en infracciones futuras o la comisión de éstas por medio de ellas. Debe recordarse, al respecto, que en relación con estas medidas el Código no considera imperativa, sino facultativa, su imposición.

FUNCIÓN	*Prevención especial:* el fin perseguido es evitar una nueva "participación delictiva" de la concreta agrupación o entidad que colaboró en el delito o falta, o por medio de la cual, o en cuyo seno, se cometió dicha infracción penal.	Aunque la prevención especial ocupa un lugar central, no puede ignorarse que la previsión de que la intervención penal puede alcanzar ahora también a entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica producirá igualmente un efecto *preventivo general*, y ello en el sentido de que se envía el mensaje de que la falta de personalidad jurídica no impide la intervención penal contra el sujeto que carece de ella.

Tema XXXII

Reglas generales de aplicación de las penas

1. Cuestiones generales

1.1. El procedimiento que instaura el Código Penal español para la determinación y aplicación de las penas podría ser caracterizado como un «sistema mixto». De una parte, requiere de la aplicación de reglas legales precisas, contenidas en el código y, de otra, confiere al juez o tribunal un cierto margen y arbitrio en la individualización de la pena a imponer.

1.2. El proceso de determinación de la pena requiere partir de la pena asignada al delito o falta cometido. El código penal español utiliza para ello un sistema de horquillas, que implica la fijación de un máximo y un mínimo de pena al que se denomina *marco legal abstracto*.

1.3. El marco legal abstracto establece la pena que corresponde al autor de un delito o falta consumados.

1.4. Por último, todas las operaciones y reglas que a continuación se expondrán permiten al juez individualizar la pena a imponer a los responsables del delito o falta.

2. Reglas para la aplicación y determinación de la pena

2.1. Para analizar dicho procedimiento, deben examinarse dos cuestiones:

1º. Operaciones legales para la determinación de la pena.

2º. Dos etapas para la individualización de la pena.

OPERACIONES LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

A) La determinación de un nuevo grado: pena superior e inferior en grado (art. 70.1 CP)

1) La pena superior en grado a la fijada por el Código Penal para un determinado delito o falta se calcula del siguiente modo:

- *el límite mínimo de la superior en grado* se obtendrá tomando como referencia el máximo de la pena señalada para el delito e incrementándolo en un día (o día multa)
- *el límite máximo de la superior en grado* se obtendrá tomando como referencia otra vez el límite máximo de la pena señalada para el delito y aumentado la mitad de su cuantía

Ejemplo: Delito de homicidio (art. 138 CP): pena de prisión de 10 a 15 años: cálculo de la superior en grado:

- el límite mínimo del nuevo grado será 15 años más un día
- el límite máximo del nuevo grado será el resultante de dos operaciones:
  1ª. 15: 2 = 7 años y 6 meses
  2ª. 15 años + 7 años y 6 meses = 22 años y 6 meses

Por tanto, la pena superior en grado para el delito de homicidio será de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses.

2) La pena inferior en grado a la fijada por el Código Penal para un determinado delito o falta se calcula del siguiente modo:

- *el límite máximo de la inferior en grado* se obtendrá tomando como referencia el mínimo de la pena señalada para el delito y reduciéndolo en un día (o día multa)
- *el límite mínimo de la inferior en grado* se obtendrá tomando como referencia otra vez el límite mínimo de la pena señalada para el delito y reduciendo la mitad de su cuantía

Ejemplo: Delito de homicidio (art. 138 CP): pena de prisión de 10 a 15 años: cálculo de la inferior en grado:

- el límite máximo del nuevo grado será 10 años menos un día
- el límite mínimo del nuevo grado será el resultante de dos operaciones:
  1ª. 10: 2 = 5 años
  2ª. 10 años – 5 años= 5 años

Por tanto, la pena inferior en grado para el delito de homicidio será de 5 años a 10 años menos 1 día

3) Cuestiones comunes

- Las operaciones para determinar la pena superior e inferior en grado deben referirse a todas las clases de penas: privativas de libertad (como en el ejemplo), privativas de derechos y multa.

- Estas operaciones de reducción y aumento de grado pueden realizarse de forma sucesiva en varias ocasiones, es decir, es posible reducir o aumentar la pena en más de un grado o primero reducir en grado y, posteriormente, incrementarlo.
- El resultante de aplicar una reducción o aumento de grado únicamente se ve limitado cuando la pena superior en grado excede los límites máximos fijados por el código para cada clase de pena (art. 70.3 CP).

B) La división de la pena en mitades: mitad superior e inferior (art. 70.2 CP)

1) La mitad superior de la pena fijada por la ley se calcula dividiendo la totalidad del marco penal abstracto en dos mitades y tomando la mitad próxima al máximo de pena.

Ejemplo: Delito de homicidio (art. 138 CP): pena de prisión de 10 a 15 años: cálculo de la mitad superior:
- la totalidad del marco penal abstracto es de 10 a 15 años y el periodo de tiempo comprendido en esta horquilla es de 5 años
- la mitad de 5 años es de 2 años y 6 meses
- las dos mitades de la pena son: de 10 años a 12 años y 6 meses; de 12 años y 6 meses a 15 años

Por tanto, la pena para el delito de homicidio en su mitad superior será de 12 años y 6 meses a 15 años.

2) La mitad inferior de la pena fijada por la ley se calcula dividiendo la totalidad del marco penal abstracto en dos mitades y tomando la mitad próxima al mínimo de pena.

Ejemplo: Delito de homicidio (art. 138 CP): pena de prisión de 10 a 15 años: cálculo de la mitad superior:
- la totalidad del marco penal abstracto es de 10 a 15 años y el periodo de tiempo comprendido en esta horquilla es de 5 años
- la mitad de 5 años es de 2 años y 6 meses
- las dos mitades de la pena son: de 10 años a 12 años y 6 meses; de 12 años y 6 meses a 15 años

Por tanto, la pena para el delito de homicidio en su mitad inferior será de 10 años a 12 años y 6 meses.

PROCEDIMIENTO PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

1. Reglas legales para la determinación de la pena concreta

Las siguientes reglas deberán tomar como referencia el marco penal abstracto del delito doloso correspondiente. Las mismas deberán aplicarse de forma correlativa, apreciándose, en primer lugar, las que guardan relación con el injusto y la culpabilidad y, a continuación, las relativas a la determinación de la pena (circunstancias genéricas):

- Regla 1ª: Iter criminis (art. 62 CP). Si el delito se encuentra en fase de tentativa (art. 16 CP) la pena se rebajará obligatoriamente un grado y potestativamente en dos. Los criterios que deberán tomarse en consideración se refieren al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.
- Regla 2ª: Participación (complicidad) (art. 63 CP). Si la pena a determinar es la que corresponde al cómplice, se tomará como referencia la pena que corresponde al autor por el delito cometido y se rebajará en un grado.
- Regla 3ª: Eximentes incompletas (art. 68 CP). Si concurre una eximente incompleta (causa de justificación incompleta o causa de exculpación incompleta, art. 21.1ª, la pena se rebajará obligatoriamente un grado y potestativamente en dos, atendido el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran en las citadas eximentes. Una vez realizadas estas operaciones, deberán aplicarse las reglas dispuestas en el art. 66 CP, en función de las circunstancias concurrentes (STS 544/2007, 21-06)
- Regla 4ª: Error de prohibición (art. 14.3 CP). Si en la comisión del hecho delictivo, se apreciara error sobre la ilicitud del hecho y éste fuera vencible, se aplicará la pena del delito cometido rebajada en uno o dos grados.
- Regla 5ª: Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (art. 66 CP). Véase Tema XXIV.

2. Individualización judicial

Una vez aplicadas las reglas anteriores al delito cometido, el juez, según su libre arbitrio, deberá indicar la pena concreta a imponer. Esta tarea —art. 72 CP— exige motivación expresa en la sentencia. (STC 196/2007, 11-9, STS 84/2010, 18-2, STS 783/2007, 01-10 y STS 1223/2006, 07-12).

Tema XXXIII

Las penas privativas de libertad y formas sustitutivas

1. Clasificación

En función del bien jurídico de que se priva al individuo con su imposición: la libertad ambulatoria (art. 32 CP).

2. Clases

Art. 35 CP: Prisión.
Localización permanente.
Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

1. PRISIÓN: Art. 36 CP
Consiste en recluir al condenado en un establecimiento penitenciario privándole de su libertad ambulatoria y sometiéndole a un específico régimen de vida regulado en la LOGP (1/1979, de 26 de septiembre) y RP (RD190/1996, de 9 de febrero).
Duración mínima, tres meses y máxima, 20 años. El límite penológico es a efectos de su cumplimiento no al de su imposición (STS 1603/1999, 11-11). El límite máximo puede ampliarse incluso hasta 40 años (reglas de los arts. 70.3, 76 o cuando el CP específicamente aumente esa cifra, por ejemplo, art.572.1º —terrorismo—).

Cumplimiento: se ajustará a lo dispuesto en las leyes y en el CP, no siendo posible, por ejemplo, a través de la redención de penas por el trabajo (SAP, Córdoba, Sec. 2ª, 02/07/1999). Si la pena de prisión impuesta es superior a cinco años el Juez o Tribunal *podrá* (potestativo por LO 5/2010, antes era obligatorio) ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. Es obligatorio en: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183. d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años. Por acuerdo razonado del Juez de Vigilancia y siempre que no se trate de los supuestos anteriormente enumerados podrá aplicarse el régimen general de cumplimiento (inciso redundante tras la reforma por LO 5/2010). Los supuestos contenidos en las letras a) y b) anteriormente enumerados (cuando se den las circunstancias previstas en el art. 78.3 CP) podrán acceder al tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. Si la pena es inferior a cinco años: régimen ordinario de cumplimiento (art. 72.3 LOGP y 100 y ss. RP). Los beneficios penitenciarios empiezan a contar desde el límite máximo de la pena salvo el supuesto excepcional del art. 78 CP (delitos especialmente graves) que faculta al Tribunal para que este cómputo se refiera a la totalidad de la pena impuesta. Si la pena de prisión es igual o superior a 10 años lleva consigo la accesoria de inhabilitación absoluta (art. 55 CP). Si es inferior, los jueces o tribunales impondrán alguna de las accesorias del art. 56 CP.
Quebrantamiento: art. 468.1 CP: prisión de seis meses a un año.
2. LOCALIZACIÓN PERMANENTE: Art. 37 CP
Pena con doble naturaleza (LO 5/2010, de 22 de junio): menos grave: art. 33.3 l) aplicable a los delitos menos graves y leve: art. 33.4 g) aplicable a las faltas. De imposición generalmente alternativa.
Duración. Como pena menos grave: art. 33.3 l) de tres meses y un día a seis meses. Como pena leve: art. 33.4 g) de un día a tres meses (salvo que funcione como sustitución).
***Cumplimiento*:** en el domicilio del penado o en otro lugar fijado por el juez en sentencia o en auto motivado. No obstante (LO 5/2010), en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, o cuando (art. 37.2) el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado (casos de falta reiterada de hurto). Puede cumplirse de forma discontinua. Las circunstancias de ejecución están previstas en RD 515/2005, de 6 de mayo. Su control telemático establecido en el art. 37.4 se realiza actualmente mediante un sistema de verificación biométrica de voz.
Incumplimiento: art. 37.3 CP prescribe la regla general del art. 468 CP. En la práctica se flexibiliza la valoración del incumplimiento.

3. RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR IMPAGO DE MULTA: Art. 53 CP (remisión al tema correspondiente a la pena de multa).

3. Formas sustitutivas y libertad condicional

3.1. Formas sustitutivas:

1. la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o condena condicional (arts. 80-87 CP).
2. La sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 88-89 CP).

✓ *Fundamento*: paliar los inconvenientes de la pena de prisión de corta duración y potenciar los relativos éxitos conseguidos con los modos alternativos de ejecución en orden a reducir la reincidencia (AAP, Santa Cruz de Tenerife, 1475/2007, 25-05; SSTC 251/2005, 10-12; 248/2004, 20-12; 202/2004, 15-11; AAP, Madrid, Sec. 16ª, 296/2006, 24-05; AAP, Zamora, Sec. 1ª, 54/2006, 24-05; AAP, Castellón, Sec. 1ª, 1005/2006, 23-02).

1. CONDENA CONDICIONAL (Arts. 80-87 CP)

Facultad (excepción de aplicación restrictiva: AAP, Las Palmas, Sec. 1ª, 424/2006, 28-06; AAP, Las Palmas, Sec. 1ª, 388/2005, 29-07) discrecional del juez (en ningún caso, beneficio de concesión automática y obligatoria: STS 349/2004, 18-03) para suspender la ejecución de todas las penas privativas de libertad (incluida la responsabilidad personal subsidiaria: AAP, Murcia, Sec. 4ª, 54/2006, 10-05; no cabe la suspensión de las accesorias: SAP, Asturias, Sec. 8ª, 145/2005, 30-06; sólo la del derecho de sufragio: ATC, 1ª, 249/2007, 22-05) no superiores a dos años, mediante resolución motivada (art.80.1 CP), que debe ser expresa (AAP, Las Palmas, Sec. 2ª, 577/2005, 03-12). Como presupuesto de la motivación se atiende fundamentalmente a la peligrosidad criminal (AAP, Madrid, Sec. 16ª, 261/2006, 05-05; AAP, Cádiz, 5ª, 26/2006, 21-02).

Plazo de suspensión: de dos a cinco años, para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves. No se extenderá a la responsabilidad civil (art. 80.2 y 3 CP). Denegada la suspensión puede intentarse la sustitución, respetando la tramitación respectiva (AAP, Huelva, Sec. 1ª, 80/2005, 11-07; AAP, Barcelona, Sec. 6ª, 354/2005, 06-06).

Condiciones generales de suspensión: art. 81 CP

1. Que el condenado haya delinquido por primera vez. (Se amplía este beneficio al que sin ser primario, su incidencia en el delito ha sido meramente esporádica o circunstancial (AAP, Madrid, Sec. 16ª, 296/2006, 24-05; AAP, Zamora, Sec. 1ª, 54/2006, 24-05). No se tendrán en cuenta las anteriores condenas por imprudencia ni los antecedentes penales cancelados. *Delinquir* se suele interpretar como comisión de delitos, aunque el tenor literal del precepto no excluye las faltas. (Incluye delitos y faltas: AAP, Lugo, Sec. 2ª, 1/2002, 02-01; SAP, Madrid, Sec. 17ª, 407/2001, 08-10. Se excluye las faltas: SAP, La Rioja, 29/1998, 30-01).
2. Que la pena impuesta o la suma de las impuestas no sea superior a dos años sin incluir la derivada del impago de multa.
3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles (siempre que el condenado sea solvente: AAP, Toledo, Sec. 1ª, 93/2001, 05-10).

La suspensión quedará **condicionada** (art. 83 CP):

1. A que el reo no delinca durante el plazo fijado conforme al art. 80.2 CP.
2. Si la pena suspendida es la de prisión, el juez podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de determinadas obligaciones o deberes previstos en el art. 83 CP. Si se trata de delitos relacionados con la violencia de género, el juez o tribunal condicionará, en todo caso, la suspensión al cumplimiento de las reglas 1ª, 2ª y 5ª, del art. 83 CP.

Si el sujeto **delinque** durante el plazo de suspensión, el juez o tribunal revocará ésta (art. 84 CP) (es imperativa: AAP, Badajoz, Sec. 3ª, 155/2006, 26-07) (se evidencia a posteriori que sí existía necesidad de pena: AAP, Murcia, Sec. 5ª, 74/2004, 13-04; por haber defraudado el penado el margen de confianza que se le concedió: AAP, Baleares, Sec. 1ª, 368/2006, 29-06) y ordenará la ejecución de la pena (art. 85.1 CP). Si se incurre en falta no hay motivo para revocar la suspensión (AAP, Badajoz, Sec. 3ª, 155/2006, 26-07).

Si el sujeto **infringe las obligaciones o deberes** impuestos (art. 84 CP), el juez o tribunal podrá:

a) sustituir la regla de conducta impuesta por otra.
b) Prorrogar el plazo de suspensión sin que en ningún caso exceda de 5 años. c) Revocar la suspensión si el incumplimiento fuera reiterado (AAP, Toledo, Sec. 1ª, 73/2005, 27-04).

El **incumplimiento de las reglas en delitos de violencia de género** (art. 84.3 CP) determina, en todo caso, la revocación de la suspensión.

Si el sujeto **no delinque** (se entiende dolosamente) durante el plazo de suspensión ni infringe las reglas de conducta, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena (art. 85.2 CP).

En delitos perseguibles mediante querella o denuncia del ofendido, los jueces o tribunales le oirán antes de conceder la suspensión.

Supuestos extraordinarios de suspensión:

A) Enfermos incurables (art. 80.4 CP). (En fase terminal: AAP, Zaragoza, Sec. 3ª, 108/2005, 11-04; con riesgo claro de muerte: AAP, Huelva, Sec. 1ª, 58/2005, 03-05; la acreditación de SIDA no es suficiente por sí sola: AAP, Barcelona, 144/2006, 10-02). Fundamento: razones humanitarias (STC 5/2002, 14-01). Facultad del tribunal sin sujeción a requisito alguno, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

B) Penados drogodependientes (art. 87 CP) (respuesta penal diferenciada a la delincuencia funcional: AAP, Madrid, 4ª, 226/2005, 18-04); el ingreso en prisión resulta contraproducente: AAP, Guipúzcoa, Sec. 1ª, 42/2006, 15-03).

1) No es necesario que sea la primera vez que el sujeto delinque dolosamente.
2) Las penas privativas de libertad pueden sumar hasta cinco años (condición objetiva necesaria: AAP, Guipúzcoa, Sec. 1ª, 79/2005, 08-07).
3) Es preciso que no se haya apreciado la circunstancia eximente de drogodependencia (art. 20.2ª CP) que conllevaría medida de seguridad (art. 102 CP).
4) El hecho delictivo debe cometerse a causa la dependencia a las sustancias del nº 20.2 CP: se interpreta flexiblemente: el consumo de drogas ha provocado el hecho delictivo aunque no afecte a la imputabilidad (STS 144/2003, 03-02; AAP, Las Palmas, Sec. 2ª, 450/2006, 10-07).
5) El sujeto, al tiempo de decidirse sobre la suspensión, debe estar deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin.

6) Si es reincidente, el juez motivará la concesión o no de la suspensión.
7) La suspensión quedará condicionada a que el reo no delinca en el período señalado (de tres a cinco años).
8) Si el reo se halla sometido a tratamiento de deshabituación también se condicionará la suspensión a que el reo no abandone el tratamiento (se entiende abandono definitivo, admitiéndose alguna recaída esporádica).
9) Si el penado incumple las condiciones, el juez o tribunal revocará la suspensión.
10) Si el sujeto no delinque durante el plazo de suspensión, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabituación o la continuidad del tratamiento (AAP, Guipúzcoa, Sec. 1ª, 74/2005, 27-06). De lo contrario, ordenará su cumplimiento salvo que estime necesaria la continuación del tratamiento, en cuyo caso podrá conceder una prórroga del plazo de suspensión no superior a dos años (AAP, Guipúzcoa, Sec. 1ª, 42/2005, 12-04).

C) Suspensión de la ejecución de la pena a enfermos con trastorno mental duradero sobrevenido (art. 60 CP).

Si la situación mental surge tras la sentencia firme condenatoria, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la **pena privativa de libertad** y podrá decretar medida de seguridad privativa de libertad no más gravosa que la pena sustituida (no es posible motivación tácita: STC 25/2000, 31-01).

Si la pena es de otra naturaleza suspenderá, en su caso, la ejecución imponiendo la medida de seguridad que estime necesaria (art. 60.1 CP).
Restablecida la salud mental del penado, cumplirá la sentencia si la pena no hubiese prescrito, salvo que el juez o tribunal de por extinguida la condena o reduzca su duración si su cumplimiento resulta innecesario o contraproducente (art. 60.2 CP).

2. SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (Arts. 88-89CP). Fundamento: prevención especial (AAP, Cáceres, Sec. 2ª, 248/2005, 23-11).
A) Sustitución de la pena de prisión. Supuesto ordinario (art. 88 CP):
1. Facultad del juez o tribunal motivada, previa audiencia de las partes (SAP, León, Sec. 1ª, 95/2005, 07-04; AAP, Valladolid, Sec. 4ª, 198/2006, 15-06).
2. Penas de prisión —concretamente impuestas (art. 88.2 CP)— que no excedan de un año (excepcionalmente dos años: criterio estricto de prevención especial que no puede prevalecer sobre las exigencias de prevención general: AAP, Zaragoza, Sec. 1ª, 257/2005, 09-03) por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, y sólo por trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente en lugar distinto del domicilio de la víctima en delitos de violencia de género. Cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. (En alguna ocasión se interpreta que cabe la sustitución de penas inferiores a un año aunque acumuladas superen esta duración: AAP, Gerona, Sec. 3ª, 131/2004, 02-03. En sentido contrario: AAP, Cuenca, 51/2005, 28-04; AAP, Gerona, Sec. 3ª, 195/2005, 11-04). 3. Que no se trate de reos habituales (concepto de habitualidad art. 94 CP). 4. Podrá el juez, además, imponer la observancia de obligaciones previstas en el art. 83 CP, si no están establecidas como penas en la sentencia por tiempo no superior al de la pena sustituida. Será obligatoria su imposición en delitos de violencia de género (reglas 1ª y 2ª del art. 83.1 CP), junto con la sujeción a programas específicos. 5. Si se incumple la pena sustitutiva, se ejecuta la pena de prisión descontando, de acuerdo con la regla de conversión —art. 88.1 CP—, la parte de tiempo equivalente a las cuotas satisfechas (art. 88.2 CP). 6. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras (art. 88.3 CP).

B) Sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a extranjeros no residentes legalmente en España (art. 89 CP).

1. Si la pena privativa de libertad —concreta, no abstracta: SAP, Barcelona, Sec. 10ª, 232/2005, 21-03; sin límite mínimo: SAP, Madrid, Sec. 1ª, 191/2005, 22-04l)— es inferior a seis años será sustituida en sentencia o en auto motivado posterior, por su expulsión del territorio —medida de seguridad art. 96.3.2ª—, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, considere justificable el cumplimiento de la condena en España. STS 901/2004, 08-07: debe darse una interpretación amplia a esta excepción, para paliar el trato discriminatorio; son intereses económicos y de política penitenciaria: AAP, Cádiz-Ceuta, Sec. 6ª, 141/2005, 26-08.
2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.
3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.
4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.
5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.
6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros.
7. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.
8. Estas disposiciones no son aplicables a los delitos comprendidos en los arts. 312, 313 y 318 bis CP.

3.2. La libertad condicional (arts. 90-93 CP).

Es el último grado de la clasificación penitenciaria (AAP, Barcelona, Sec. 9ª, 216/2006, 23-02; AAP, Madrid, Sec. 5ª, 2633/2005, 07-09).

Requisitos generales para la concesión (art. 90 CP) (todos indispensables: AAP, Madrid, Sec. 5ª, 3018/2005, 06-10):

a) Que se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
c) Que haya observado buena conducta y exista pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 LOGP. No se entenderá cumplida esta circunstancia si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil conforme al art. 72.5 y 6 LOGP (debe hacerse una interpretación flexible de este requisito: AAP, Barcelona, Sec. 9ª, 688/2006, 05-07; debe interpretarse para los condenados solventes: AAP, Barcelona, Sec. 9ª, 912/2005, 13-06).

Condiciones generales de cumplimiento:

- Es aplicable a toda clase de penas privativas de libertad (no aplicable a medidas de seguridad: ATS 2332/1997, 12-11).
- La pena continúa ejecutándose durante este período fuera del establecimiento penitenciario, bajo seguimiento y control del centro penitenciario o de inserción social al que los liberados quedan adscritos.
- El período dura todo el tiempo que falte hasta la extinción de la condena (art. 93 CP).
- Condicionada a que el reo no delinca durante ese tiempo (art. 93 CP).
- El juez puede imponer motivadamente la observancia de reglas de conducta (las del art. 83 CP) o medidas de seguridad (las del art.96.3 del CP) (art. 90.2 CP). Con estas reglas se trata de asegurar el éxito de la libertad condicional: AAP, Madrid, Sec. 5ª, 2633/2005, 07-09.

Revocación (art. 93).

- Por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, si en dicho período el reo delinque (por sentencia firme: AAP, Barcelona, Sec. 9ª, 737/2004, 15-07) o inobserva las reglas de conductas impuestas (ha de tratarse de un incumplimiento palmario y con carácter definitivo de las obligaciones contraídas: AAP, Sevilla, Sec. 4ª, 1695/2004, 05-03; e injustificado: AAP, Barcelona, Sec. 9ª, 779/2005, 19-05).
- Supone reingresar en prisión en el grado penitenciario que corresponda.
- El tiempo pasado en libertad condicional debe ser tenido en cuenta a efectos del cómputo.

Requisitos excepcionales:

1. **Penados que lo merezcan por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales y siempre que no se trate de delitos de terrorismo (art. 91.1 CP):** (con actividad laboral fuera del centro y sin sanciones: AAP, Zaragoza, Sec. 1ª, 700/2003, 24-11).
   - extinción de las dos terceras partes de la condena, siempre que hayan cumplido los requisitos de los párrafos a) y c) del art. 90 CP;
   - decisión facultativa (no *automática* como la antigua redención de penas por el trabajo) del Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes (incentivo al trabajo penitenciario).

2. Penados que lo merezcan por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales y que acrediten participación en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación, en su caso, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo (art. 91.2 CP):
- extinguida la mitad de la condena,
- el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá adelantar la concesión de la libertad condicional en relación con las 2/3 partes hasta un máximo de 90 días por cada año de cumplimiento efectivo.

3. Mayores de 70 años y enfermos incurables —según informe médico— (art. 92 CP): (razones humanitarias: AAP, Huelva, Sec. 2ª, 203/2005, 23-05).
- se les dispensa de un período mínimo de extinción de la condena,
- cumplidos los requisitos a) y c) del art. 90 CP,
- decisión facultativa del juez de vigilancia penitenciaria en función de la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto (no se exige la existencia de un peligro inminente de muerte: STC 48/1996, 25-03; AAP, Madrid, Sec. 5ª, 1939/2006, 08-05),
- si el peligro para la vida fuera patente, acreditado por dictamen del médico forense y de los servicios médicos penitenciarios, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final.

4. Condenados por delitos de terrorismo:
- el pronóstico de reinserción social se entenderá cuando muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades (arrepentimiento y colaboración con la justicia) (art. 90.1 último párrafo CP –del que se suprime la expresión *banda armada* por la Disposición adicional primera de la LO 5/2010),
- si delinque en este período o inobserva las reglas de conducta o incumple las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, suponiendo una extensión de la duración de la condena (art. 93.2 y 3 CP).

5. Excepción al cómputo general de tiempo para la concesión de la libertad condicional (art. 78 CP):
- si a consecuencia de la limitación del art.76.1 CP la pena a cumplir resulta inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el órgano sentenciador puede acordar que el cómputo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de la pena impuesta,
- este acuerdo es preceptivo en el caso de a), b), c) y d) del art. 76 CP (STS, 817/2007, 04-10; SAN, Sec. 4ª, 54/2005, 26-12),
- puede aplicarse excepcionalmente el régimen general de cumplimiento en virtud de pronóstico favorable, circunstancias personales y evolución del tratamiento,
- en delitos de terrorismo sólo es posible esta excepción cuando se hayan cumplido 7/8 partes de la condena,
- este régimen conduce en la mayoría de los casos a la inaplicabilidad de la libertad condicional.

Retroactividad desfavorable:

Los requisitos de concesión de la libertad condicional (arts. 90 y 93.2 CP) son retroactivos conforme a la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio, lo que contradice la prohibición general de retroactividad desfavorable del art. 9.3 CE.

Tema XXXIV

Las penas privativas de derechos

1. Concepto

1.1. Suponen la privación de derechos de índole política, civil o profesional, que provocan en el penado limitaciones de participación en la vida política y social. Su regulación se halla prevista en los arts. 39 a 49 CP.

1.2. El código penal de 1995 y sus sucesivas modificaciones avalan una política-criminal, en materia de penas, tendente a reforzar la aplicación de las denominadas «penas alternativas», en la que destaca el papel fundamental otorgado a las penas privativas de derechos.

2. Clases

2.1. INHABILITACIÓN ABSOLUTA (Arts. 40 y 41 CP)
Contenido: Privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos, aunque sean electivos e incapacidad para obtenerlos, éstos u otros, durante el tiempo de condena.
Duración: Mínimo 6 años-Máximo 20 años.
Sistema de cumplimiento: • La inhabilitación absoluta podrá ser impuesta como pena principal única o acumulada a otra pena si así lo dispusiera el código. En tal caso, se cumplirá de forma simultánea si fuera posible o sucesivamente, en caso contrario. • La inhabilitación absoluta será impuesta preceptivamente como pena accesoria en aquellos delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad de duración igual o superior a los 10 años. Su duración será la del tiempo de la condena (art. 55 CP). • La inhabilitación absoluta podrá ser impuesta para los hechos descritos en los delitos de los arts. 571 a 578 CP por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia (art. 579 CP).

2.2. INHABILITACIÓN ESPECIAL (Arts. 42, 44, 45 y 46 CP)

Clases:

1. **Inhabilitación especial para empleo o cargo público:** privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo y de los honores que le sean anexos. Será necesario especificar en sentencia los empleos, cargos y honores afectados. Incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena (sobre la inhabilitación de «cargos análogos» se ha pronunciado el Tribunal Supremo en SSTS 798/1995, 10-07 y 7/1999, 15-10, entre otras).
2. **Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo:** privación del derecho a ser elegido para cargos públicos, durante el tiempo de la condena.
3. **Inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio:** privación de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.
4. **Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guardia o acogimiento:** privación de los derechos inherentes a la patria potestad y extinción respecto al resto de situaciones, así como incapacidad para obtener dichos cargos durante el tiempo de la condena.
5. **Inhabilitación especial para cualquier otro derecho u otras actividades determinadas en el Código:** inhabilitación para licitar en subastas judiciales o para contratar con las Administraciones Públicas (art. 262.1 CP) o inhabilitación para el ejercicio del derecho de cazar o pescar (art. 334 a 336 CP).

Duración: Mínimo 3 meses-Máximo 20 años

Sistema de cumplimiento:

- La inhabilitación especial podrá ser impuesta como pena principal única o acumulada. En todo caso, deberá guardar relación con el delito cometido a efectos de identificar la clase de inhabilitación especial a imponer.
- La inhabilitación especial podrá ser impuesta como pena accesoria en aquellos delitos que lleven aparejada una pena de prisión inferior a diez años (art. 56 CP). En tales supuestos, deberá verificarse expresamente en la sentencia la vinculación directa con el delito cometido, salvo en el caso de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Su duración será la del tiempo de la condena. Respecto de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad como pena accesoria, existe jurisprudencia discrepante. El Tribunal Supremo la ha reconocido, entendiéndola incluida en la referencia a «cualquier otro derecho» que hace el art. 56.1, 3ª CP, en SSTS 744/2003, 21-05 y 596/2006, 28-04; y la ha inadmitido en SSTS 1378/2004, 29-11 y 815/2006, 13-07. Existe un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 20 mayo 2000.

2.3. PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD (Art. 39 j) y 46 CP)

Contenido: Supone la pérdida de la titularidad de la patria potestad, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. Se trata de una pena grave y distinta de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad (art. 39 b) CP.

Características:

- El art. 46, segundo párrafo CP incorpora la definición, a efectos penales, de la patria potestad. En este sentido, se dispone que ésta comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas.
- Sobre las circunstancias que pueden conducir a la aplicación de esta pena privativa de derechos, vid. STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 1061/2009, en la que el tribunal se plantea la necesidad de privar de la patria potestad, como medida más severa que la pena accesoria de inhabilitación especial.

2.4. SUSPENSIÓN DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO (Art. 43 CP)

Contenido: Privación del ejercicio del empleo o cargo público durante el tiempo de la condena, con posibilidad de reintegración posterior en el servicio. De forma semejante a la inhabilitación especial, se refiere a empleo o cargo determinado.

Duración: Mínimo 3 meses-Máximo 6 años.

Sistema de cumplimiento:

- La suspensión de empleo o cargo público podrá se impuesta como pena principal única o acumulada.
- La suspensión de empleo o cargo público podrá ser impuesta como pena accesoria en aquellos delitos que lleven aparejada una pena de prisión inferior a diez años. En estos casos, no deberá verificarse expresamente en la sentencia la vinculación directa con el delito cometido. Ello se justifica en la incompatibilidad entre el cumplimiento de la pena de prisión y el desempeño efectivo del empleo o cargo público.

2.5. PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES (Art. 47 CP)
Contenido: Inhabilita al penado para el ejercicio del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o imposibilita la obtención del permiso o licencia durante el tiempo fijado en sentencia.
Duración: Mínimo 3 meses- Máximo 10 años
Sistema de cumplimiento: • La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores podrá ser impuesta únicamente como pena principal. • La Ley 15/2007 ha incorporado una nueva regla para la ejecución de esta pena. El art. 47. 3 CP establece que si la duración de esta pena excediera los dos años comportará la pérdida del permiso o licencia.

2.6. PRIVACIÓN DEL DERECHO A TENENCIA Y PORTE DE ARMAS (Art. 47 CP)
Contenido: Inhabilita al penado para la tenencia y porte de armas durante el tiempo fijado en sentencia.
Duración: Mínimo 3 meses- Máximo 10 años
Sistema de cumplimiento: • La privación de este derecho podrá ser impuesta únicamente como pena principal. • La Ley 15/2007 ha incorporado una nueva regla para la ejecución de esta pena. El art. 47. 3 CP establece que si la duración de esta pena excediera los dos años comportará la pérdida de la licencia que habilita para la tenencia y porte de armas.

2.7. PENAS DE ALEJAMIENTO (Art. 48 CP)

Clases:

1. **Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.** Privación de la posibilidad de acudir bien al lugar en que se haya cometido el delito o la falta, bien al lugar de residencia de la víctima o sus familiares si fueran distintos. La autoridad judicial deberá concretar el lugar o lugares a los que el penado no puede acudir.
2. **Prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares o personas que determine el juez o tribunal.** Priva al penado de la posibilidad de acercarse a las citadas personas, allá donde se encuentren: domicilio, lugares de trabajo o cualesquiera otros. Además, esta prohibición suspende el régimen de visitas, comunicación y estancia acordadas en sentencia civil respecto de los hijos del penado. Esta limitación, lógicamente, sólo será operativa en aquellos supuestos en los que el penado no conviva con los hijos y debería limitarse a aquellos casos en los que la medida es necesaria atendida la naturaleza del delito cometido.
3. **Prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares o personas que determine el juez o tribunal.** Priva al penado de la posibilidad de comunicarse con las personas antes señaladas por cualquier medio de comunicación: telemático, oral, escrito y visual.

Duración: Mínima: 1 día-Máxima: 10 años. En la pena de prohibición de aproximación o de comunicación, el mínimo será de 1 mes.

Sistema de cumplimiento:

- Las penas de alejamiento solo podrán imponerse como accesorias (art. 57 CP):
  1. De modo facultativo, en los supuestos de homicidio, aborto, lesiones, delitos contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socio-económico.
  2. De modo obligatorio, en los casos en que la víctima de los delitos citados anteriormente pertenezcan al ámbito familiar en el sentido del art. 173.2.

- Esta pena accesoria se cumplirá de forma simultánea si fuera posible o de forma sucesiva, en caso contrario. Cuando las penas de alejamiento se apliquen de modo simultáneo a la pena de prisión, el art. 57.1, segundo inciso CP ha previsto ampliar la duración de la misma por encima de la pena de prisión por tiempo superior entre uno y diez años si el delito fuera grave y entre uno y cinco si fuera menos grave. Esta excepcionalidad evita los problemas derivados de acordar el cumplimiento sucesivo de las penas de alejamiento, que dejaban desprotegida a la víctima durante el periodo de ejecución de la pena de prisión (permisos de salida, tercer grado o libertad condicional) (STSJ Comunitat Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 1/2007, 11-01).
- Las penas de alejamiento podrás ser controladas telemáticamente.

2.8. TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD (Art. 49 CP)

Contenido: Obliga al penado a asumir voluntariamente el desempeño de actividades de utilidad pública, que podrán consistir en llevar a cabo labores de reparación de los daños causados o de apoyo de asistencia a las víctimas.
La reforma de la LO 5/2010 ha previsto la posibilidad de que los trabajos en beneficio de la comunidad puedan consistir en la participación del penado en talleres, programas formativos o de reeducación laboral, cultural, de educación vial, sexual y otros similares.

Duración: Mínimo: 1 día-Máximo: un año.

Características:
1. Requiere el consentimiento del penado.
2. Deben tener utilidad pública y ser facilitados por la Administración, que podrá establecer convenios con otras entidades, públicas o privadas, que desarrollen actividades de interés público.
3. Deberá respetarse la dignidad del penado
4. Se dispensará al penado una protección similar a la de la legislación penitenciaria, en materia de seguridad social.
5. Su ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria y según lo dispuesto en el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, en el que se regulan las reglas de ejecución de esta pena junto a la de localización permanente.
6. El incumplimiento de la jornada laboral o el bajo rendimiento del penado deberán ser comunicados al Juez de Vigilancia Penitenciaria para que valore si de ellos puede derivarse la voluntad de incumplir la pena. En todo caso, la mera falta al trabajo justificada no podrá interpretarse como quebrantamiento.

Entre las condiciones de cumplimiento de esta pena cabe destacar dos cuestiones:
- La jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias. La duración de la jornada y el plazo en el que deba cumplirse, se fijarán teniendo en cuenta las cargas personales o familiares del penado y sus circunstancias laborales. Esta nueva reglamentación persigue hacer compatible, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de la actividad diaria del penado con el cumplimiento de la pena impuesta.
- La realización del trabajo no será remunerada, aunque se le indemnizarán al penado los gastos de transporte y la manutención.

Sistema de cumplimiento:
- La pena de trabajos en beneficio de la comunidad puede ser impuesta como pena principal, pero nunca como pena única. La necesidad de que el penado consienta hace necesaria su previsión como pena acumulativa o alternativa.
- La pena de trabajos en beneficio de la comunidad cumple una función esencial como pena sustitutoria. En concreto, esta pena puede sustituir tanto a la pena privativa de libertad (art. 88 CP) como a la pena de multa (art. 53.1 *in fine* CP).

Tema XXXV

La pena de multa

1. Regulación legal

Secc. 4ª, Cap. I, Tít. III, Lib. I (arts. 50-53 CP).

2. Concepto

Art. 50.1 CP.

3. Funciones

– *Pena principal* para delitos menos graves y faltas en el caso de las personas físicas (art. 33 CP), bien como pena única o bien como pena alternativa o acumulada a otras de distinta naturaleza; y para las personas jurídicas es *pena principal* (salvo en el art. 570 quáter CP) única o acumulada a otras (siempre pena grave, art. 33.7 CP).

– *Pena sustitutiva* de la prisión de hasta un año, excepcionalmente hasta dos años (art. 88 CP).

4. Distinción con otras sanciones pecuniarias

No toda sanción pecuniaria es una pena de multa. Se diferencia:

- de la *multa administrativa*, en que ésta tiene como presupuesto una infracción administrativa y se impone por la Administración (art. 34). Además, en caso de impago de la multa administrativa nunca se podrá sustituir por privación de libertad (art. 25.3 CE).

- de la *multa procesal*, en que ésta sirve como medio coercitivo para forzar una determinada conducta a quien interviene en un procedimiento (p. ej., art. 420 LECrim).

- del *comiso de los efectos, instrumentos y ganancias del delito*, en que éste no es una pena, sino una consecuencia accesoria, por lo que está permitido que recaiga sobre quien no ha cometido el delito (arts. 127 y 128 CP). La multa sólo puede imponerse a quien es responsable del delito.

- de la *responsabilidad civil ex delicto*, en que ésta se puede imponer a una persona inocente desde el punto de vista penal (art. 118 CP), a favor de un particular (la multa es para el Estado) y lo que pretende es reparar el daño ocasionado a la víctima.

5. Ventajas e inconvenientes de la multa con respecto a la prisión

Ventajas	Inconvenientes
Capacidad de adaptación a cada persona Fácil reparación en caso de error Evita efectos nocivos de la prisión Rentable económicamente No disminuye su eficacia intimidatoria con la reiteración Sustitutivo eficaz de las penas cortas de prisión Adecuada para la responsabilidad penal de las personas jurídicas	No finalidad reformadora Afecta a un bien poseído en distinto grado No tiene carácter estrictamente personal Debilitamiento de la Justicia Supuestos de impago

6. Principales modelos de la pena de multa

Multa global: se condena a una cantidad concreta, una suma global, que resulta de conjugar dos coordenadas: la gravedad del delito y la situación económica del penado.

Sistema de días-multa: estructura bifásica (art. 50.5 CP). 1ª fase: se determina el número de días-multa en función de la gravedad del hecho cometido y de la culpabilidad de su autor; 2ª fase: se determina el importe de cada día-multa conforme a la situación económica del penado. Tiene dos variantes: el sistema escandinavo o de pago único (sin perjuicio de facilidades de pago) y el sistema de multa temporal en el que los pagos aplazados son un elemento esencial de la multa (se pretende disminuir el standard de vida durante el tiempo que se esté cumpliendo). El CP español ha asumido el modelo de pago único (ver el tiempo y forma de pago en el art. 50.6 CP). Principales ventajas del sistema de días-multa: mayor justicia, mayor transparencia y resuelve mejor el problema del impago.

7. Extensión de la multa: art. 50.3 CP

LÍMITE MÍNIMO	LÍMITE MÁXIMO	CÓMPUTO
Personas físicas: 10 días, aunque puede no llegar a alcanzarse en las leyes penales especiales [Disp. Transit. 11ª.1 letra j) CP] o puede quedar por debajo de dicho límite por sucesivas rebajas en grado (art. 71.1 CP). *Personas jurídicas*: Se establece en la Parte Especial en cada delito. No hay ninguno con pena inferior a 6 meses.	*Personas físicas*: 2 años, aunque dos excepciones: como sustitutiva puede llegar hasta 4 años (art. 88 CP) y cuando se imponga una pena superior en grado puede llegar hasta los 30 meses (art. 70.3.9º CP). *Personas jurídicas*: 5 años.	*Personas físicas y jurídicas*: 1 mes = 30 días; 1 año = 360 días (art. 50.4 CP).

8. Importe de la cuota diaria

Art. 50.4 CP: entre un mínimo y un máximo (de 2 y 400 €, para las *personas físicas*; y de 30 y 5.000 €, para las *personas jurídicas*), en función de la capacidad económica del multado, deducida de la totalidad de su patrimonio (activo y pasivo). Si el importe final resulta excesivo en relación a la gravedad de los hechos se puede modular la cuantía de las multas impuestas conjuntamente a la persona jurídica y a la persona física (art. 31 bis, apart. 2 in fine CP).

- ✓ *STS de 12 febrero 2001*: no es preciso efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, sino únicamente deben tomarse en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa.
- ✓ *STC 108/2001:* en caso de falta de motivación de la capacidad económica del acusado, lo que corresponde imponer es el mínimo (en este sentido también la STS de 28 marzo 2003).
- ✓ *SSTS de 7 julio 1999, 20 noviembre 2000, 11 julio 2001, 26 octubre 2001, 30 diciembre 2004, 28 enero 2005, o la de 31 octubre 2005*: cuota mínima sólo para casos de especial miseria o indigencia extrema. En casos normales no es obligatorio acudir al mínimo, siendo también adecuadas cantidades cercanas al mismo.

9. Multa proporcional

Art. 52 CP. Prevista sobre todo para delitos socioeconómicos y de funcionarios (por ejemplo, arts. 285, 286 bis, 291, 292, 295, 301, 305 ss., 319, 368 ss., 386, 428 s., 445 CP) y para las personas jurídicas (arts. 156 bis, 177 bis, 189 bis, 251 bis, 264, 288, 310 bis, 318 bis, 319, 328, 348, 369 bis, 427, 445 CP).

9.1. Opera con múltiplos, divisores o tantos por cientos que se aplican a una magnitud determinada (perjuicio, valor del objeto o beneficio) (para el tráfico de drogas ver el art. 377 CP).

9.2. Para determinar su importe se tiene en cuenta a la vez la gravedad del delito y la situación económica del penado.

9.3. Existen facilidades de pago (art. 52.3 CP).

9.4. Para las personas jurídicas existe un sistema de sustitución de la multa proporcional, en el caso de que no se pueda determinar su importe, por una multa cuantificada conforme al sistema de los días-multa (art. 52.4).

10. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa: art. 53 CP

10.1. *Fundamento*: la inderogabilidad de las penas pecuniarias, esto es, la pena se tiene que cumplir aunque sea de otro modo.

10.2. *Naturaleza*: pena privativa de libertad (art. 35 CP), aunque subsidiaria, es decir, en realidad se imponen dos penas: una de carácter principal, la multa, y otra de carácter subsidiario, la responsabilidad personal subsidiaria. Ésta únicamente resulta aplicable cuando no lo sea la pena principal. El cumplimiento de la pena subsidiaria extingue la ejecución de la pena principal (art. 53.4 CP).

Consecuencias de esta naturaleza: debe figurar en el fallo condenatorio; su ejecución debe estar orientada hacia la reeducación y reinserción social del delincuente (art. 25.2 CE); su regulación está sujeta a reserva de ley orgánica (art. 81 CE); le resulta abonable el tiempo de prisión preventiva (art. 58 CP); le son de aplicación también los límites establecidos legalmente para el concurso real de delitos (art. 76 CP); es posible acordar la suspensión de la misma (arts. 80 ss. CP); y cabe acordar la libertad condicional (arts. 90 ss. CP).

10.3. *Legitimidad*: se discute, aunque el TC ha avalado la constitucionalidad del arresto subsidiario (SSTC 19/1988 y 203/1991).

10.4. *Presupuesto*: insolvencia. Antes de acudir a la responsabilidad personal subsidiaria se abre la vía de apremio (art. 53.1 CP), y aun antes que ésta, es posible adoptar también facilidades para el pago, como modificar el importe de las cuotas (art. 51 CP). Para las personas jurídicas existe también la posibilidad de fraccionarlo durante un período de hasta 5 años (art. 53.5 CP).

10.5. *RPSIM y el doble sistema de la pena de multa*:

- multa proporcional: no hay módulo de conversión (art. 53.2 CP).
- días-multa: módulo de conversión 2 días-multa impagados = 1 día de privación de libertad.

Caso práctico: Se impone una multa de 1 año, 2 meses y 15 días a razón de 5 €/día.

Importe a pagar: 1 año, 2 meses y 15 días = 360 + 60 + 15 días = 435 días · 5 €/día = 2.175 €

RPS impago total: nº de días impagados /2, ignorándose los decimales.

435 días/2 = **217**'5

RPS impago parcial: (importe total – importe satisfecho) / importe cuota diaria. De este resultado se ignoran los decimales, y se divide /2, volviendo a ignorarse también los decimales. Supongamos que paga 347 €.

2.175 € – 347 € = 1.828 / 5 € cuota = **365**'6 días-multa impagados

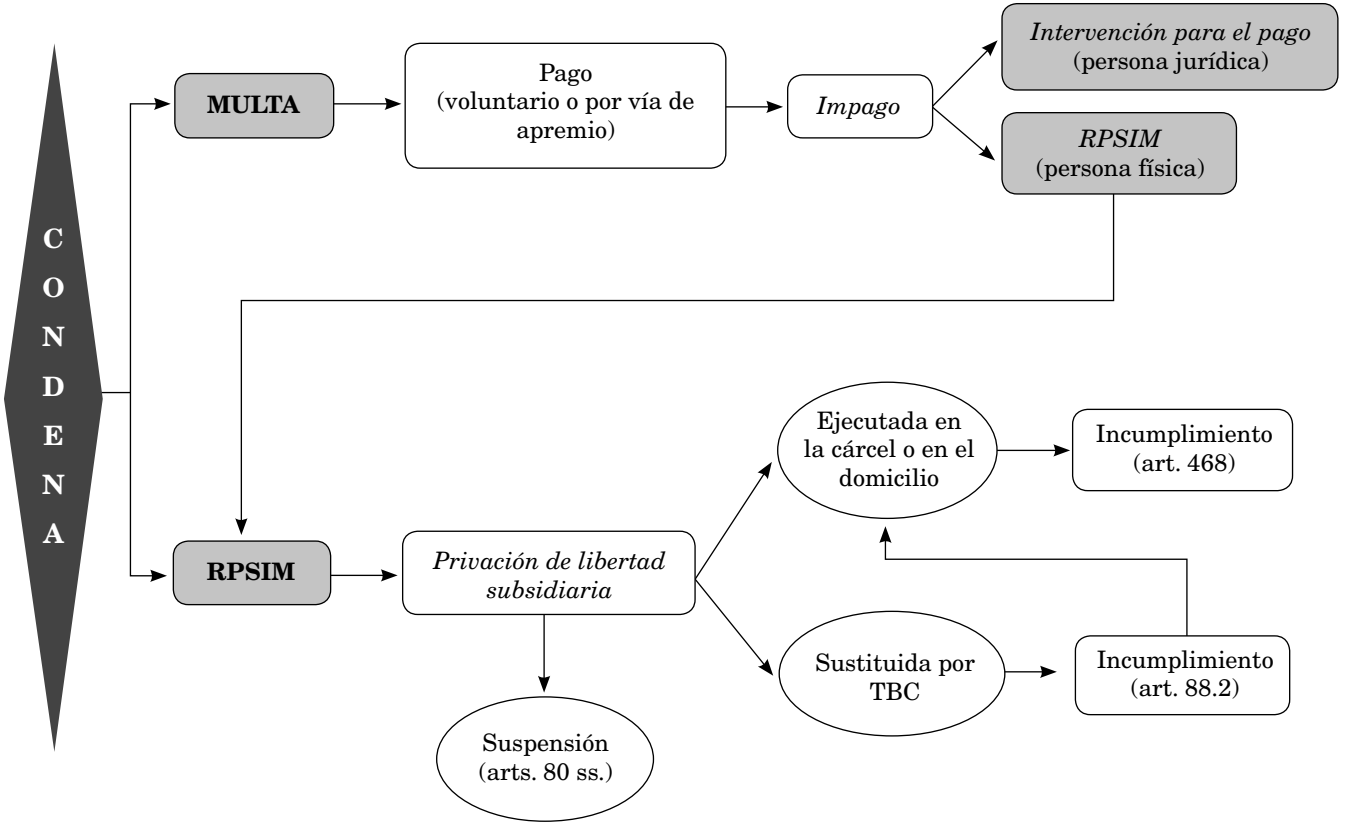
365/2 = **182**'5 días RPS

10.6. *Límites*: mínimo, 1 día; máximo, para la multa proporcional es 1 año (art. 53.2 CP), y por regla general también para los días-multa (art. 50.3 en relación con el 53.1 CP), aunque tiene alguna excepción (art. 70.3.9º CP).

En otros casos ese máximo no podrá alcanzarse, porque se renuncia al cumplimiento de la RPSIM (art. 53.3 CP, la opinión mayoritaria es interpretar este límite de forma extensiva y benévola) (véase el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 1 de marzo de 2005).

10.7. *Personas jurídicas:* intervención judicial hasta el pago total, que más que una RPSIM es sencillamente una garantía de su cumplimiento (art. 53.5 CP). No se trata de sustituir una pena por otra. Su contenido, sería equivalente a una administración judicial (arts. 630 ss. LEC).

10.8. *Cumplimiento*:



Tema XXXVI

Extinción de la responsabilidad penal

1. Concepto

Se trata de causas que provocan la extinción de la responsabilidad criminal del autor del hecho ilícito, y se diferencian de las causas de justificación y de inculpabilidad en que no impiden la afirmación de la existencia del delito, sino que afectan a su perseguibilidad.

2. Causas

(Art. 130 CP): muerte del reo, cumplimiento de la condena, remisión definitiva de la pena, indulto, perdón del ofendido, prescripción del delito, de la pena o de la medida de seguridad.

3. Muerte del reo

Abarca la del responsable sea o no reo y por tanto también extingue también la acción penal (art. 115 LECrim). No incluye las presunciones de fallecimiento (arts. 193 y ss. CC), ni la declaración de ausencia (arts. 181 y ss. CC).

4. Cumplimiento de la condena

Incluye tanto la pena impuesta como la sustitutiva, pero no la responsabilidad civil ni las costas.

5. Remisión definitiva

Por transcurso del plazo de suspensión de la pena (arts. 85.2 y 87.5, II CP).

6. Indulto

(Regulado por la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870-LI).

6.1. *Concepto*: Declaración por la que se remite total o parcialmente la pena impuesta o en ejecución, o su sustitución por otra.

6.2. *Fundamento*: Remedio jurídico para salvar deficiencias de justicia material (STS 1516/2005, 21-01).

6.3. *Naturaleza*: Afecta a la punibilidad.

6.4. *Presupuesto*: Existencia de condena firme.

6.5. *Condiciones*: 1ª. Que no cause perjuicio a terceros o lesione sus derechos; 2ª. Oír a la parte ofendida, en delitos perseguibles sólo de parte; 3ª. Otras según justicia, equidad o utilidad pública.

6.6. *Sujetos*: Reos de cualquier delito, salvo que no estén a disposición del Tribunal sentenciador, reincidentes —excepto circunstancias excepcionales, art. 2, II LI—, o penados por delitos de los Caps. I a V, T. XXI y I del T. XXII, Libro II CP, el Presidente y los miembros del Gobierno de la Nación (art. 120.3 CE).

6.7. *Clases*:

Particulares, afectan a un supuesto concreto.

Generales, afectan a pluralidad de personas; prohibidos —art. 62 i) CE— por atacar la división de poderes.

Totales, remite todas las penas —sólo se otorgará si existen razones de justicia, equidad o utilidad pública, según el Tribunal sentenciador.

Parciales, remite alguna o algunas de las penas o parte de ellas, o conmutan la pena o penas impuestas en otras menos graves, y es preferente frente al anterior.

6.8. *Solicitantes*: Penados, sus parientes o quien obre en su nombre, también el Tribunal sentenciador —quien en todo caso informa las peticiones—, y el TS (cuando dicte segunda sentencia, STS 1099/2006, 11-05) o el Fiscal de los anteriores.

6.9. *Concesión*: Se tramita por el Mº de Justicia y se concede por RD.

6.10. *Suspensión de la pena*: posible, mientras se tramita el indulto (art. 4.3 CP).

6.11. *Efectos*: 1º. Remisión de pena principal y accesoria, excepto la inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad, que deben mencionarse expresamente en la concesión; 2º. No afecta a la indemnización civil ni a costas.

7. Perdón del ofendido

7.1. *Concepto*: Declaración del ofendido o su representante por la que se pone fin a la intervención punitiva que habían instado aquellos —con la excepción del art. 201.2 CP— o, en el caso de los incapaces o desvalidos, también el Mº Fiscal.

7.2. *Fundamento*: El interés de la víctima.

7.3. *Naturaleza*: Afecta negativamente a la procedibilidad.

7.4. *Condiciones*: 1ª. Expreso —firme, absoluto, inequívoco e incondicional, SAP Granada, Sec. 2ª, 176/2006,17-03— oral o escrito; 2ª. Libre; 3ª. Por persona capaz; 4ª. Anterior a la sentencia firme —o posteriormente en caso de faltas, art. 639, III CP—, pero ya cometido lo injusto.

7.5. *Supuestos*: Únicamente los contemplados expresamente en la Ley: arts. 201.3, 215.3, 267, III y 639, III CP.

7.6 *Concesión*: Por el ofendido o sus representantes. En injustos contra menores o incapaces puede ser rechazado por el Juez, oído el Mº Fiscal y nuevamente el representante del otorgante.

7.7. *Efectos*: Interrupción del procedimiento.

8. Prescripción del delito

(Arts. 131 y 132 CP).

8.1. *Concepto*: Extinción de la responsabilidad por transcurso del tiempo entre el momento de la comisión y el de enjuiciamiento.

8.2. *Fundamento*:

- ✓ «*Olvido*», con el transcurso del tiempo se ha debilitado el recuerdo del delito en la sociedad, y la pena es inútil [Crítica: El «olvido» no impugna la necesidad de protección de los bienes, y está reñida con el escalonamiento de los plazos para la prescripción].
- ✓ «*Prevención general*», imposibilidad de lograr esa finalidad [Crítica: El efecto intimidante se logra aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la comisión delictiva].
- ✓ «*Enmienda presunta*», ausencia de necesidad de pena desde la prevención especial [Crítica: Imposible fundamentación en nuestro Ordenamiento Jurídico en el que la comisión de otro delito no interrumpe el plazo].
- ✓ «*Dificultades probatorias*», por el transcurso del tiempo [Crítica: ¿Por qué, entonces, distintos plazos para los diferentes delitos? ¿Y el Genocidio? ¿No resulta ya operativa para los problemas de prueba la presunción de inocencia?]
- ✓ «*Seguridad jurídica*», que no se prolongue indefinidamente la incertidumbre de la amenaza penal [Crítica: No hay incertidumbre puesto que el Derecho Penal asegura la imposición de la sanción en cuanto logre someter al sujeto a enjuiciamiento, dado que el título que da «derecho a la pena» es la comisión del delito y este se ha realizado].
- ✓ *Mixto* (procesal y sustantivo), fines de la pena y seguridad jurídica (STC 63/2005,14-03).

8.3. *Naturaleza*:

- ✓ *Sustantiva* (mayoritaria en España e Italia): Afecta a la punibilidad, en coherencia con el fundamento de la institución vinculado a los fines de la pena.
- ✓ *Procesal* (mayoritaria en Alemania y Francia): la prescripción está conectada con el si y el cómo de la actividad procesal, y se constituye en condición de procedibilidad. Es, en todo caso, independiente del derecho a un proceso sin dilaciones (STC 301/1994,14-11).

8.4. *Plazos*: *Principios generales*, 1º. Delitos de lesa humanidad, genocidio y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el art. 614 CP, no prescriben, y tampoco lo delitos de terrorismo si hubieran causado la muerte de una persona; 2º. Han de entenderse re-

feridos los plazos al límite máximo del marco penal; 3º. Si la pena es compuesta rige la que exige mayor tiempo (art. 131.3 CP), aunque una sea facultativa y no haya sido impuesta (STS 629/2001, 09-04); 4º. El cómputo comienza desde el día de comisión del delito —en los injustos de resultado separable, en el momento en que éste acontece, STS 678/2006, 07-06; si el delito es continuado, permanente o habitual, el cómputo comienza desde el día de la última infracción, o desde que se eliminó la ilicitud o cesó la actividad. En el concurso medial el plazo cuenta desde la última acción (STS 706/2007 06-06); 5º. Cuando, en determinados delitos —art. 132.1, II CP—, la víctima fuera menor, el término corre desde la mayoría de edad, y en caso de fallecimiento desde éste.

✓ *Términos*:

- 20 años si la pena máxima es prisión de 15 o más años
- 15 años si la pena máxima es inhabilitación o prisión por más de 10 años
- 10 años si la pena máxima es prisión o inhabilitación por más de 5 años
- 5 años los demás delitos excepto calumnia e injuria que prescriben al año
- 6 meses las faltas (en faltas perseguidas en procedimiento por delito, se estará al título de imputación aunque finalmente se condene por falta —STS 311/2007, 20-04; en el enjuiciamiento conjunto de hechos calificados unos de delito y otros de falta, la valoración del plazo de la falta no puede hacerse con independencia del objeto del proceso integrado por una pluralidad de acciones, con distinta calificación —STS 311/2007, 20-04)
- en concurso de infracciones o en infracciones conexas, el que corresponda al delito más grave.

✓ *Interrupción*: Cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta:

No obstante lo anterior:

1º. El procedimiento se entiende dirigido contra una persona desde que se dicte la resolución judicial en que se le atribuye su participación en el hecho.

2º. La presentación de querella o denuncia ante el órgano judicial interrumpe la prescripción por 6 meses en caso de delito y 2 de falta. Si dentro de estos plazos se dicta resolución contra cualquier implicado, la interrupción se entenderá retroactivamente producida en la fecha de presentación de la querella o denuncia.

3º. Si dentro de los plazos señalados recae resolución firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia, o de no dirigir el procedimiento contra la querellada o denunciada, la prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia.

- *No interrumpe*: la realización de diligencias sin contenido sustancial y que no contribuyen a la prosecución del procedimiento (STS 263/2005, 01-03).

- *Interrumpen*: Las actuaciones con contenido sustancial propio y reveladoras de que la investigación avanza (STS 1486/2004,13-12).

✓ *Reanudación*: Desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena:

a) El cómputo se reinicia desde cero (STS 12/03/1993);

b) Es irrelevante la causa de la inactividad (STS 1467/1992,18-06) y el responsable (STS 1097/2004,07-09);

c) No cabe sumar entre sí los diferentes tiempos de paralización, sino que ha de existir una paralización continuada durante el plazo legal (STS 263/2005,01-03).

9. Prescripción de la pena

(Arts. 133 y 134 CP).

9.1. *Concepto*: Extinción de la responsabilidad por transcurso del tiempo entre el enjuiciamiento y el cumplimiento de la condena, o desde su interrupción por quebrantamiento.

9.2. *Fundamento*: Se repiten algunos de los argumentos utilizados en la prescripción del delito, como las invocaciones al «olvido», a la «prevención general», a la «especial» y a la «seguridad jurídica», a los que se une una invocación al «Aumento del contenido aflictivo de la pena», al prolongarse, más allá del plazo de duración de ésta, el efecto estigmatizador.

9.3. *Naturaleza*: Sustantiva (afecta a la punibilidad).

9.4. *Plazos*: *Principios Generales*: 1º. Las penas por genocidio, delitos de lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo las castigadas en el art. 614 CP, no prescriben; tampoco prescribirán las penas impuestas por terrorismo, si se hubiera causado la muerte de una persona; 2º. El cómputo comienza desde el día de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena; 3º. El cómputo no comenzará si el sujeto estuviere cumpliendo ya una condena a la que se deba acumular una nueva de cumplimiento sucesivo; 4º En caso de pluralidad de penas de cumplimiento sucesivo el plazo corre simultáneamente para todas si se da la causa; 5º. Si se están cumpliendo penas sucesivas, el plazo de la siguiente empieza a correr cuando se extinga la anterior. 6º. La referencia se efectúa a la concreta pena impuesta, y por cumplir, en la Sentencia condenatoria, debiendo descontarse los períodos de prisión preventiva y los indultos parciales pues equivalen a una parte del cumplimiento. 7º. El plazo prescriptorio es superior a la duración de la pena impuesta para evitar la «pena del torpe» (criterio que quiebra con las penas superiores a treinta años), es decir: que el que eluda, mediante el quebrantamiento de la

pena, la ejecución de ésta, vea extinguida su responsabilidad criminal antes del que cumplió la sentencia en sus propios términos. 8º El plazo de prescripción de la pena es superior al del delito por existir ya condena firme.

- ✓ *Términos*:
  - A los 30 años las de prisión por más de 20 años.
  - A los 25 años las de prisión por más de 15 años.
  - A los 20 años las de prisión e inhabilitación por más de 10 años.
  - A los 15 años las de inhabilitación por más de 6 años y las de prisión por más de cinco años.
  - A los 10 años las restantes penas graves.
  - A los 5 las penas menos graves.
  - Al año las penas leves.
- ✓ *Supuestos particulares*: 1º. Penas compuestas, debe aplicarse el plazo correspondiente a la pena más grave; 2º. Penas accesorias, prescriben al mismo tiempo que las principales.
- ✓ *Interrupción*: Con el comienzo de ejecución de la pena.
- ✓ *Reanudación*: Con el quebrantamiento de la condena. No cabe sumar entre sí los diferentes tiempos de paralización, sino que ésta ha de ser continuada durante el plazo legal.

10. PRESCRIPCIÓN DE LA MEDIDA

(Art. 135).

10.1. *Concepto*: Extinción de la medida por transcurso del tiempo

10.2 *Fundamento*: Para la doctrina tradicional carece de fundamentación al estar unida la medida a un estado peligroso que está vinculado al sujeto. Modernamente, sin embargo, se fundamenta bien en razones de seguridad jurídica, bien en que el paso del tiempo sin la realización de nuevos hechos hace venir a menos la razón de su imposición.

10.3. *Naturaleza*: procesal.

10.4. *Plazos*: *Principios Generales*: 1º. El cómputo comienza desde la firmeza de la resolución; 2º. En caso de cumplimiento sucesivo el cómputo comienza desde que debió empezar a cumplirse; 3º. Si el cumplimiento de la medida fuere posterior

al de la pena, el plazo se computa desde la extinción de ésta (a pesar de esta previsión, el art. 99 CP ordena que primero se cumpla la medida y luego la pena).

- ✓ *Términos*:
  - A los 10 años las privativas de libertad superiores a 3 años.
  - A los 5 años todas las demás.
- ✓ *Interrupción*: Con el comienzo de ejecución de la medida.
- ✓ *Reanudación*: Con el quebrantamiento. No cabe sumar entre sí los diferentes tiempos de paralización, sino que ésta ha de ser continuada durante el plazo legal.

Tema XXXVII

La responsabilidad civil "ex delicto" y las costas procesales

1. La responsabilidad civil "ex delicto"

1.1. Concepto y competencia:

Concepto (art. 109 CP)	La responsabilidad civil *ex delicto* es la obligación de reparación de los daños y perjuicios causados por la ejecución de un hecho descrito en la Ley como delito o falta. Su regulación se establece de manera específica en el CP (art. 1092 CC).
Competencia (art. 109.2 CP)	*a) Régimen general*: La jurisdicción penal es competente para resolver sobre la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 112 LECrim), que el Ministerio Fiscal debe exigir junto con la penal en favor de los perjudicados (art. 108 LECrim). *b) Régimen especial:* La jurisdicción civil también puede ser competente (arts. 111 LECrim y 109.2 CP), siempre que exista una renuncia expresa en el proceso penal (art. 108 LECrim). El procedimiento civil debe quedar en suspenso hasta que se resuelva sobre la acción penal (arts. 111 y 114 LECrim y 40.2 LEC).

1.2. La extensión y la cuantificación de la responsabilidad civil:

EXTENSIÓN (arts. 110 a 113 CP)	**Restitución (art. 111 CP)**	*a) Obligación*: Debe restituirse el bien objeto del delito, abonando los daños que se hubieran producido. Cabe declarar la nulidad de los contratos objeto del delito y de aquéllos derivados de estos (STS 362/2010, 28-04). *b) Restitución por terceros*: Deben restituir el bien los terceros que los tengan en su poder aunque la adquisición haya sido legal y de buena fe. El tercero obligado a restituir tiene derecho de repetición contra el que se lo haya trasmitido y a ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. *c) Excepción por irreivindicabilidad*: El tercero que haya adquirido el bien con las formalidades legales para hacerla irreivindicable no tiene obligación de restituir.

EXTENSIÓN (arts. 110 a 113 CP) (cont.)	**Restitución (art. 111 CP) (cont.)**	Son supuestos de irreivindicabilidad de bienes muebles los regulados en los arts. 464.2 y 3, 1940 ó 1955 CC y 85, 86, 324, 560 ó 561 CCom; y de bienes inmuebles, los regulados en los arts. 1957 CC y 34 LH, que consagra el principio de la fe pública registral (STS 1939/2001, 27-10).
	Reparación del daño (art. 112 CP)	*a) Obligación:* Debe repararse el daño causado, mediante obligaciones de dar, hacer o no hacer. En delitos de injurias y calumnias se incluye la publicación o divulgación de la Sentencia condenatoria (art. 216 CP); en delitos de impago de pensiones el pago de las cantidades adeudadas (art. 227.3 CP) y en los delitos contra el medio ambiente restaurar el equilibrio ecológico (art. 339 CP). *b) Ejecución*: El Tribunal decidirá si la reparación debe cumplirla directamente el culpable o un tercero a su costa.
	Indemnización de perjuicios (art. 113 CP)	*a) Obligación:* Deben indemnizarse los perjuicios materiales o morales causados. *b) Indemnización a terceros:* Debe indemnizarse no sólo a la persona agraviada, sino también a familiares o terceros a los que se hubieran producido perjuicios. Es de destacar que la mera circunstancia de la consanguinidad no es suficiente para determinar la existencia de daño moral y cabe apreciarlo incluso respecto a personas no integradas en el ámbito familiar (SSTS 1625/2003, 27-11, y 879/2005, 04-07). La extensión en los delitos contra la propiedad intelectual se regirá por su Ley reguladora (art. 272 CP).
CUANTIFICACIÓN (arts. 114 y 115 CP)	*a) Compensación de culpas:* Cabe moderar su importe atendiendo a la contribución que el comportamiento de la víctima hubiera tenido en el daño causado (art 114 CP) (STS 98/2009, 10-02). *b) Deber de motivación de la cuantificación de la responsabilidad:* Las bases para cuantificar la indemnización deben establecerse razonadamente en la resolución judicial que declare su existencia o en el momento de su ejecución (art. 115 CP). Su cuantía se rige por el principio dispositivo y puede estar tasada por la ley, como ocurre con la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), que tiene carácter orientativo en caso de delitos dolosos (STS 71/2010, 09-02).	

1.3. Las personas civilmente responsables:

<table>
<tr><td>La responsabilidad civil de los responsables penales (art. 116 CP)</td><td colspan="2">a) Obligación: Los responsables penales, sean personas físicas o jurídicas, son también civiles si del delito o falta se han derivado daños o perjuicios. Si hay varios responsables penales debe señalarse la concreta cuota en que debe responder cada uno.
b) Responsabilidad civil solidaria: Los diversos autores responderán solidariamente entre sí. Igualmente lo harán los cómplices entre sí. La responsabilidad civil de las personas jurídicas declaradas responsables penales será solidaria con las personas físicas condenadas por los mismos hechos.
c) Responsabilidad civil subsidiaria: Los autores y los cómplices responderán subsidiariamente entre sí, comenzando siempre por los bienes de los autores.
d) Derecho de repetición entre los responsables penales: El responsable penal que hubiera pagado cuotas de responsabilidad civil de otros condenados tiene derecho de repetición contra los demás.</td></tr>
<tr><td rowspan="4">La responsabilidad civil en los casos de exención de la responsabilidad penal (arts. 118 y 119 CP)</td><td>Obligación de resolver (art. 119 CP)</td><td>El juez penal deberá resolver sobre las eventuales responsabilidades civiles que correspondan en los casos de absolución por concurrir una causa de exención de la responsabilidad criminal.</td></tr>
<tr><td>Legítima defensa (art. 20.4º CP)
Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7º CP)</td><td>La absolución por estas causas implica, en todo caso, la exención de la responsabilidad civil.</td></tr>
<tr><td>Anomalía alteración psíquica (art. 20.1º CP)
Alteraciones de la percepción (arts. 20.3º CP)</td><td>Son responsables civiles directos los que ejecutan el hecho y los que los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que medie culpa o negligencia por su parte.
El órgano judicial debe graduar la medida en que deba responder cada uno de estos responsables civiles (art. 118.1.1ª CP).</td></tr>
<tr><td>Estado de necesidad (art. 20.5º CP)</td><td>Es responsable civil directo la persona a favor de quien se produjo el mal. De ser varios, lo serán en la proporción al perjuicio evitado, si es estimable, si no lo es, al prudente arbitrio del órgano judicial.
La indemnización se acordará conforme a las leyes y reglamentos especiales cuando las cuotas no sean asignables, se extienda a las Administraciones Públicas, a la mayoría de una población o el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o sus agentes (art. 118.1.3ª CP)</td></tr>
</table>

La responsabilidad civil en los casos de exención de la responsabilidad penal (arts. 118 y 119 CP) (cont.)	**Miedo insuperable (art. 20.6º CP)**	Es responsable civil directo quien causó el miedo y subsidiario quien ejecutó el hecho (art. 118.1.4ª CP)
	Intoxicación plena (art. 20.2º CP) y Error (art. 14 CP)	Es responsable civil directo quien ejecutó el hecho (art. 118.1.2ª y 118.2 CP)
La responsabilidad civil subsidiaria (arts. 120 y 121 CP)	**Concepto**	Es la obligación de pago de las responsabilidades civiles por quienes no son responsables del delito, en defecto de los responsables civiles directos.
	Padres o tutores (art. 120.1º CP)	Por los daños causados por los mayores de 18 años sujetos a su patria potestad o tutela que vivan en su compañía, siempre que haya culpa o negligencia por su parte. La culpa o negligencia hay que probarla (STS 473/1999, 26-03).
	Propietarios de medios de comunicación (art. 120.2º CP)	Por los delitos cometidos utilizando dichos medios, a excepción de los delitos de injurias y calumnias en que serán responsables directos, solidariamente con los autores (art. 212 CP)
	Propietarios de establecimientos (art. 120.3º y 4º CP)	a) Por los delitos cometidos en sus establecimientos cuando el hecho no se hubiera producido si sus administradores o empleados no hubieran infringido reglamentos o disposiciones de la autoridad relacionados con el hecho (art. 120.3º CP) (STS 108/2010, 14-02). La infracción reglamentaria debe ser causalmente influyente del hecho valorando las circunstancias del caso concreto (STS 35/2005, 20-01). b) Por los delitos cometidos por sus administradores o empelados en el desempeño de sus obligaciones (art. 120.4º CP). No es suficiente que el delito se haya producido en circunstancias coincidentes con la actividad laboral, sino que se requiere que la conducta tenga relación con el cometido concreto de la actividad laboral, ya que no es una mera culpa *in eligendo* o *in vigilando* (STS 239/2010, 24-03).
	Propietarios de vehículos (art. 120.5º CP)	Por los delitos cometidos en la utilización de aquéllos por personas autorizadas.

La responsabilidad civil subsidiaria (arts. 120 y 121 CP) (cont.)	**Administraciones Públicas (art. 121 CP)**	Por los delitos cometidos por autoridades, funcionarios, empleados o contratados como consecuencia de los servicios que tuvieran confiados. También debe incluirse a las empresas privadas con convenios de colaboración con las Administraciones, al ser un vinculo funcional (STS 1212/2006, 25-10). Esta responsabilidad es independiente de la responsabilidad patrimonial administrativa derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, sin que pueda producirse duplicidad indemnizatoria. El ejercicio de la acción de responsabilidad civil directa obligatoriamente debe simultanearse con el de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública en el proceso penal.
La responsabilidad civil directa en supuestos especiales (arts. 117 y 122 CP)	**Las compañías de seguros (art. 117 CP)**	Por el daño que se produzca en el marco de los riesgos cubiertos por el contrato, hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada (STS 173/2009, 27-02). Se excepciona cuando el objeto asegurado sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito (STS 437/2007, 10-05). Las compañías aseguradoras tienen derecho de repetición (STS 639/2009, 12-06).
	Las personas que se lucran con los efectos del delito (art. 122)	Quedan directamente obligados a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño los que no habiendo participado en el delito han obtenido un beneficio a título gratuito, por lo que no es necesario que conozcan la procedencia ilícita de ese beneficio (STS 986/2009, 13-10).
	Otros	*Titulares de medios de comunicación (art. 212 CP):* Los propietarios de medios de comunicación a través de los cuales se haya cometido un delito de injuria o calumnia serán responsables civiles directos de los daños causados por estos delitos

1.4. Cumplimiento de las responsabilidades civiles

<table>
<tr><td>Fraccionamiento del pago (art. 125 CP)</td><td colspan="2">Se puede fraccionar el pago, con previa audiencia del perjudicado, cuando los bienes del responsable civil no sean suficientes para satisfacer de una vez las indemnizaciones impuestas.

El periodo e importe de los plazos se establecerá atendiendo a las necesidades del perjudicado y las posibilidades económicas del responsable civil.</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Orden de prelación de pagos (art. 126 CP)</td><td>En delitos perseguibles de oficio (art. 126.1 CP)</td><td>Cuando no haya bienes suficientes se imputará el pago en el orden siguiente:
1. Responsabilidades civiles.
2. Indemnización al Estado por los gastos hechos por su cuenta en la causa.
3. Costas del acusador particular, cuando se impongan en Sentencia.
4. Restantes costas, incluidas las de las defensas del procesado.
5. Multa.</td></tr>
<tr><td>En los delitos perseguibles a instancia de parte (art. 126.2 CP)</td><td>Igual que el anterior, si bien las costas del acusador privado serán preferentes a la indemnización al Estado</td></tr>
<tr><td>En delitos contra la salud pública (art. 378 CP)</td><td>Igual que en los delitos perseguibles de oficio, si bien el pago de la multa será preferente al pago de cualquiera de las costas, incluidas las del acusador particular.</td></tr>
<tr><td>Fondos de garantía y solidaridad con las víctimas</td><td colspan="2">El pago de las responsabilidades civiles es asumido legalmente por el Estado en caso de insolvencia de los responsables civiles, con diversas limitaciones, en supuestos como los delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995, de 11 de noviembre) o de terrorismo (Ley 32/1999, de 8 de octubre).

El Estado puede personarse en el proceso penal, como perjudicado, al subrogarse en los derechos de las víctimas de los hechos violentos y de las agresiones sexuales (STS 1032/2007, 03-12).</td></tr>
</table>

2. Las costas procesales

Extensión (art. 124 CP)	Las costas procesales comprenden los gastos ocasionados en el proceso judicial. En los delitos perseguibles a instancia de parte deben incluirse los honorarios de la acusación particular. En los delitos perseguibles de oficio, la regla general es incluir también estos honorarios, salvo cuando su intervención hubiera sido notoriamente superflua, inútil o gravemente perturbadora o sus peticiones fueren absolutamente heterogéneas a las acogidas por la sentencia (STS 96/2007, 13-02).
Imposición (art. 123 CP)	Las costas procesales se entienden impuestas a los criminalmente responsables de todo delito o falta.

Tema XXXVIII

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. Societas delinquere potest

– La Ley Orgánica 5/2010 introduce en el Código Penal la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**. A partir de su entrada en vigor, las personas jurídicas podrán ser penadas por los delitos que les sean imputables.

– El Tribunal Constitucional (STC 246/1991) ha considerado que la responsabilidad de las personas jurídicas en Derecho Administrativo Sancionador es compatible con los principios de culpabilidad y personalidad de la sanción. Esa doctrina puede trasladarse **con las lógicas cautelas** al ámbito penal, pues pese a que en el Derecho Administrativo Sancionador rigen los mismos principios y garantías que en el Derecho Penal, no lo hacen con el mismo nivel de intensidad (STC 56/1998).

❑ Dejando aparte el debate sobre qué concreto modelo de sanciones a personas jurídicas (penal o administrativo) sea más *útil*, *razonable* o *efectivo*, no parece que quepa alzar objeciones de *constitucionalidad* a este sistema por el hecho de imponer *penas* a las personas jurídicas. Si se admite que cabe imponer a una persona jurídica multas o interdicciones en sede *administrativa*, no parece que quepa objetar nada a imponer esas mismas sanciones no ya por un órgano administrativo, sino por un Juez o Tribunal penal imparcial, tras un procedimiento contradictorio con todas las garantías.

2. Rasgos fundamentales del nuevo modelo

a) Obliga a enjuiciar y castigar a las personas jurídicas por los delitos que les sean imputables (no es *facultativo* para el Juez o Tribunal, sino *obligatorio*).
b) Sólo hay responsabilidad penal de personas jurídicas por un catálogo cerrado de delitos (sistema *numerus clausus*).
c) Sólo cabe imputar a la persona jurídica delitos cometidos *en su provecho*… ✓ … por su *administrador o representante*; o ✓ … por *alguien bajo la autoridad del administrador o representante*, siempre que ello haya sido posible debido a que la persona jurídica no prestó el debido control.
La pena fundamental es la **multa**, pero en casos de personas jurídicas con **especiales perfiles de peligrosidad** pueden adoptarse penas más graves con clara vocación preventivo-especial, tendentes a impedir la continuidad de la actividad delictiva.

3. La persona jurídica como sujeto activo

- El precepto no define el término "persona jurídica". Se estará al concepto extrapenal de persona jurídica (no es aplicable la definición de *sociedad* del art. 297, que abarca sólo *una clase* de personas jurídicas).
- Entidades carentes de personalidad jurídica sólo podrán ser sometidas al régimen específico del art. 129 CP.
- El art. 31 bis 5 excluye del ámbito de la responsabilidad penal "*al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*". La exclusión de algunas de estas entidades parece político-criminalmente muy difícil de explicar.
  - No obstante, las entidades excluidas de la responsabilidad penal de personas jurídicas **podrán ser penadas** si constituyen *"una mera forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal"*.

4. Dos vías de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas

Art. 31 bis 1. *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

4.1. Delito cometido por el administrador de hecho o de derecho, o por el representante, en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho

4.1.1. Administrador de hecho o de derecho y representante

• Los conceptos **"administrador de derecho"** y **"de hecho"** son de manejo habitual en el Derecho penal español. Según la STS 26-7-2006 (RJ 816),

– *"Por* ***administradores «de derecho»*** *se entiende en cada sociedad* ***los que administran en virtud de un título jurídicamente válido*** *y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil".*

– *"Los* ***«de hecho»*** *serán todos los demás que hayan ejercido* ***tales funciones*** *en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales,* ***se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por si sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad****, y concretamente las expresadas en los tipos penales,* ***quien de hecho manda o gobierna desde la sombra****".*

– El concepto "administrador de hecho" no abarca mandos intermedios o sujetos con cierta capacidad de decisión pero **supeditada** a la dirección o supervisión del administrador de derecho, pues **un subordinado del administrador de derecho no es un administrador de hecho**. La conducta de estos sujetos sólo podrá desencadenar responsabilidad penal de la persona jurídica por la vía de la *culpa in vigilando* (art. 31 bis 1, 2º inciso).

• El término **representante** debe interpretarse en sentido estricto: quien ejerce la representación de la sociedad extendida a *"a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos"* (art. 234 Ley de Sociedades de Capital, RD. Legl 1/2010). Por el contrario, los concretos *apoderados*, que estaban incluidos en versiones anteriores del art. 31 bis (*"empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica"*) fueron excluidos específicamente de la versión final.

4.1.2. En nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho

• **En nombre o por cuenta de la persona jurídica**: la conducta del administrador o representante debe tener lugar en el marco de sus funciones empresariales.

– Evidentemente, la comisión de delitos no integra ninguna función empresarial; lo que se exige es que el administrador o representante realice su conducta *en tanto que administrador o representante*, desviándose del correcto ejercicio de sus funciones.

• **En provecho de la persona jurídica**: ya sea como ***beneficio*** empresarial o como ***ahorro de un coste*** a sabiendas de que con ello se incrementa el riesgo de un resultado delictivo (o debiendo haberlo sabido).

4.2. Segunda vía de imputación: el delito cometido por un empleado, debido a que la persona jurídica no ha prestado el debido control

4.2.1. Los sujetos sometidos a la autoridad de los administradores y representantes

• La referencia es extensa, y no se limita a los trabajadores de la empresa, sino que abarca todo sujeto que opere *integrado bajo el ámbito de dirección* de los administradores.

4.2.2. En ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica

• El delito debe haber sido cometido por el trabajador ***actuando por la empresa***, es decir, en ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la entidad.

• El ***provecho*** de la persona jurídica con frecuencia tendrá lugar de modo *indirecto*. Así, el trabajador que pretenda mejorar su rendimiento (y, con ello, el beneficio de la empresa) para aumentar su prestigio ante sus superiores o para mejorar su *bonus*, actúa *en provecho* de la entidad.

4.2.3. El delito ha podido cometerse por no haber ejercido sobre el trabajador el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso

• Es el verdadero criterio de imputación de responsabilidad a la persona jurídica: el incumplimiento del debido control sobre los trabajadores. Es una infracción del cuidado debido que ha de ser *imputable a la persona jurídica*.

• Las entidades están obligadas a ejercer control sobre las personas a su servicio para evitar que en el ejercicio de las actividades sociales cometan delitos en su provecho: a adoptar ciertos *estándares de prevención de delitos*. Si el incumplimiento de este deber permite que un trabajador cometa un delito en provecho de la persona jurídica, se imputará responsabilidad penal a ésta.

– El Código Penal, a diferencia de otras regulaciones de nuestro entorno, no da indicaciones sobre cuáles son esos estándares. Por ello, la única medida de la diligencia exigida puede encontrarse en las mejores prácticas existentes en el mercado.

• La referencia al control debido "en el caso concreto" exige analizar la diligencia prestada ***en relación con el concreto tipo delictivo***: ¿había adoptado la persona jurídica medidas para la evitación de *ese* delito?

– DIFERENCIA ENTRE ***ADOPCIÓN*** *Y* ***EJECUCIÓN*** *DE MEDIDAS PREVENTIVAS*: la mención al cuidado debido "en el caso concreto" se debe referir a la diligencia exigible *a la persona jurídica en tanto que tal* (planificando y evaluando las medidas de control debidas), y no a la *concreta ejecución* de dichas medidas. Si la persona jurídica ha adoptado diligentemente medidas suficientes pero éstas han sido **deficientemente ejecutadas** *en el caso concreto* (por ejemplo: un cuadro medio no ha ejecutado la vigilancia que le corresponde), no cabrá hablar de responsabilidad de la persona jurídica (lo contrario sería tanto como hacer responder *siempre* a la persona jurídica por la falta de vigilancia de sus trabajadores).

• El incumplimiento del debido control puede tener lugar:

✓ como *dejación imprudente* (lo que será más sencillo de probar);

✓ como *tolerancia dolosa (con dolo directo o eventual) de la dirección de la entidad ante el delito del subordinado*; o, *a fortiori*,

✓ como directa *inducción* a su comisión, en una modalidad que sería encuadrable en ambas vías de imputación.

• Sin embargo, el CP no introduce una *diferencia de marco penal* entre la tolerancia imprudente y la dolosa, o incluso aquella que forma parte de una *política de empresa*. La única posibilidad de contemplar esa diferencia está en la facultad genérica del juez para la consideración de todas las circunstancias del hecho en la determinación de la pena. Esto parece muy criticable.

• En cualquier caso, para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, **la falta del "debido control" del art. 31 bis 1 debe haberse debido, como mínimo, a *imprudencia grave***, ya que el fallo organizativo por *culpa levis* o *levissima* no puede fundamentar responsabilidad penal, en coherencia con el criterio general del Código Penal de no considerar constitutiva de delito la imprudencia leve.

4.3. Exigencias derivadas del principio de culpabilidad

• ***La persona jurídica no debe poder ser penada por conductas que no le sean imputables a ella. Ello exige, como mínimo, que estén bajo su capacidad de dirección***. A la persona jurídica no se le pueden reprochan penalmente las infracciones de sus empleados, sino sólo *sus* propias infracciones.

• Ello es posible cuando el delito haya sido posible debido a un ***defecto de organización***, una omisión del cuidado debido en la evitación de delitos en su seno. Dicho ***defecto de organización*** es la *conducta* propia de la persona jurídica sobre la que se fundamenta el reproche penal.

• El *segundo inciso* del art. 31 bis 1 (responsabilidad de la persona jurídica por delitos de sus empleados posibilitados por la ***falta del control debido***) incorpora esa exigencia de modo claro. Sin embargo, en el primer inciso no la recoge de modo explícito.

• Pese a que el art. 31 bis no lo recoge expresamente, se trata de una exigencia derivada del principio de culpabilidad, de rango constitucional (STC 150/1991, ATC 337/1991), por lo que deberá hacerse una interpretación del precepto *conforme a Constitución*.

– Por ello, si la persona jurídica había dispuesto *medidas idóneas para la prevención de delitos de sus administradores* (i.e. con verdadera capacidad preventiva) no cabrá imputarle responsabilidad penal a la persona jurídica si uno de sus administradores cometiese un delito *soslayando fraudulentamente dichas medidas*, actuando a espaldas de la organización y del resto de los integrantes de los órganos de gobierno (así se recoge en otros ordenamientos de nuestro entorno, como en el art. 6 del Decr. Leg. Italiano 231/2001).

– Si no existen estas medidas, por lo general cuando la dirección de la empresa adopta una determinada conducta delictiva ésta es imputable sin dificultad a la propia persona jurídica.

4.4. Autonomía e independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Art. 31 bis.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es *autónoma e independiente* de la de la persona física que haya ejecutado materialmente el delito:

- ❑ **No es necesario que haya condena a la persona física** para condenar a la persona jurídica. Basta para condenar a la persona jurídica que haya sido suficientemente probado que un sujeto de los aludidos en las dos vías de imputación ha cometido el delito, aunque
  - no se haya podido descubrir exactamente *quién fue*,
  - no se haya podido dirigir el procedimiento contra él,
  - haya fallecido; o
  - se haya sustraído a la acción de la justicia.
- ❑ Las **circunstancias agravantes** y las **atenuantes relativas a la culpabilidad** que concurran en la persona física **no son trasladables a la persona jurídica.**
- ❑ **No es aplicable la regulación de la *coautoría* y la *participación delictiva* entre personas físicas y jurídicas.**
- ❑ **No es necesario que el delito de la persona física (administrador o empleado) llegue a consumarse** para poder imputar responsabilidad penal a la persona jurídica: en este sentido, la mención al "delito" en el art. 31 bis abarca tanto el delito *consumado* como el *intentado* (a menos, lógicamente, que el motivo de la no consumación sea precisamente *la diligencia de la persona jurídica, sus administradores o empleados en la prevención del delito*).
  - Se echa en falta la posibilidad de adaptar la pena a la diferente gravedad de los hechos dependiendo de si la conducta de la persona física se ha consumado o no.

Coordinación de la responsabilidad de la persona física y la jurídica en los casos de pena de multa

- Como excepción a la señalada autonomía e independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el art. 31 bis 2 establece lo siguiente:
  - *"Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos".*
- Esta regla se prevé para casos de pequeñas empresas, en las que a efectos materiales la economía de la *persona física* del administrador y la de la *persona jurídica* de la empresa coinciden en buena medida. Por ello, se acude a una fórmula que es empleada con frecuencia en la evitación del *bis in idem*.

5. SÓLO HAY RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PARA UN CATÁLOGO CERRADO DE DELITOS

- Se trata de un sistema *numerus clausus*: sólo hay responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos que específicamente indique el Código Penal. Estos delitos son los siguientes:
  - ✓ Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis).
  - ✓ Trata de seres humanos (177 bis).
  - ✓ Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis).
  - ✓ Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197).
  - ✓ Estafas y fraudes del art.251 (art. 251 bis).
  - ✓ Insolvencias punibles (art. 261 bis).
  - ✓ Daños informáticos (264).
  - ✓ Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288).
    - ❑ *ATENCIÓN: El art. 288 olvida asignar pena alguna a los delitos del art. 284.*
  - ✓ Blanqueo de capitales (art. 302).
  - ✓ Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis).
  - ✓ Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis).
  - ✓ Delito de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319).
  - ✓ Delitos contra el medio ambiente (art. 327 y 328).
  - ✓ Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343).
  - ✓ Delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348).
  - ✓ Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis).
  - ✓ Falsedad en medios de pago (art. 399 bis).
  - ✓ Cohecho (art. 427).
  - ✓ Tráfico de influencias (art. 430).
  - ✓ Corrupción de funcionario extranjero (art. 445).
  - ✓ Organizaciones o grupos criminales (art. 570 quater).
  - ✓ Financiación del terrorismo (art. 576 bis).

- **Respecto de un grupo adicional de delitos** no cabe declarar responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero el Código prevé **la *facultad* del juez de adoptar "medidas accesorias" del art. 129 CP.**
  - ✓ Alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262).
  - ✓ Obstrucción a la actividad inspectora o supervisora (art. 294 CP).

- ✓ Delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP).
- ✓ Delitos de riesgo producido por explosivos y agentes similares (art. 348 CP).
- ✓ Delitos alimentarios y farmacéuticos (art. 366).
- ✓ Falsedad de moneda (art. 386).

Parece un error de técnica legislativa: estos preceptos se remitían al antiguo art. 129 CP, que contenía el régimen de "consecuencias accesorias" para personas jurídicas de aplicación facultativa para el Juez. Sin embargo, con el cambio de modelo y la introducción del sistema de **responsabilidad penal** de las personas jurídicas, el art. 129 pasa a albergar un contenido distinto (medidas para entes *sin personalidad jurídica*)… pero el Legislador **no reformó las remisiones de estos tipos penales al art. 129.**

6. PENAS IMPONIBLES

6.1. El catálogo de penas

- El art. 33.7 contiene el catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas. Allá donde el Código Penal prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para un concreto delito, establece también *qué penas* se les pueden imponer por su comisión.

  Art. 33.7 CP. "Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

  a) ***Multa*** *por cuotas o proporcional.*

  b) ***Disolución*** *de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*

  c) ***Suspensión de sus actividades*** *por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

  d) ***Clausura de sus locales y establecimientos*** *por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

  e) ***Prohibición de realizar en el futuro las actividades*** *en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*

  f) ***Inhabilitación*** *para obtener* ***subvenciones y ayudas públicas****, para* ***contratar con el sector público*** *y para* ***gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social****, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*

  g) ***Intervención judicial*** *para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa

6.2. La multa para personas jurídicas

- La multa es la **pena básica** del sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas: está prevista como pena obligatoria en **todos** los tipos penales que pueden generar esta clase de responsabilidad.
- Igual que en las multas a personas físicas, se contemplan dos modalidades de multa:
  - ✓ **multa *por cuotas diarias*:** su régimen es prácticamente el mismo que para las personas físicas, con dos especificidades: el número mínimo de cuotas es *diez* (art. 50.3) y la cuantía oscila entre *30* y *5000* euros diarios (art. 50.4).
  - ✓ **multa *proporcional***, calculada en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida.
    - ❑ Cuando esta cuantía no pueda ser calculada, el art. 50.4 ofrece unos baremos para el cálculo alternativo de su importe.
      - *a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
      - *b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.*
      - *c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.*
- El art. 53.5 contempla un régimen de **fraccionamiento** del pago de la multa cuando su cuantía ponga en peligro la supervivencia de la empresa o el mantenimiento de sus puestos de trabajo, o cuando por otro motivo lo aconseje el interés general.

6.3. Penas interdictivas y disolución

- Tienen un *fundamental contenido preventivo-especial:* están dirigidas a *impedir la continuidad de la actividad delictiva*.

- Por su carácter interdictivo, pueden afectar enormemente a la actividad de la persona jurídica, a sus puestos de trabajo o incluso a su propia supervivencia.
- Por todo ello, el CP pretende que se empleen con gran cautela: sólo procede imponerlas cuando se den *especiales circunstancias de peligrosidad en la persona jurídica*, y si su aplicación no aparece contraindicada por tener más efectos negativos que positivos.

NECESIDAD DE UNA PENA INTERDICTIVA: TRIPLE JUICIO DEL ART. 66 BIS 1º		
Juicio Preventivo-especial	Necesidad de la pena para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.	*Es el criterio fundamental Si en el momento de imponer la pena la persona jurídica no muestra especial riesgo de comisión de nuevos delitos, no procede aplicar esta clase de penas.*
Impacto social de la pena	Atención a las consecuencias económicas y sociales de la eventual imposición de dicha pena, y especialmente los efectos para los trabajadores.	*Exige que el juez pondere razonablemente ciertas consecuencias sociales de la pena para evitar reacciones desproporcionadas.*
Grado de implicación de la dirección	Puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.	*Criterio auxiliar para ubicar dónde reside el fallo organizativo.*

- Esa misma cautela se plasma en ciertos **requisitos adicionales** que deben concurrir a la hora de determinar la *duración* de estas penas.

DURACIÓN DE LAS PENAS INTERDICTIVAS Y LA DISOLUCIÓN: REQUISITOS ESPECIALES		
Requisito general	En la imposición de una pena interdictiva con duración *limitada* su duración no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.	
Duración superior a 2 años	Al menos 1 de estos 2 requisitos	– Reincidencia de la persona jurídica.
		– Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales*.
Duración superior a 5 años (o definitiva)	Al menos 1 de estos 2 requisitos	– Multirreincidencia de la persona jurídica.
		– Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales*.

6.4. Determinación de la pena

- ❑ Para determinar la pena atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, **el art. 66 bis se remite a las reglas de determinación de la pena del art. 66.1** *con exclusión de la regla 5ª relativa a la multirreincidencia* (circunstancia que, como se acaba de ver, tiene aquí un régimen específico).
- ❑ **Agravantes**: sólo se tomarán en consideración las agravantes genéricas del art. 22 CP que por su naturaleza sean aplicables a las personas jurídicas.

* Con criterio criticable por su gran indeterminación, el art. 66 bis 2 considera que habrá utilización instrumental de la persona jurídica para fines delictivos "siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal".

❑ **Atenuantes:** el art. 31 bis 4. establece las únicas cuatro atenuantes aplicables a personas jurídicas. Se trata de cuatro modalidades de ***conducta posdelictiva positiva***: el Legislador pretende promover la colaboración con la Justicia y la introducción de medidas preventivas de delitos en las empresas, y ofrece a la persona jurídica una *rebaja* en su pena si adopta dichas conductas.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

*a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a **confesar** la infracción a las autoridades.*

*b) Haber **colaborado en la investigación** del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*

*c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a **reparar o disminuir el daño** causado por el delito.*

*d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, **medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse** con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*

6.5. Previsión como medidas cautelares

- El art. 33.7 *in fine* establece que podrán adoptarse como medidas cautelares durante la instrucción de la causa:
  - ✓ la **clausura** temporal de los locales o establecimientos,
  - ✓ la **suspensión** de las actividades sociales y
  - ✓ la **intervención** judicial.

7. LÍMITES A LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Para evitar que se soslaye fraudulentamente la responsabilidad penal de la persona jurídica mediante operaciones societarias de fusión, absorción o mediante disoluciones aparentes, el art. 130.2 CP establece lo siguiente:

"La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en

todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos".

- ❑ **Transformación y escisión:** el Legislador *levanta el velo* cuando una persona jurídica se ha transformado en otra (o cuando su realidad económica se ha escindido en dos o más).
- ❑ **Absorción y fusión:** en estos casos, la entidad infractora *se disuelve, integrándose en una persona jurídica mayor* (la *absorbente* o la *resultante de la fusión*). El art. 130.2 declara que *la entidad absorbente o la resultante de la fusión será hecha responsable*, aunque moderándose su responsabilidad "*en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella*", pues lo que se pretende es sancionar a la misma realidad económica que cometió el delito, pese a que ahora esté integrada en el seno de una entidad mayor.
  - ✓ *Esta regla presenta problemas de constitucionalidad, pues obliga a juzgar y condenar a una persona jurídica (p. ej., la entidad absorbente) que no ha cometido ninguna infracción. Distinto sería si en vez de un "traslado de la responsabilidad" (algo sumamente conflictivo) se limitase únicamente al ámbito de las multas y tratase de un mero expediente de "corresponsabilidad en el pago de una pena pecuniaria".*
- ❑ **"Disolución aparente"**: tiene lugar cuando, pese a que formalmente se ha extinguido la persona jurídica, en realidad lo único que ha hecho es *transformarse*, adoptando la forma de una nueva entidad. Ello se evidencia cuando haya una continuidad sustancial en la actividad económica, la clientela, los proveedores y los empleados. En estos casos, el Legislador *levanta el velo y* la entidad será hecha responsable independientemente de la nueva forma que haya adoptado.
  - ✓ La expresión "disolución encubierta" es confusa. Lo que se encubre no es la *disolución*, sino precisamente lo contrario: la *continuidad*, es decir, el hecho de que la persona jurídica en realidad *no ha sido disuelta*.

8. RÉGIMEN PARA ENTIDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

- Para evitar lagunas de punibilidad cuando la infracción se comete mediante entidades *carentes* de personalidad jurídica, el CP mantiene un régimen de "consecuencias accesorias" para estos entes.
- Cuando el delito o falta haya sido cometido **en el seno, con la colaboración, a través o por medio** de una entidad sin personalidad jurídica, el Juez o Tribunal **tiene la facul tad** (no la obligación) de imponer una "medida accesoria".

- Esas "medidas accesorias" son ***las penas interdictivas*** (art. 33.7, letras **c** a **g**), más la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, lícita o ilícita.
- Requisitos de aplicación:
  - ✓ cuando se cometa uno de los delitos para los que el CP prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero desde la estructura de un ente sin personalidad jurídica; o
  - ✓ cuando un específico precepto del CP directamente remita a estas *medidas*.
- Adolece de una grave indefinición de ulteriores presupuestos ante los cuales el Juez o Tribunal debe decidir si ejerce esta facultad impone o no una intervención tan gravosa
- Estas medidas también pueden ser adoptadas como medidas cautelares.