

Introducción

El Derecho Penal se divide en dos partes, Parte General y Parte Especial. La Parte General es aquello común a todas las figuras delictivas y se compondría por una introducción, la teoría del delito y la teoría de las consecuencias jurídicas. La introducción y la teoría de las consecuencias jurídicas compondrían la Parte General I y la teoría del delito la Parte General II.

Legislación:

La legislación penal en España se compone del Código Penal español, que entró en vigor en mayo de 1996, aprobado previamente por LO 10/1995, de 23 de noviembre.

Ha sufrido reformas importantes, dada la situación actual de “tolerancia 0”, las últimas reformas van en la línea de castigar más, elevando la penas hasta los 40 años y con cumplimiento prácticamente efectivo, la incorporación de nuevos delitos “dudosos”... Quedando el principio de intervención mínima en “crisis”.

El Código Penal español sigue la tradición de los códigos napoleónicos, el primero fue de 1822, el siguiente y más importante fue el de 1848, con modificaciones importantes como la de 1870. Sigue la idea de grandes compilaciones napoleónicas para recoger toda la materia jurídica en un único código, por eso el Derecho Penal está mayoritariamente recogido en el Código Penal.

Pero no es la única legislación penal, también existen leyes penales especiales que recogen materias concretas, a veces desde una perspectiva general incluyendo un capítulo dedicado a lo penal, y otras exclusivamente penales.

Una ley penal especial muy importante es el Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985, que recoge los delitos militares. Otras leyes penales especiales importantes son:

- La Ley de Represión del contrabando de 12 de diciembre de 1995.
- La Ley Electoral General de 19 de junio de 1985 con un apartado de delitos electorales.
- Ley de Control de Cambios de 10 de diciembre de 1979 que contiene algunos delitos monetarios. Fue modificada por Ley Orgánica en 1983, antes tenía más importancia, pero desde la implantación del € es menos importante.
- Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, ley un poco anacrónica que da lugar a problemas de interpretación, de 24 de diciembre de 1964, que contiene delitos en el ámbito de la navegación aérea.
- Por último y muy importante la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de 12 de enero de 2000, donde se regula la responsabilidad penal de los menores de 18 años, desde 14 a 18 años se regula esta responsabilidad, por debajo de los 14 años no hay responsabilidad penal.

La responsabilidad penal en principio parece una competencia de ámbito estatal, pero la membresía a organizaciones internacionales lleva a que haya delitos que no emanan de nuestras Cortes, lo que favorece que se apliquen normas internacionales penales.

Además España ha aceptado la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, que ha adquirido importancia, y es también importante lo que supone para el Derecho Español.

Código Penal:

El Código Penal de 1995 mantiene la estructura clásica de los códigos penales españoles, pero introduce una novedad con el Título Preliminar; tradicionalmente la estructura clásica dividía el código en tres libros:

- Título Preliminar: Artículos 1 a 9. Se añade en el nuevo Código Penal este Título Preliminar que contiene muy pocos artículos. Se denomina de las Garantías Penales y de la Aplicación de la Ley Penal, núcleo principal de la introducción. Una cuestión importante del Título Preliminar es que se aplica y es válido para toda la legislación penal, ya se recoja en el Código Penal o en leyes especiales, así lo dice el art. 9: “Las disposiciones de este título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas”.
- Libro I: Artículos 10 a 137. Contiene lo que falta de la Parte General, todo lo relativo (o buena parte) de la teoría del delito y de las consecuencias jurídicas. Este Libro I se aplica también de manera supletoria a la legislación penal.

A partir del artículo 138 comienza la Parte Especial que se divide en dos libros por una tradición que se sigue; en España se recogen dos tipos de delitos, los delitos en sentido estricto o más graves, y otros delitos menos graves o faltas. El Libro II y III recogen las infracciones criminales.

- Libro II: Artículos 138 a 616 bis. Contiene los delitos en sentido estricto, las infracciones criminales..
- Libro III: Artículos 617 a 639. Recoge las faltas.

Además el Código Penal incluye una serie de disposiciones transitorias muy importantes.

El Código Penal antiguo empezaba por los delitos contra la seguridad del Estado, y ahora en cambio comienza por los que afectan a la vida, debido a la prioridad actual de garantismo de los derechos y libertades de las personas, para contrastar con lo anterior.

TEMA 1 - El Derecho Penal y su posición en el ordenamiento jurídico

CONCEPTO, CONTENIDO Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL:

Derecho Penal y Ciencia de Derecho Penal:

La doctrina del concepto de Derecho Penal habla en dos sentidos, aunque uno es prioritario:

1. Derecho Penal en sentido objetivo: Nos referimos al Derecho Penal como un conjunto de normas con ciertas características. El Derecho en general se puede definir como un conjunto de normas y este subconjunto se diferencia por ciertas características.

El art. 138 CP establece: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”. La estructura de cualquier norma jurídica podríamos decir que es un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, pero no es así necesariamente.

Las normas contienen un uso directivo del lenguaje (conseguir algo mediante palabras). Es el lenguaje que se usa en las normas porque su objetivo es que alguien haga algo (acate), y en caso contrario (en caso de no acatar la norma) la estaría infringiendo. El art. 138 CP sería una norma infringida por un Tribunal si no aplica la pena.

Binding dijo que el delincuente no infringe una norma penal, sino que realiza un hecho que se ajusta a la ley penal.

Para que una norma se pueda infringir debe tener unos elementos:

- a. Emisor (legislador).
- b. Sujeto destinatario.
- c. Contenido (en cuanto a aquello que se debe realizar o no realizar).
- d. Ocasión (momento o circunstancia para la acción u omisión)

Luego además existen unos requisitos para la eficacia de la norma, para que funcione de acuerdo al carácter instrumental de las normas: es necesario que la norma llegue al destinatario, que sea conocida, que no incurra en error...

Por ejemplo en el art. 138 CP el emisor es el legislador; el sujeto destinatario es el juez, que es a quién va referido el verbo castigar, y el contenido es aplicar una sanción a quien ha matado. Es una norma secundaria (Filosofía del Derecho) porque el delincuente lo que hace es incumplir una norma primaria (que sería prohibido matar).

La norma primaria va dirigida a todos los miembros de la sociedad, aunque a veces puede ir dirigida a sujetos concretos; la norma secundaria no (jueces, tribunales, funcionarios...) La regla primaria se dirige a los ciudadanos y pretende conseguir de ellos acciones u omisiones. Una regla primaria define los delitos.

Existe una relación entre norma primaria y secundaria, si el destinatario de una norma primaria la incumple, una forma de responder es estableciendo otra norma, una norma secundaria que encarga a los jueces y tribunales que castigue el incumplimiento de la norma primaria. La norma secundaria reacciona frente a la infracción de la norma primaria, y sirve a la vez para favorecer el cumplimiento de la primaria (si tiene consecuencias negativas condiciona el comportamiento).

Si se infringe la norma secundaria se podría acudir a una norma terciaria, ya que la secundaria sería la primaria para el juez, y la terciaria la secundaria para otro juez de un rango superior (Tribunal Supremo) para castigar el delito de prevaricación que supondría el incumplimiento por parte de un juez de la norma secundaria. Si el Tribunal Supremo prevarica también, la LOPJ prevé que en esos casos se establecerá una sala superior compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo y los presidentes de las distintas salas. Pero en caso de que éstos prevariquen no hay ninguna norma que establezca consecuencia jurídica alguna.

El Código Penal lo que contiene son normas secundarias que presuponen la existencia de normas primarias.

El Derecho Penal en sentido objetivo podría definirse como el conjunto de normas relativas a delitos y estados de peligrosidad criminal y a sus consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad).

El Derecho Penal es un conjunto de normas secundarias de sanción que prevén la imposición de penas a quienes infrinjan normas primarias de comportamiento que definen delitos, y de normas secundarias que imponen medidas de seguridad frente normas primarias definen los estados de peligrosidad criminal.

Elementos básicos del Derecho Penal serían:

- a. Normas primarias y secundarias, (que definen)
- b. Delitos y estados de peligrosidad criminal (y se establecen como consecuencias jurídicas)
- c. Penas y medidas de seguridad.

Lo característico del Derecho Penal frente a otras ramas del Derecho, es que se refiere a delitos, penas y medidas de seguridad, que no se encuentran en otros derechos. El Derecho Penal es un derecho sancionador, de hecho su propio nombre incluye una consecuencia jurídica. En algunos países se utiliza también la expresión de Derecho criminal.

Lo propio del Derecho Penal es el tipo de conductas (delito) prohibidas por las normas primarias frente a las cuales se desatan unas consecuencias jurídicas establecidas en las normas secundarias (penas o medidas de seguridad).

El aparcamiento en doble fila en principio no es un delito, pero si bloquea la entrada a un hospital e impide llegar a una ambulancia que debe dar un rodeo durante el cual el enfermo muere, y el informe pericial dice que se habría salvado si hubiese llegado a tiempo a urgencias, supondría un delito de homicidio imprudente.

Los delitos son infracciones jurídicas especialmente graves (diferencia cuantitativa). Son las infracciones más graves del ordenamiento. Los hechos socialmente más graves están recogidos en normas penales. El crimen es el delito más grave, pero en España no se diferencia.

- a. Hecho leve sancionado.
- b. Delito como falta.
- c. Delito (violaciones más graves del ordenamiento jurídico).

El delito se caracteriza por su especial gravedad. De acuerdo a esta gravedad en España los delitos se clasifican en delitos graves, delitos menos graves y faltas, por debajo se encuentran las infracciones administrativas.

Aunque la sanción penal de alguna falta sea inferior a las infracciones administrativas, tiene un elemento de mayor gravedad que supone la apertura del procedimiento penal. Aunque la pena sea muy pequeña, tiene un efecto psicológico sobre el sujeto y la sociedad mucho más acentuado que una infracción administrativa.

Lo mismo pasa con las penas, algunas sólo se dan en Derecho Penal, otras como una multa puede ser penal o una sanción administrativa. Pero hay penas que sólo impone el Derecho Penal, las sanciones privativas de libertad.

2. Derecho Penal en sentido subjetivo: “Ius puniendi”, derecho del Estado a castigar, derecho a penar. El ius puniendi en una sociedad se concentra de manera exclusiva en el Estado (en los Estados modernos). España aunque es un Estado autonómico las Comunidades Autónomas no tienen competencias directas en Derecho Penal, las tiene el Estado a través de las Cortes Generales, que son las únicas que pueden legislar sobre Derecho Penal.

Función del Derecho Penal:

Normalmente se identifica con la función de la pena y la medida de seguridad, esto se remonta a la obra de Feuerbach de finales del siglo XIX, gran penalista alemán de la Ilustración, en cuya primera gran obra comienza hablando de la función del Derecho con teorías de finalidad de la pena.

Se puede decir en este sentido que el Derecho Penal, como cualquier otro derecho, tiene instrumentos para la configuración y mantenimiento de una determinada estructura social y una determinada sociedad, y esto se hace mediante normas. Otra función del Derecho Penal es la de orden protector de bienes jurídicos. El Derecho Penal además protege aquellos bienes jurídicos fundamentales, frente a ataques intolerables.

Por tanto el Derecho Penal es un medio de control social que contribuye a la configuración y mantenimiento de una determinada estructura social mediante la protección de medios jurídicos fundamentales.

Estos bienes jurídicos fundamentales se convierten en bienes jurídico-penales. Los bienes jurídicos para ser protegidos penalmente hay que examinar cada sociedad concreta y determinar cuáles son los bienes jurídicos considerados más importantes. Generalmente una buena pista se obtiene de la Constitución. La Constitución por ejemplo protege derechos fundamentales como la vida, la libertad, derechos como el honor, también en distinta medida la propiedad... Sólo se protegen frente a ataques intolerables.

Las normas primarias del Derecho Penal determinan qué comportamientos activos u omisivos son delito, esto es, qué comportamientos lesionan o ponen en peligro gravemente los bienes jurídicos fundamentales de forma intolerable. Estas normas primarias se dirigen al ciudadano de manera imperativa y obligatoria.

Para apoyar el cumplimiento de las normas primarias y conseguir sus mismos fines, las normas secundarias crean un contexto coactivo que favorece el cumplimiento de las primarias. Las normas secundarias operan preventivamente, favorecen el cumplimiento de las normas primarias, y a su vez como reacción frente al incumplimiento de las normas primarias.

Las normas secundarias están relacionadas con los fines de la pena, que son fines preventivos (entre otros). Se distingue entre una función preventivo-general (dirigida a la comunidad para evitar delitos) y una función preventivo-especial (dirigida al delincuente concreto, trata de evitar que reincida).

Derecho Penal y Ciencias Penales:

Hay distintas ciencias dentro de la ciencia penal:

1. Ciencia del Derecho Penal o dogmática jurídico-penal: Ciencia que se ocupa del conocimiento y sistematización racional de las normas penales. La dogmática parte de un sistema jurídico dado y trata de dar un sistema explicativo válido para la docencia y los tribunales.
2. Política criminal: Es aquel sector de la política relativo a la forma de tratar la delincuencia por medio del Derecho Penal. Muy distinta de la dogmática pero deben actuar a la par, de la mano. La política criminal no parte de un sistema jurídico dado sino que trata de fijar las bases de cómo tratar el problema criminal

mediante Derecho; trata de analizar la situación y hace propuestas para introducir normas penales, critica la aplicación o una determinada norma penal.

Por ejemplo se discute el tratamiento penal del problema de las drogas, del aborto...

3. Criminología: Ciencia empírica que estudia el delito y el delincuente en cuanto fenómeno individual y social. También la ciencia interdisciplinaria, se vale del aporte de distintas ciencias (biología criminal, antropología criminal, medicina criminal, sociología criminal...)

Tiene una enorme importancia en la lucha con la delincuencia porque ofrece los datos que se deben tener en cuenta para que la política criminal sea adecuada (intenta averiguar las causas del crimen).

4. Ciencia o técnica criminalística: Más que una ciencia se considera una técnica que se relaciona con el conocimiento del delito y del delincuente (CSI) Supone en ocasiones cambios radicales como en casos de abusos sexuales (datos genéticos).
5. Medicina legal: Rama de la medicina que reúne los conocimientos médicos que sirven de auxilio a la labor de los jueces. Enormemente importante en los delitos contra las personas, especialmente en homicidio y lesiones (forense).

POSICIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO:

El Derecho Penal como rama del Derecho Público:

El Derecho Público a diferencia del Derecho Privado no regula las relaciones entre los particulares sino entre el sector público y los ciudadanos.

El Derecho Penal es un Derecho eminentemente público, lo que nos da una idea de lo que esto significa y que tiene como consecuencias:

- El titular del ius puniendi es el Estado (ni víctimas ni otros distintos).
- Mediante el Derecho Penal se busca proteger los intereses sociales, no sólo los del ciudadano (se protegen los intereses del ciudadano en la medida en que son intereses sociales).
- En los procesos penales interviene el Estado por medio de su representante, que es el fiscal, que actúa como acusador. Puede haber otros acusadores privados, pero en cualquier caso tiene que intervenir el fiscal.
- Por último como nota más destacada, en el Derecho Penal como regla general resulta irrelevante la actitud de la víctima frente al delito. Es decir, los delitos son delitos públicos que se persiguen con independencia de que la víctima o sus herederos quieran perseguirlos o no. Así lo establece el art. 101 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal al decir que la acción penal es pública, cualquiera puede actuar frente a quien haya cometido un delito y el Ministerio Fiscal tiene la obligación de actuar de oficio cuando lo conozca. Por eso, en general, el perdón de la víctima o que no quiera perseguir el delito carece de importancia. En EEUU la víctima puede no perseguir el hecho y el Estado tampoco tiene porqué hacer (justicia más privada).

Pese a esto hay sin embargo una serie de delitos que no son públicos, sino privados, o al menos semipúblicos. Son delitos sólo perseguibles a instancia de parte, por ejemplo delitos contra el honor como las injurias y calumnias (imputación a otro de haber cometido un delito); las deudas no son delito, sólo lo son si es estafa (adquisición de la deuda con la intención de no pagar). Esto es así porque en ocasiones el procedimiento público provoca un daño añadido que puede resultar más gravoso que la compensación (algo que quiera camuflarse). La excusa absolutoria de parentesco se da si se produce un daño patrimonial y hay relación familiar.

Otro delito perseguible a instancia de parte es el delito de descubrimiento y revelación de secretos (delito contra la intimidad). Es más, en este delito de descubrimiento y revelación de secretos, es uno de los pocos en que el perdón del ofendido tiene eficacia y supone la desaparición de la responsabilidad criminal en algunos casos (cuando la ley así lo prevé, art. 130.5 CP)

También algunos delitos sexuales, aunque esto ha ido cambiando progresivamente, antes eran eminentemente privados y sólo se perseguían si la víctima quería, y el perdón suponía la desaparición de responsabilidad criminal. Actualmente son semipúblicos, los delitos sexuales del art. 191.1 CP sólo se persiguen si hay denuncia de la víctima o de su representante, y siendo menores además del Ministerio Fiscal; también desde hace poco el Ministerio Fiscal mediante querrela. El art. 191.2 CP establece que “en estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase”.

Otros delitos perseguibles a instancia de parte son la reproducción asistida sin consentimiento (no incluido en delitos sexuales), el abandono de familia, el impago de pensiones, algunos delitos económicos como los relativos al mercado de consumidores siempre que no afecten intereses generales o delitos de daños imprudentes.

La mayoría de las faltas sólo se persiguen a instancia de parte.

Tres ideas o razones que explican esto:

- En algunos casos la lesión del bien jurídico no es fácil de concretar desde fuera, sin la intervención del autor (delitos contra la libertad sexual, calumnias...). Margen para que la víctima decida si es un daño o no, que sea la víctima la que decida parece adecuado.
- En algunos casos el daño que produce la publicidad del proceso puede recaer en la víctima siendo un daño añadido al del delito. Parece razonable que sea

la víctima la que decida si perseguirlo o no (descubrimiento y revelación de secretos, abusos sexuales... quizás también los que se producen en un ámbito familiar).

- Frente a algunos delitos existen soluciones alternativas de reparación que pueden hacer innecesaria la pena, sobretodo si la víctima se da por satisfecha (por ejemplo cuando el seguro paga los daños, en caso de injurias o calumnias cuando el autor se retracta...).

Relaciones con otras ramas jurídicas:

El Derecho Penal guarda una gran relación con todas las demás ramas jurídicas, en la medida en que el Derecho Penal es un derecho sancionador que protege bienes jurídicos que tienen trascendencia para las demás ramas del Derecho.

- Derecho Constitucional: La relación con el Derecho Constitucional es muy especial, porque la Constitución recoge los bienes jurídicos más importantes, los derechos fundamentales que son el núcleo de la Constitución, y el Derecho Penal tiene por fin protegerlos (derecho a la vida, al honor...).
- Derecho Procesal: La relación del Derecho Penal con el Derecho Procesal es desde todo punto de vista obvia. El Derecho Penal sería el derecho sustantivo y el Derecho procesal-penal es el derecho que fija el procedimiento para dar cumplimiento a esas normas secundarias.

El Derecho procesal-penal se regula principalmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hay ciertas instituciones que se duda si son penales o procesales, por ejemplo la prescripción del delito y de la pena, se discute si es de Derecho Penal sustantivo o procesal.

- Derecho Penitenciario: Igualmente estrecha es la relación del Derecho Penal y el Derecho Penitenciario, que regula la ejecución de las penas privativas de libertad, que son las penas más importantes, y se regulan en la LO General Penitenciaria y en su reglamento.
- Derecho Civil: Con el Derecho Civil la relación se mueve en dos ámbitos:
 - El Derecho Penal va a acudir con frecuencia al Derecho Civil porque éste define algunos de los bienes jurídicos que el Derecho Penal protege, por ejemplo delitos patrimoniales (en qué consiste la propiedad, la posesión... se encuentra en el Código Civil), relaciones familiares (bigamia...), etc.
 - En el ámbito de la responsabilidad civil, en concreto la responsabilidad civil derivada de delito. Todo delito que cause daños patrimoniales ocasiona o da lugar a responsabilidad civil derivada de delito, que es independiente de la responsabilidad penal, pero en nuestro país tradicionalmente se regula en el Código Penal, no en el Código Civil (lo que irrita sobremanera a algunos civilistas). Una peculiaridad es que en los juicios penales tiene que haber un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil, salvo que la víctima haya

renunciado a ella o prefiera plantearla en los tribunales civiles, pero normalmente no es así, y si no es así el fiscal tiene la obligación de hacer la reclamación penal y civil simultáneamente y el juez debe pronunciarse sobre las dos instancias.

- Derecho Administrativo: La relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, en concreto con el Derecho Administrativo sancionador, se debe a que son las dos grandes ramas del Derecho sancionador en cualquier sistema jurídico.

Si en el Derecho Penal tenemos delitos que se sancionan con penas, en el Derecho Administrativo sancionador se aplican sanciones administrativas. La diferencia entre el hecho ilícito penal y el administrativo, y la sanción penal y la sanción administrativa, son diferencias formales, cuantitativas y del órganos sancionador.

Históricamente ha habido intentos de diferenciar cualitativamente delito e infracción administrativa. El delito es un hecho que es malo en sí, y la infracción administrativa el hecho es malo porque está prohibido; pero es “raro” que algo sea malo porque está prohibido, sino que se trata de fundamentar y prohibir lo malo, no al revés.

Hoy en día la mayoría de la doctrina entiende que entre uno y otra sólo hay una diferencia de grado, de gravedad, cuantitativa. Los delitos son los más graves atentados contra los bienes jurídicos fundamentales y las infracciones administrativas son atentados más leves frente bienes fundamentales o frente otros bienes jurídicos. Siempre ha habido un fluir de infracciones a delitos y viceversa, se van traspasando de unos a otros en función del tiempo y las circunstancias, por ejemplo en 1983 se introducen los delitos de medio ambiente, el adulterio que era delito ha dejado de serlo, ni siquiera es una infracción administrativo.

En cuanto a penas y sanciones pasa lo mismo, la diferencia es también cuantitativa, lo que sí es cierto que hay algunas penas que sólo las conoce el orden penal. En el orden civil no se puede imponer penas privativas de libertad.

De la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo destaca el principio “non bis in idem”, principio que dice que no se pueden sancionar dos veces un mismo hecho (ni uno penal y uno administrativo, ni dos penales ni dos administrativos).

TEMA 2 – Principios informadores del vigente Derecho Penal español

Los principios informadores del vigente Derecho Penal español:

Son principios básicos que afectan a las distintas materias del Derecho Penal. Los principios relativos a los delitos, a las sanciones, principios formales relativos a cómo tienen que aparecer regulados delitos y penas (fuentes del Derecho Penal).

Estos principios no rigen en todos los países, ni han regido siempre en nuestro ordenamiento (relativismo). Sin embargo pertenecen a la tradición occidental y continental, seguimos la tradición germánica.

Buena parte de estos principios tuvieron el asentimiento definitivo en la época de la Ilustración, por ejemplo el principio de legalidad. En cambio el principio de culpabilidad tiene antecedentes en el Humanismo en Europa, porque siempre ha estado vinculado a la tradición cristiana.

Estos principios son tratados como límites al “ius puniendi” del Estado, porque suponen una garantía para el ciudadano frente a un posible abuso por parte del Estado.

Las fuentes de estos principios son varias, algunos están expresamente recogidos en la Constitución y otros se derivan tácitamente de la misma. También pueden estar recogidos en el Título Preliminar del Código Penal (novedad del Código Penal de 1995).

El principio de legalidad:

Tema 3

El principio de intervención mínima:

Este principio, junto con el de culpabilidad y del hecho, se refiere al delito. Delimitan el ámbito de lo prohibido.

El principio de intervención mínima se conecta con el principio de proporcionalidad, que es rector de todo el ordenamiento jurídico. Tiene gran importancia en materia penal y es de rango constitucional, es casi un principio de racionalidad.

El principio de intervención mínima destaca que, dado que el Derecho Penal supone la más grave intromisión en los derechos de los ciudadanos, ya que las penas más graves afectan a derechos fundamentales (libertad), sólo será legítimo por parte del legislador cuando no exista una solución menos lesiva. El Derecho Penal por tanto debe intervenir lo menos posible en la regulación de los conflictos sociales.

Este principio tiene dos principios subordinados:

1. Carácter fragmentario del Derecho Penal: Sólo protege bienes jurídicos fundamentales frente a ataques intolerables. Este es un principio que marca la correcta actuación del legislador penal (es un límite). Sólo podrá tipificar como delitos aquellos hechos que afecten a bienes jurídicos merecedores, necesitados y capaces de protección.
2. “Última ratio legis” (subsidiaridad): Siendo el Derecho Penal el derecho que produce mayores lesiones a los derechos de las personas, sólo podrá intervenir como última razón de la ley. También es un mandato dirigido al legislador.

Este principio de intervención mínima tiene efectos también sobre el grado de intervención penal; esto significa que, cuando haya que intervenir penalmente, se usen las penas menos severas.

De nuevo este principio es un derivado de la proporcionalidad. Si el legislador aplica una pena excesiva a ciertos delitos, el ciudadano podrá acudir al Tribunal Constitucional.

- STC 161/1997 – proporcionalidad del art. 380 CP.
- STC 55/1996 – objeción de conciencia.
- STC 136/1999 – mesa nacional de HB

El art. 379 CP establece: “El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses (...)”

El art. 380 CP dispone: “El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código”.

En el art. 379 CP se protege la vida, la seguridad vial... la pena es proporcional. En el art. 380 CP (+ art. 556 CP) se protege el funcionamiento del art. 379 CP, la desobediencia se reserva para los casos de infracción del principio de autoridad. El art. 380 CP tiene como finalidad conseguir que se puedan probar los delitos del art. 379 CP, la pena del art. 380 CP no es proporcional al delito, ya que es mayor por negarse a la prueba que por cometer el delito en sí.

El art. 379 CP es un delito de peligro abstracto. El art. 380 CP es un delito doblemente abstracto, lo peor que puede hacer al no someterse a la prueba es el hecho recogido por el art. 379 CP, por tanto debería aplicársele la pena de ese artículo, no una mayor, porque no está haciendo nada peor.

Todos los jueces y tribunales consideraron que en el art. 380 CP había una desproporción y que la pena no era razonable. El Tribunal Constitucional consideró que era proporcional y razonable porque incluye también el respeto a la autoridad (dos bienes jurídicos).

El principio del hecho:

Tiene dos manifestaciones:

1. En su sentido más habitual, el principio del hecho lo que afirma es que en Derecho Penal se persiguen y se castigan hechos (acciones u omisiones) lesivos para los bienes jurídicos y no hechos en cuanto a manifestaciones de formas de ser.

Se dice en este sentido que el Derecho Penal es de hecho y no un Derecho Penal de autor. Este es un principio muy arraigado en el Derecho Penal en nuestro entorno. Contrasta con el Derecho Penal que se siguió en la Alemania nazi, donde se castigaba por una actitud sin referencia a actos concretos; frente a ello, actualmente se persigue por el hecho lesivo.

Esta manifestación puede plantear problemas para algunas instituciones del Derecho Penal, como con el agravante por motivos de reincidencia (art. 22.8 CP incluye entre las circunstancias agravantes: “Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza (...)”), que era muy gravoso y luego se redujo por considerarlo muy cercano al Derecho Penal de autor, y se ha vuelto a aumentar en la última reforma (art. 66.5 CP: “Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido (...)”), ya que hasta entonces no se había permitido saltar en grado.

El problema surge porque la doctrina considera que esto es un Derecho Penal de autor, pudiendo el agravante de reincidencia llevar a incurrir en “bis in idem” (castigar dos veces la misma cosa), incluso un sector consideró que podía ser inconstitucional. No cabe más remedio que considerar esta reincidencia un Derecho Penal de autor, ya que se valoraría la mayor peligrosidad. En el segundo momento se castiga por la peligrosidad de ese sujeto demostrada por hechos anteriores.

Se le plantea al Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de la reincidencia, que rechaza entre otras cosas porque no salía del grado de la pena, está dentro de lo posible. En cambio el art. 66.5 CP introducido en la última reforma permite elevar la pena por encima del grado máximo en casos de multirreincidencia.

Una parte de la doctrina piensa que la reincidencia no debería ser tenida en cuenta por alejarse del principio del hecho, puesto que la pena podría no atender sólo al hecho.

La reincidencia existe en todos los ordenamientos jurídicos.

2. Sólo delinquen los hechos exteriores, no los de pensamiento. “Cogitationis poenan nemo patitur”, es decir, el pensamiento no delinque (Ulpiano). En Alemania se emplea la expresión “el pensamiento no paga aduana”; en España tradicionalmente existe el dicho “debajo de mi manto al Rey mato”. Si una persona piensa algo, mientras no se traduzca en hechos externos, el pensamiento no delinque porque no se puede probar.

Si hay un inicio con la intención de realizar algo, por ejemplo, unos ladrones que se reúnen para planear un robo, son detenidos por conspiración.

Elementos subjetivos de tendencia o elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, elementos que valoran las motivaciones del autor para realizar el hecho. Son elementos que tienen en cuenta no sólo lo realizado sino también sus motivaciones, por ejemplo en agravantes (art. 22.4 CP establece como agravante: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”) Exactamente el mismo hecho con la misma voluntad tiene distinta pena si se hace por los motivos descritos en el art. 22.4 CP que por otra razón, por ejemplo matar por uno de esos motivos o para heredar.

Estos elementos subjetivos sólo serían compatibles con el principio de hecho cuando tengan incidencia en la lesividad, se manifiesten externamente y tengan consecuencias sobre un bien jurídico. Pero sería completamente inconstitucional si el pensamiento racista no se ha manifestado, en cuanto no afecte a los demás iría contra el principio del hecho. Viene a decir que sólo deben castigarse aquellos hechos que sean lesivos (lesione o ponga en peligro) frente a bienes jurídicos ajenos, y en concreto en Derecho Penal bienes jurídicos fundamentales.

El principio de culpabilidad:

Es sin duda alguna uno de los principios fundamentales del Derecho Penal moderno. Es casi un indicador de la humanidad de un sistema penal. Cuando este principio se pasa por alto algo no está bien. Es un principio tan importante que se incorpora a la definición de delito, con la exigencia de que el delito sea culpable.

El principio de culpabilidad lo que afirma es que nadie puede ser condenado si no ha realizado el hecho culpablemente, si no se le puede reprochar personalmente la comisión del hecho antijurídico.

Tradicionalmente la vigencia del principio de culpabilidad equivale a prohibir o hacer desaparecer del ordenamiento la responsabilidad objetiva, que es

responsabilidad sin dolo ni imprudencia, responsabilidad por hechos fortuitos. Si se le aplica una pena a esta persona se vulneraría el principio de culpabilidad.

Hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico se admite de manera absoluta que sólo es punible el hecho cometido con dolo o imprudencia, el art. 5 CP establece: “No hay pena sin dolo o imprudencia”. También aparece en la definición legal de delito del art. 10 CP: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. Por tanto las acciones fortuitas no dan lugar a responsabilidad penal

Esto contrasta con otros ramas del Derecho, en Derecho Civil existe la responsabilidad objetiva (existe en el ámbito del tráfico viario...) El Derecho Administrativo sancionador también se contempla la responsabilidad sin culpa ni dolo (incluso por mera inobservancia).

Hasta 1983 existían delitos cualificados por el resultado, delitos donde se exigía dolo o imprudencia para la acción inicial, pero luego la pena se agravaba si la consecuencia era mucho mayor, si el resultado era más grave, aunque estuviese fuera de la acción dolosa inicial o fuese por causa fortuita. Por ejemplo en un aborto con resultado de muerte de la embarazada, si es por imprudencia del médico todo es imputable al médico (aborto + homicidio imprudente); si es una muerte fortuita antes lo que iba después de algo ilícito también se le imputaba (“versari in re illicita” de Derecho Canónico se introdujo para limitar la responsabilidad objetiva ya que antes ni siquiera era necesario un acto ilícito y había responsabilidad incluso si el primer hecho no era doloso), ahora sólo se le imputa el aborto, de lo que es responsable.

La Constitución expresamente no dice nada del principio de culpabilidad, pero se ha interpretado unánimemente que este principio es un derivado del principio de dignidad de la persona, hasta el punto en que el Tribunal Constitucional ha reconocido en varias sentencias el carácter constitucional de este principio. En la STC 190/1991 el Tribunal Constitucional establece que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal. El Código Penal lo expresa de forma más clara, aunque para algunos no suficientemente clara.

Del principio de culpabilidad se derivan varias consecuencias:

- Principio de responsabilidad de personalidad penal: En general cada uno responde por sus propios hechos y no por hechos ajenos, aunque hay muchas excepciones, como cuando se infringen deberes de vigilancia. Es claro que penas que se imponen a algunos tienen consecuencias sobre otros, normalmente la pena de multa recae sobre el patrimonio familiar; o el derribo de casas de familiares de terroristas en Israel con carácter preventivo.
- Responsabilidad de las personas jurídicas: No existe en Derecho Penal, nuestro ordenamiento y la mayoría de la doctrina piensan que las personas jurídicas no delinquen, sólo delinquen las personas físicas que están detrás. Un argumento es que no tienen culpabilidad, muy pocos piensan que tienen responsabilidad penal.

- Existencia de dolo e imprudencia: No hay delito sin dolo o imprudencia.
- No se puede aplicar una pena a quién no reúna condiciones de imputabilidad: Esto es, aquellas personas que por sus condiciones psíquicas o por deficiencias en el aprendizaje no puedan comprender el alcance jurídico de sus actos o actuaciones conforme a esa incomprensión. En el art. 20 CP (apartados 1, 2 y 3) se recoge esa idea como eximente de inimputabilidad, y también en el art. 19 CP puesto en relación con la Ley de Responsabilidad Penal del menor.

Son inimputables las personas con enfermedades psíquicas graves (art. 20.1 CP); los menores absolutos (menores de 14 años) y los menores entre 14 y 18 años conforme a la Ley de Responsabilidad Penal del menor (art. 19 CP); personas que actúan bajo los efectos de intoxicación plena o síndrome de abstinencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (art. 20.2 CP) y aquellas personas con alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia (por ejemplo sordomudez de nacimiento) (art. 20.3 CP)

Otros principios:

Principios fundamentalmente relativos a consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad).

En cuanto a los relativos a la pena:

- Principio de proporcionalidad de las penas: Se dice que las penas tienen que ser proporcionales al hecho y a la culpa del autor. Principio muy importante que muchos derivan del principio de culpabilidad.
- Principio “non bis in idem”: Este principio dice que no se puede castigar dos veces la misma cosa. Es un principio derivado del de proporcionalidad, aunque el Tribunal Constitucional en algunas sentencias lo considera derivado del principio de tipicidad y legalidad.

Tiene una vertiente procesal y otra material

- *Vertiente procesal*: Dice que no se puede juzgar una persona dos veces por los mismos hechos. Está relacionado por tanto con el principio de cosa juzgada. El principio non bis in idem procesal se aplica también a procesos en distintos órdenes, en el orden penal y en el orden administrativo.
- *Vertiente material*: Dice que no se pueden aplicar dos sanciones por un mismo hecho. Significa que no se pueden aplicar dos sanciones de distintos órdenes (penal y administrativo), pero tampoco dos sanciones del mismo orden (dos sanciones penales) por un mismo hecho.

Dentro del Derecho Penal el principio non bis in idem material está relacionado con la teoría del concurso de leyes. En la Constitución no se reconoce expresamente el principio non bis in idem, pero sí ha sido objeto de

abundante jurisprudencia constitucional. El primer caso fue la STC 2/1981 en la que el Tribunal Constitucional admitió que era un principio derivado de principios constitucionales de legalidad y tipicidad. La jurisprudencia constitucional se refiere al problema de la acumulación de sanciones penales y administrativas. Según el Tribunal Constitucional no cabe non bis in idem, siempre que haya identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento. Sin embargo se admiten excepciones en el caso de sujeción especial (personas especialmente sujetas por su cargo, funcionarios, poderes públicos... se admite sanción penal y administrativa), pero esta excepción tiene sentido ya que tiene distinto fundamento, pero si es el mismo fundamento no debería producirse porque se incurriría en non bis in idem.

Esta jurisprudencia fue ampliándose con el tiempo, extendiéndose a la vertiente procesal, no cabe un doble procedimiento. Más modernamente se conecta con el principio de proporcionalidad (STC 154/1990).

Una persona que conduce borracha, proceso y sanción administrativa y penal. En estos casos el ordenamiento prioriza la vía penal porque trata de hechos más graves, los órganos administrativos deberían inhibirse y enviarlo a los órganos penales. Si se inicia el procedimiento administrativo y se impone una sanción administrativa y se paga la multa correspondiente, en la STC 177/1999 se indica que por el principio non bis in idem, aunque no fuese correcto la vía penal quedaba cerrada, lo mismo dice la STC 152/2001.

En la STC 177/1999 hubo dos magistrados que hicieron una argumentación contrario, un voto particular que dice que si se acelera el procedimiento administrativo para evitar la responsabilidad penal parece que se favorezca eludir el proceso penal, por ello se vuelve a plantear años después dando lugar a otra polémica al cambiar la STC 2/2003 la jurisprudencia anterior. En esta sentencia de 2003 se le había impuesto a un sujeto una multa administrativa por conducir borracho, y después una penal, acude al Tribunal Constitucional alegando non bis in idem, pero en este caso se salta este principio restando la parte administrativa de la penal. El problema se plantea cuando la pena no fuese conmensurable. El inconveniente de esta sentencia es que mantiene la condena administrativa y la penal aunque el monto de la multa equivale a una, pero hay bis in idem.

Aunque las dos soluciones son malas, esta segunda es menos mala.

- Principio de humanidad de las penas: El art. 15 CE prohíbe sin excepción las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es una característica del Derecho moderno esta prohibición absoluta de todo lo que tenga que ver con torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes. Aparece recogido no sólo en la Constitución española, sino también en textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, tanto de la ONU como de la UE, siempre sin excepciones.

El problema está en determinar cuando una pena es cruel, inhumana y degradante y cuando no, se deben establecer límites. Actualmente no se consideran tolerables la tortura, los castigos con daños corporales...

En el ámbito europeo es importante referirse a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH). En una STEDH de 25 de abril de 1978 se trataba de un joven menor que fue condenado en la isla británica de Man a una pena de azotes durante semana y media por confesarse culpable de haber agredido a un compañero. Se entendió una pena degradante (humillante tanto la pena como la forma de realizarse) salvo por el voto particular del juez británico, y por tanto ilícita.

En una STEDH de 16 de diciembre de 1999 que trata de una denuncia que llegó por la imposición de una pena a unos jóvenes por considerarse inhumana, dos niños de 10 años se llevaron a un niño de dos años lo torturaron y lo acabaron matando. La edad penal británica es de 10 años, se les sometió a una prueba sobre su capacidad y se entendió que sí eran capaces, se les sometió a un proceso penal y se les condenó a un internamiento “mientras plazca a su majestad”. La opinión pública solicitaba la privación perpetua de libertad, llegando a reunirse 178.000 firmas para condenarles a perpetuidad. Se acudió al TEDH donde se analizan las edades penales desde las cuales se tiene responsabilidad, 7 años en Suiza, Irlanda y Chipre, pero en general se sitúa entre 10 y 16, en España son 18 años aunque existe una Ley de Responsabilidad Penal del Menor. El TEDH entendió que la pena no era adecuada porque la pena no estaba sometida al control judicial, aunque la había impuesto un tribunal el control y la duración quedaba en manos del Ministerio del Interior. Los jóvenes fueron puestos en libertad con nombres falsos...

El principio de humanidad de las penas, como tantos otros, adquiere su actual protagonismo o importancia en la Ilustración, en contra de la crueldad de las penas del Antiguo Régimen.

Hasta hace poco en ciertos países, en concreto en Israel hasta 1999, se admitían las presiones moderadas sobre el detenido para obtener confesiones, y el Tribunal Supremo israelí lo prohibió.

Se ha planteado tras el 11-S en caso de estado de necesidad si se puede tolerar la tortura como medio excepcional, pero ningún Tribunal se ha pronunciado. En el caso de los presos de Guantánamo se ha denunciado internacionalmente el trato inhumano y degradante al que están sometidos. Para poder realizar esos actos el Gobierno de EEUU ha tenido que enviarlos fuera de su territorio, ya que ni siquiera puede dárseles el trato de prisioneros de guerra porque tampoco permite ese trato, calificándolos como terroristas extranjeros combatientes.

- Principio de resocialización: Hace referencia al art. 25 CE y también al art. 1 de la Ley General Penitenciaria. Las penas, y en especial las penas privativas de libertad, deben ir orientada en su ejecución a la resocialización del delincuente. Esto no quiere decir que el fin primario de la pena sea la resocialización, pero sí es uno de los fines de la pena marcado por la Constitución, y es fundamental en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad.

Respecto de las medidas de seguridad:

- **Principio de peligrosidad:** La medida de seguridad se rige en primer lugar por el principio de peligrosidad. La medida de seguridad presupone la peligrosidad criminal de los sujetos, así como la pena exige la culpabilidad, así se recoge en los arts. 6.1 y 95.1.2º CP, las medidas de seguridad se imponen a los sujetos que hayan demostrado peligrosidad criminal.
- **Principio de resocialización:** La medida de seguridad está también orientada a la resocialización del delincuente, es el fin principal de la medida de seguridad (de hecho se dice que es casi el único).
- **Límite a su duración:** La medida de seguridad en principio, según el Código Penal, sólo dura mientras dure la peligrosidad criminal, pero además la medida de seguridad no puede tener más duración que lo que duraría la pena que podría suponer el delito si el hecho se hubiera cometido con culpabilidad, así lo establece el art. 6.2 CP: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

Por ejemplo, si un homicidio con culpabilidad la pena es de 10 a 15 años de cárcel, si lo comete un inimputable (loco), se le aplicará una medida de seguridad que no podrá durar más de 15 años (aunque siga estando loco).

La medida de seguridad no es un castigo.

Principios informadores y estructura del delito:

La definición doctrinal de delito es “acción típica, antijurídica y culpable”.

Esta definición trata de agrupar una serie de elementos que reflejan buena parte de los principios estudiados (principios del hecho del delito). La tipicidad se refiere a una acción que reúna las características de una figura delictiva, un hecho penalmente prohibido y recogido en una figura de la ley penal. La tipicidad tiene ante todo la función de servir de instrumento para plasmar el principio de legalidad.

Además la tipicidad y antijuridicidad hacen referencia a las características totales de la acción que la hacen contraria a Derecho, esto está relacionado con el principio genérico de lesividad (los delitos tienen que ser acciones materialmente antijurídicas, que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, intereses de otras personas). Se aplica el principio del hecho (no pensamiento) y el principio de intervención mínima en las dos variantes (carácter fragmentario y subsidiario).

La categoría culpable, y en buena medida la categoría acción, son un reflejo en la ley del principio de culpabilidad. Se dice que sólo son acciones los hechos voluntarios. La categoría acción hace referencia a esto y plasma también el principio del hecho (se castigan acciones y omisiones, no meros pensamientos).

Por resumir, se dice que el delito debe ser una acción u omisión que sea contraria a Derecho, típicamente antijurídica; y por otro lado reprochable a su autor. Por eso se habla de dos juicios, juicio de antijuridicidad vinculado al hecho que debe ser lesivo (hecho malo) y el juicio de culpabilidad vinculado a medios de reproche (autor).

Si alguien mata a alguien sin saber que estaba matando, clásicamente es antijurídico y no culpable.

En el mundo anglosajón estos dos juicios son muy distintos, se habla de que es un “actus reus” (hecho ilícito objetivo) cometido con la adecuada “mens rea” (mentalidad culpable).

TEMA 3 – Fuentes del Derecho Penal: el principio de legalidad

Fuentes de producción y fuentes de conocimiento:

- El art. 1 Cc define lo que son fuentes de Derecho en nuestro ordenamiento: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

La cuestión de las fuentes es algo distinta en Derecho Penal que en otras ramas del Derecho. Es distinto porque en Derecho Penal hay una primacía extraordinaria de la ley, pero no cualquier ley, la ley en sentido formal, es decir, emanada de las Cortes Generales. Es más, precisamente el principio de legalidad lo que dice es que la única fuente de delitos y penas es la ley, entendida en sentido formal.

Otras fuentes del derecho (costumbre y principios generales del derecho) tienen un papel secundario, si acaso en el ámbito de los atenuantes... pero no sirven para fundamentar o agravar la responsabilidad. Hay un límite infranqueable para el penalista, el contenido de la ley.

- Se hace referencia al principio de legalidad por una frase en latín de Feuerbach, penalista de la Ilustración en Alemania (finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX) y que expresó el principio de legalidad con la siguiente frase: “Nullum crimen, nulla poena sine lege” (No hay delito ni pena sin ley).

Sólo son delitos las acciones que aparezcan expresamente en una ley, y sólo pueden castigarse con penas que aparezcan expresamente en una ley. El Common Law es derecho no escrito, por tanto el principio de legalidad no rige en todos los ordenamientos.

¿Por qué tiene tanta importancia el principio de legalidad para el Derecho Penal? Este principio adquiere su importancia en la Ilustración, del pensamiento ilustrado, que es la base de la ética jurídico-política de la actualidad. Surge para poner límites al Estado y ofrecer garantías a los ciudadanos frente al poder del Estado.

El principio de legalidad desaparece en los regímenes totalitarios como la Alemania nazi o la Rusia soviética, ya que es un “estorbo” en estos sistemas para ciertas cosas. El liberalismo político es una parte fundamental del principio de legalidad, al establecer límites al poder y garantizar la seguridad jurídica.

Además de su función garantista el principio de legalidad refleja la separación de poderes y el sistema democrático, sólo tiene poder el legislativo, sólo los delegados del pueblo reunidos en el Parlamento pueden decir qué es y no es delito (ni los tribunales, ni el ejecutivo).

- Una cuestión importante en el afianzamiento del principio de legalidad es la teoría de la prevención general como teoría de la pena, donde destaca Feuerbach, que

defiende que la función de la pena no es otra que la prevención general, decía que la pena actúa como una presión psicológica frente a la sociedad y el posible delincuente, opera como un instrumento de presión psicológica orientado a que nadie cometa delitos. La amenaza de la pena aparece como un contramotivo para que el delincuente no actúe. Sólo si el Derecho Penal es escrito, claro y público sirve como prevención general, sólo se ve afectado por la pena quién la conoce.

El profesor Roxin es el que ha hecho esta sistematización del principio de legalidad, recogiendo claramente todos estos aspectos del principio de legalidad.

- El principio de culpabilidad tenía una tradición anterior a la Ilustración derivado de la moral cristiana, ya que para que alguien se considere pecador requiere culpa. El Derecho Natural era muy importante en Europa e incorpora este principio al Derecho en el Humanismo. Se dice que sólo se puede aplicar sanción a la persona que comete el hecho, pero para poder reprochar el hecho a una persona debe saber que es delito, para lo cual debe aparecer escrito en algún lado, por ello es importante el principio de legalidad.

Garantías del principio de legalidad:

1. Garantía criminal: No hay delito sin ley. La garantía criminal está expresamente recogida tanto en el Código Penal como en la Constitución.

El art. 25.1 CE establece: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

El art. 1.1 CP determina: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración”.

La garantía criminal se extiende a la definición de delitos y estados y supuestos peligrosos.

Por ejemplo, un Juez ante un caso que debe ser claramente castigado pero que no está previsto en la ley penal, no puede hacer nada. Así lo establece el art. 4.2 CP: “En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”.

2. Garantía penal: No hay pena ni medida de seguridad sin ley. También se deriva del art. 25 CE, y en el Código Penal aparece expresamente recogido en el art. 2.1 CP: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración (...)”.

Por ejemplo un Juez ante un caso que tiene una pena asignada, pero él cree que es excesiva, o que no debería ser delito, no podrá hacer nada, sólo dirigirse al Gobierno. Así lo prevé el art. 4.3 CP: “Del mismo modo acudirá al Gobierno

exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendido el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

3. Garantía jurisdiccional: Aparece recogida en el art. 3.1 CP: “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”.

La garantía jurisdiccional lo que dice es que no hay pena sin que haya sentencia firme dictada por un Juez o Tribunal competente siguiendo las leyes procesales penales.

En cierta forma se deriva también del mandato del art. 24.2 CE (principio de protección efectiva): “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (...)”

Por ejemplo, la prisión preventiva no es una pena, porque no deriva de una sentencia.

4. Garantía de ejecución: Las penas se ejecutarán de acuerdo a lo dispuesto en las leyes y los reglamentos, así lo dispone el art. 3.2 CP: “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”.

El principio de legalidad y sus repercusiones en la doctrina de las fuentes del Derecho Penal:

“Nullum crimen, nullum poena sine lege scripta, stricta, praevia et certa”

- Ley escrita: Se refiere fundamentalmente al rango normativo de la ley que establece delitos y penas. Esto quiere decir que queda fuera la costumbre como fuente de delitos y penas. Además por razón de garantía, la ley penal debe tener un determinado rango, se exige que sea una ley en sentido formal, emanada de las Cortes Generales. No son suficientes para establecer delitos y penas disposiciones inferiores a la ley (ni reglamentos ni las leyes de los Parlamentos autonómicos), hay una reserva absoluta de ley.

Por ley emanada de las Cortes entendemos tanto ley orgánica, como otras disposiciones con rango de ley además de la ley ordinaria. La pregunta que se hicieron los penalistas sobre esto se elevó al Tribunal Constitucional. La primera

alternativa que se tiene que definir es si sólo puede regularse por ley orgánica o también por ley ordinaria. La Ley de Control de Cambios de 1979 se recurre al Tribunal Constitucional por considerar que una condena establecida por esta ley penal no era válida al creer que por imperativo constitucional la materia debía regirse por ley orgánica, y la Ley de Control de Cambio era ley ordinaria.

El art. 81 CE establece: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”. Por desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas se refiere al núcleo básico del derecho fundamental, ese es el límite para estar regulado por ley orgánica. Por tanto, en la medida en que las penas afectan al derecho fundamental de la libertad, deberán regularse por ley orgánica, puesto que es un desarrollo negativo (impone límites a la libertad); aunque se contrapuso que el límite a un derecho fundamental no es “desarrollo”, sino una condición de ejercicio. El Tribunal Constitucional opinó mayoritariamente que tenía que regularse por ley orgánica, pero hubo votos particulares que argumentaron que bastaba con ley ordinaria. Por lo tanto siempre que la legislación penal suponga penas privativas de libertad exige que se regule por ley orgánica.

La multa en cambio, una limitación al derecho de propiedad (no es un derecho fundamental), no requiere de ley orgánica, basta con ley ordinaria. Se dijo que las normas penales que afecten a derecho fundamentales debían regularse en ley orgánica mientras que el resto podrá ir en ley ordinaria. Pero existe la figura de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que conlleva la prisión para aquellas personas que no puedan pagar una multa. La propia pena de multa puede desembocar en una pena privativa de libertad, por tanto también debería ir regulada en ley orgánica.

El Tribunal Constitucional dijo que el Código Penal es el que permite convertir la multa en privación de libertad, y al ser ya una ley orgánica se resuelve el problema. Desde entonces todas las leyes penales pasan por el Parlamento como leyes orgánicas para evitar problemas, aunque el Tribunal Constitucional dejó el caso abierto.

Una parte de la doctrina piensa que toda la materia penal debería ir regulada por ley orgánica, porque por aquello de que el Derecho Penal es la más grave intromisión en bienes jurídicos protegidos, debería tener un alto consenso lo que se califica como delito, que pena aplicar... por lo que se debería exigir siempre una mayoría cualificada como la de la ley orgánica, que permitiría así justificar esa intromisión en los derechos fundamentales de las leyes penales.

El decreto legislativo y el decreto-ley son normas con rango de ley reconocidos en la Constitución, por lo que sería posible legislar penalmente mediante estos instrumentos aquellas materias penales que pueden ser reguladas por ley ordinaria (siempre que no sean materia de ley orgánica).

El art. 82 CE dispone: “Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no

incluidas en el artículo anterior. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados (...) La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta (...). El art. 85 CE establece: “Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos”. En principio los decretos legislativos tienen rango de ley, por lo que podría legislarse en los mismos casos que se puede hacer mediante ley ordinaria, puesto que la Constitución no otorga una diferencia material entre ley ordinaria y decreto legislativo.

El art. 86.1 CE dice: “En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”. Se ha interpretado unánimemente que toda sanción de Derecho Penal afecta siempre a los derechos y deberes del Título I CE, por lo que se excluye el decreto-ley para legislar penalmente, ni siquiera en las materias en que podría la ley ordinaria.

- Ley estricta: Esta consecuencia del principio de legalidad se traduce como un mandato dirigido a los jueces, aunque también se puede entender como dirigido al legislador. Debido a la importancia del principio de legalidad del Derecho Penal se determina que no cabe aplicación analógica de las disposiciones penales, al menos mientras sea “contra reo”.

Por lo tanto el mandato de *lex stricta* se traduce en la prohibición de analogía contra reo (art. 4.1 CP: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”).

- Ley previa: Esta consecuencia se traduce en un nuevo mandato, que es la llamada prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable. Las leyes penales son irretroactivas, al menos mientras sean desfavorables.
- Ley cierta: Este último requisito se traduce de nuevo en un mandato dirigido al legislador, que se conoce como mandato de determinación o de certeza. Este mandato se traduce en que las leyes penales deben ser ciertas, deben definir de manera clara, precisa y exhaustiva el comportamiento punible. Y en cuanto a la pena el mandato de certeza excluye las penas absolutamente indeterminadas.

El legislador debe utilizar términos que sean lo más precisos posible, debe huir de los términos vagos, términos que produzcan ambigüedad, en la medida de lo posible. La ley se expresa en una lengua natural, y las lenguas naturales son inevitablemente vagas. Siempre hay junto a zonas más o menos claras, una zona borrosa en la que no se puede determinar si un hecho cae sobre un significado determinado.

En los casos límite no hay ningún término que no sea potencialmente vago (Paradoja de Sorites: ¿Cuántos gramos hacen un montón de trigo? Un grano no lo

es, un millón sí, ¿en qué momento algo deja de ser un montón?) Es un problema intrínseco de los lenguajes naturales. Cuando el derecho utiliza un término vago, no dice qué hacer con los casos límite. Existen por tanto en Derecho Penal numerosos casos de vaguedad. Hay que intentar reducir el margen de la vaguedad intentando que las leyes sean más precisas, y eso se consigue utilizando términos, en la medida de lo posible, precisos, lenguajes formalizados (fórmulas legales), términos concretos, definiciones de conceptos, ejemplos de comportamiento...

El Tribunal Constitucional ha reconocido la importancia del mandato de certeza como una derivación del principio de legalidad, el empleo de términos muy vagos podría ser considerado inconstitucional por no atender al principio de legalidad. Por ejemplo el art. 173.1 CP: “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”. Se duda sobre la certeza de este precepto.

TEMA 4 – Estructura e interpretación de la norma penal

LA ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL:

Elementos, contenido y destinatarios de la norma penal:

Tema 1

Formas de aparición de la norma penal: leyes penales incompletas y leyes penales en blanco:

Las normas penales se expresan en el Código y en las leyes penales normalmente de una manera completa; esto es, el texto de la ley determina cual es el comportamiento prohibido y cuales son las consecuencias jurídicas que lleva aparejado. Se habla de una norma penal completa cuando, el contenido de la norma, tanto el comportamiento prohibido, como la sanción, están recogidos en la norma penal.

Sin embargo en ocasiones nos encontramos ante lo que se han llamado leyes penales incompletas, se trata de textos normativos que se remiten a otras disposiciones legales. Normalmente esta remisión no plantea ningún problema cuando se hace a otras disposiciones del mismo rango, por ejemplo el Código Penal se remite al Código Civil o al Código de Comercio.

En otros casos sin embargo la ley penal se remite a otras disposiciones de rango inferior y de otros ordenamientos jurídicos, nos encontramos entonces con la ley penal en blanco. La ley penal en blanco es cuando la ley penal se remite a disposiciones no penales y de rango inferior.

Ley penal completa – art. 138 CP: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.

Ley penal en blanco – art. 325 CP: “Será castigado (...) el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente (...)” Hay que acudir a las leyes de control de medio ambiente para ver si se han cumplido, esta ley tiene una parte en blanco, hay algo que la ley penal no describe.

Ley penal en blanco – art. 63 CP militar: “El que se negare a obedecer un bando (...)” El comportamiento prohibido es desobedecer al bando, pero para saber si es está produciendo esa desobediencia hay que conocer el contenido del bando.

Los problemas que plantean las leyes penales en blanco es la inseguridad jurídica, si no especifica donde se remite también supone conceder más poder al ejecutivo (convirtiéndolo en legislador penal). Choca con el principio de legalidad en cuanto parece ir contra la reserva de ley en materia penal. También puede generar conflictos con el principio de igualdad en todo el territorio nacional si se remite a normas que no tienen validez en todo el territorio nacional (por ejemplo una norma dictada por un Parlamento Autonómico); pudiendo darse así que un delito lo fuese en

algunas partes del territorio y en otras no, quebrantando el principio de igualdad de la ley penal.

Todas estas cuestiones fueron planteadas en recursos al Tribunal Constitucional. En la STC 3/1988, de 21 de enero de 1988, se plantea la posible inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco por afectar al principio de legalidad del art. 25 CE. El Tribunal Constitucional determinó que las leyes penales en blanco son conforme a la Constitución siempre que cumplan unos requisitos:

- Que haya un reenvío expreso.
- Que esté justificado por la materia (el bien jurídico protegido se encuentra en otras disposiciones no penales y además cambiantes).
- Por último, que en cualquier caso la ley penal debe contener los elementos esenciales del comportamiento prohibido, y sólo puede remitir a otras disposiciones en las cuestiones que no afecten a este núcleo. Por ejemplo en el art. 325 CP se recoge como núcleo en qué consiste “contaminar”, a partir de ahí puede remitirse a otras disposiciones.

En cuanto a las leyes de limitado ámbito de aplicación que atenten al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha dicho que es válido que el blanco sea rellenado por una norma de vigencia espacial limitada (normas de Comunidades Autónomas). Ha habido mucho conflicto doctrinal al respecto, pero el Tribunal Constitucional ha entendido que sí es posible y es consecuencia de la propia estructura territorial de la Constitución que otorga muchas competencias a las Comunidades Autónomas. Tendría sentido si tuviera un contenido material distinto, sería un trato desigual a situaciones desiguales (distintas especies en peligro...) pero en el sentido de tratar distinto a situaciones iguales es lo que entienden algunos autores que debía haber limitado el Tribunal Constitucional.

Se puede dar una ley penal en blanco sólo cuando se trata de la definición del hecho, la determinación del comportamiento prohibido, nunca para establecer las consecuencias jurídicas del delito, en esta materia no cabe remisión.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL:

Interpretación y aplicación analógica de la ley:

Una función esencial de todo jurista es la interpretación de las leyes.

Las normas penales como cualquier otra norma se interpretan de acuerdo a las normas que establece el Código Civil en su Título Preliminar. El art. 3.1 Cc establece: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras [interpretación gramatical], en relación con el contexto [interpretación sistemática], los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [interpretación temporal], atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas [interpretación teleológica]”.

Las tareas del juez a la hora de interpretar las normas, en principio es interpretar cual es la norma de comportamiento que deben seguir los distintos sujetos en las distintas situaciones; esto entraña para el juez tres tipos de tareas:

1. Determinar el significado de la letra de la ley (expresiones penales): El juez se enfrenta a diversos problemas. El problema de la ambigüedad, en el sentido de varios significados posibles. El problema de la vaguedad de las expresiones legales, hay casos donde la ley se aplica de manera clara y donde claramente no se aplica; el problema está en las situaciones intermedias, otras veces hay una zona borrosa donde no se sabe si se puede aplicar o no la ley a esos casos, no es posible determinar de manera exacta el significado de todas las palabras de la ley (es el problema de los sorites, casi todas las palabras son vagas).
2. Solución de eventuales antinomias entre las disposiciones legales: Aquí el principio básico es el de no contradicción. Un ordenamiento jurídico sólo puede tener una respuesta para un problema jurídico, y si hay dos normas que establecen cosas distintas es necesario resolver esa contradicción. Además hay que tener en cuenta el principio de atribución de sentido, no debe interpretarse la ley de forma que no pueda aplicarse a un caso, siempre hay que interpretarla de forma que tenga un ámbito de aplicación.

Se puede resolver en primer lugar por jerarquía normativa, prevalece la ley superior en rango. En segundo lugar el criterio temporal, a igual rango la posterior prevalece sobre la anterior. Por último, el criterio de la especialidad, prevalece la ley especial sobre la general.

3. Resolución de casos no expresamente regulados: En otras palabras, se trata de completar las posibles lagunas de la ley. La idea es que el ordenamiento jurídico debe dar respuesta para cada caso, y si no se da cabe resolver racionalmente ese caso (sistema completo de resolución de conflictos). En este ámbito es donde surge la cuestión de la analogía.
- Analogía: Es el método habitual para completar las lagunas de derecho. Se contempla en el art. 4 Cc. La ley no contempla específicamente un caso, pero sí regula otros que tienen con aquel “identidad de razón”. En estos casos parece razonable dar al supuesto no contemplado la misma solución que al contemplado.

La analogía es un instrumento imprescindible en cualquier sistema normativo medianamente complejo, porque permite resolver cualquier supuesto imaginable con disposiciones legales limitadas, siempre que se puedan establecer relaciones (analógicas) entre los supuestos contemplados y los no contemplados.

Dentro de los argumentos analógicos suelen distinguirse dos clases:

- *Argumentos “a simili”*: Será un argumento “a simili” cuando tratamos igual dos casos que son análogos, en el sentido de que tienen identidad de razón. Si la ley para el caso A aplica la consecuencia X y B tiene identidad de razón con A debería aplicar también la consecuencia X.

- *Argumento “a fortiori”*: Los argumentos “a fortiori” tienen un mayor motivo. Si la disposición jurídica vincula una consecuencia jurídica X a un supuesto de hecho A por ciertas razones, y hay otro suceso B, que presenta más razones, entonces la consecuencia jurídica X debe aplicarse también a este último supuesto.

Dentro de los argumentos a fortiori se distingue:

- A MAIORE AD MINUS: Se usa en los casos de exclusión de la responsabilidad. La idea es que si se permite lo más, debe permitirse también lo menos.
- A MINORI AD MAIUS: Se refiere a que si se prohíbe lo menos, también ha de prohibirse lo más.

Debido al principio de legalidad no está permitida la analogía en el Derecho Penal para fundamentar o agravar la responsabilidad, así lo dice el art. 4.1 CP: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. Al menos en contra del reo las palabras de la ley son el límite infranqueable a cualquier interpretación, y queda prohibida la analogía. Esta excepción la recoge también en el Código Civil. Esta excepción se debe a la aplicación estricta del principio de legalidad (*lex stricta*), mandato dirigido al juez para que no aplique nunca las normas penales más allá de su tenor literal, al menos en lo que perjudiquen al reo.

Cuando la analogía es favorable al reo sí puede darse (analogía *in bona partem*), aunque esta cuestión es discutida por la doctrina. El criterio mayoritario es favorable; sin embargo, algunos autores se han manifestado en contra de la analogía *in bona partem* por motivos de legalidad; y otros aunque se manifiestan a favor consideran que el Código tampoco lo admite.

El problema de no aceptar la analogía es que hechos merecedores de castigos escapen de ser enjuiciados (queden impunes) por no estar especificados. Se deberían crear continuamente nuevas figuras delictivas, pero lo cometido anteriormente queda impune, y aún así siempre van a existir lagunas en Derecho Penal.

La prohibición de la analogía evita que por la vía de ésta se puedan cometer abusos. Ha prevalecido el interés de la seguridad jurídica que el de completitud del ordenamiento jurídico.

Por ejemplo el art. 389 CP en materia de delito de timbre (se aplica poco), el legislador se olvida de regular un comportamiento que está entre el leve y el grave, ambos regulados en ese artículo; se regula lo menos y no se castiga un comportamiento más grave (sin llegar al previsto como grave)

Se ha argumentado que en Derecho Penal ni siquiera cabe analogía a favor del reo; se dice que aceptar la analogía favorable al reo sería igual que permitir la creación libre de derecho al juez e iría contra el principio de división de poderes Se ha dicho

también que afecta a la seguridad jurídica, no del delincuente, sino de las víctimas. Desde el punto de vista formal se ha dicho que el Código Penal en el art. 4 CP no distingue entre la analogía favorable o contra reo, en concreto el art. 4.3 CP.

Si la analogía se considerase creación libre de derecho se prohibiría en todas las ramas del Derecho, porque en ningún caso se permite que el juez sea creador de derecho. Además del art. 4 Cc se entiende que la analogía es positiva porque sirve para completar el Derecho.

El argumento de la seguridad jurídica contra la analogía es claro contra reo, pero cuando es favorable al reo la seguridad jurídica no tiene relevancia. El art. 4.1 CP no prohíbe la analogía favorable al reo. Por ejemplo, en el Código Penal los casos de desistimiento en la tentativa excluyen la responsabilidad, hace impune al reo. Sin embargo en el Código hay actos preparativos que no llegan a ser tentativa, preparaciones del delito, si desisten se aplica analógicamente favorable al reo por el argumento “a maiore ad minus”. El Código Penal no dice nada del desistimiento de los actos preparatorios, la doctrina casi unánimemente aplica una analogía favorable al reo.

El art. 4.3 CP tampoco prohíbe la analogía favorable al reo, lo que prohíbe es la creación libre de derecho, que si “(...) sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo (...), pero no prohíbe que el juez aplique la solución que la ley prevé para otro caso similar.

El propio Código reconoce la analogía favorable al reo en los atenuantes en el art. 21.6 CP entendiendo que son circunstancias atenuantes “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”. El legislador reconoce por tanto el efecto de la analogía en los atenuantes, y los tribunales lo emplean continuamente para hacer precisamente un derecho más justo.

En el tema de los eximentes, están regulados de forma tan general que cabe casi cualquier cosa, el estado de necesidad es tan amplio que casi no hace falta acudir a la analogía.

La doctrina mayoritaria y los tribunales por tanto, admiten y aplican la analogía favorable al reo.

Determinación de la ley aplicable: el concurso de leyes:

1. Concepto. Concurso de leyes y de delitos: El problema a tratar es que hacer cuando nos encontramos con un comportamiento que encaja en la descripción de distintos actos penales. Entonces nos encontramos ante lo que la doctrina llama concurso de leyes, tenemos un hecho y varias leyes aplicables.

Lo característico del concurso de leyes, aunque tenemos varias leyes aplicables, una o varias de ellas excluyen la aplicación de otras leyes. Una ley capta por

completo el contenido del acto, y por lo tanto desplaza a las demás. Se trata de determinar cómo elegir entre las leyes en principio aplicables.

En primer lugar hay que distinguir los casos de concurso de leyes y concurso de delitos (perteneciente a la teoría del delito), que se produce cuando alguien realiza una acción que da lugar a varios delitos, por tanto varias leyes (concurso ideal de delitos); o cuando varias acciones dan lugar a varios delitos (concurso real de delitos). Sobretudo es difícil diferenciar entre el concurso ideal de delitos y el concurso de leyes.

La diferencia es que un concurso ideal tiene una única acción que da lugar a varios delitos, y por tanto deben aplicarse todas las leyes que regulan los distintos delitos, o varias veces la misma cuando son más de un delito homogéneo. En el concurso de leyes hay varias leyes aplicables pero sólo una capta el contenido del valor del hecho y desplaza a las demás.

Por ejemplo, un sujeto mata por dinero.

Art. 138 CP (homicidio) es aplicable.

Art. 139.2 CP (asesinato por precio) también responde a este hecho.

Se aplica el art. 139.2 CP por el criterio de la especialidad, es ley especial respecto al art. 138 que sería ley general.

Otro ejemplo, si una Infanta solicita a otra persona que le quite la vida por encontrarse con una enfermedad temporal y a cambio le da 10.000€

Art. 138 CP (homicidio)

Art. 139.2 CP (asesinato por precio)

Art. 485.1 CP (homicidio contra la Corona)

Art. 143.3 CP (cooperación ejecutiva al suicidio)

Art. 143.4 CP (eutanasia)

Además el Código Penal contempla un agravante por ejecutar el hecho con recompensa (art. 22.3 CP), agravante que podría aplicarse a todos los anteriores salvo al art. 139.2 CP.

En ningún caso se aplicará el art. 138 CP + art. 22.3 CP puesto que se contempla en la ley especial el mismo hecho en el art. 139.2 CP.

2. Reglas legales de solución del concurso de leyes: El art. 8 CP establece cuatro reglas para resolver el concurso de leyes (la especialidad, la subsidiariedad, la consunción y la alternatividad), es una novedad en el Código Penal de 1995. El Código Penal anterior sólo recogía expresamente la alternatividad, las demás se deducían implícitamente.

El filósofo y penalista Klug, establece en un trabajo que detrás de un concurso de leyes sólo podía haber cuatro relaciones lógicas o básicas entre enunciados. Un enunciado delimita un conjunto de hechos. Entre los dos preceptos pueden darse:

- a. *Relación de identidad*: Dos normas se refieren a los mismos supuestos, todo elemento de A pertenece a B (arts. 138 + 22.3 CP = art. 139.2 CP).

- b. *Relación de heterogeneidad*: Ningún elemento coincide, ningún elemento de A pertenece a B; y ningún elemento de B pertenece a A (homicidio y robo).
- c. *Relación de subordinación*: Todos los casos de B son a la vez casos de A pero no al revés a veces e habla de inclusión (138 = A y 139 = B; todo asesinato es homicidio pero no al revés).
- d. *Relación de interferencia*: Cada uno de los conjuntos comparte una zona con el otro y a la vez tiene una zona propia. Algunos A son B, algunos B son A, pero no todos A son B ni todos B son A.

El art. 8 CP establece: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: (...)”. Antes el Código Penal sólo recogía expresamente una de las cuatro, la alternatividad, las demás se deducían implícitamente.

- a. *Especialidad*: Art. 8.1ª CP: “El precepto especial se aplicará con preferencia al general”.

La regla de especialidad es que la ley especial se aplica preferentemente a la general (la regla lógica que está detrás es la subordinación). Todos los preceptos del Código han de tener sentido, la ley especial está para aplicarla en estos supuestos excepcionales (homicidio es ley general de cualquier delito contra la vida, asesinato es ley especial).

La ley especial es aquella que contiene todos los elementos de la general y alguno añadido, con lo cual desde el punto de vista de la extensión, se convierte en un subconjunto de la otra.

- b. *Subsidiariedad*: Art. 8.2ª CP: “El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible”.

Existen dos modalidades de subsidiariedad:

- i. **SUBSIDIARIEDAD EXPRESA**: Cuando la ley dice de forma expresa que un precepto es subsidiario de otro.
- ii. **SUBSIDIARIEDAD TÁCITA**: Cuando aunque la ley no lo dice se deduce de su contenido que hay una ley que es subsidiaria de otra.

Por ejemplo el art. 172 CP (coacciones que tienen por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental). La relación lógica en este caso no

es ninguna de las cuatro de Klug, es una decisión del legislador. Hay quien dice que la subsidiariedad es una especie de especialidad.

Por ejemplo entre asesinato y auxilio ejecutivo al suicidio hay una relación de interferencia, tácitamente el legislador da preeminencia al suicidio, pero podrían aplicarse las dos normas.

Entre eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio hay una relación de especialidad (se aplica siempre la eutanasia). Entre asesinato y homicidio a una persona de la Corona hay una relación de interferencia, no hay subsidiariedad.

- c. *Consumción*: Art. 8.3^a CP: “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”

La consumción tiene dos dimensiones:

- i. EN SENTIDO LÓGICO: La consumción está próxima a la especialidad y se aplica sobretodo cuando se enjuician actos que de alguna manera se encuentran en progresión. El delito consumido excluye la aplicación de la tentativa, y la tentativa excluye la aplicación de los actos preparatorios. El homicidio consume el desvalor de las lesiones.
 - ii. EN SENTIDO VALORATIVO: Se aplica la consumción cuando dos preceptos podrían aplicarse conjuntamente, pero uno ya es suficiente castigo y no tiene sentido aplicar el otro. Por ejemplo, el homicidio supone en ocasiones daños en cosas, pero el desvalor del homicidio se entiende que consume el de los daños de las cosas (acto co-penal con el de homicidio).
- d. *Alternatividad*: Art. 8.4^a CP: En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

En defecto de las reglas anteriores se aplica aquel precepto que impone una mayor pena. Esta regla es la que permite resolver el concurso entre asesinato y homicidio a la Corona.

Se aplica a veces en casos de identidad, y otras en casos de interferencia.

TEMA 5 – Vigencia temporal de la ley penal

La ley penal no tiene una validez absoluta ni en el tiempo ni en el espacio. Tiene por tanto un periodo de vigencia, una vigencia temporal (sólo rige en determinados momentos) y una vigencia espacial también limitada. No se aplica a cualquier hecho cometido en cualquier momento o lugar.

Tradicionalmente se hablaba de la vigencia personal de la ley penal, aunque hoy tiende a pensarse que la ley penal es igual para todas las personas, por lo que no tiene sentido hablar de la vigencia personal, aunque hay quién sigue haciéndolo.

Promulgación, vigencia y derogación de la ley penal:

La ley penal tiene una vida, en cierto sentido nace y muere, y sólo tiene vigencia en ese periodo de vida entre su nacimiento y su muerte. El periodo de vigencia de la ley penal es el que se desarrolla desde su promulgación hasta su desaparición.

Conforme al Código Civil, concretamente al art. 2 Cc: “Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el BOE, si en ellas no se dispone otra cosa”. Como regla general una vez aprobada la ley penal por el Parlamento entrará en vigor con su completa publicación en el BOE y el transcurso de la *vacatio legis* que se fije (periodo entre que se publica la ley y el momento en que entra en vigor). Este periodo de *vacatio legis* es, si no se dice nada en contra, veinte días, pero en muchos casos las leyes entran en vigor al día siguiente de su publicación porque así se dispone en la propia ley. Otras leyes importantes, como el Código Penal, tienen una *vacatio legis* mucho más amplio (el actual Código Penal por ejemplo tuvo una *vacatio legis* de seis meses).

A partir de su entrada en vigor la ley penal se aplica a todos los hechos cometidos desde entonces.

Pero la ley deja de aplicarse tras la derogación que se produce, dice el Código Civil, por otras leyes posteriores. La derogación puede ser tanto expresa como tácita. Habrá derogación tácita cuando las disposiciones de la nueva ley sean incompatibles con la anterior.

El periodo que va entre la entrada en vigor y la derogación es el periodo de vigencia, de vida, de la ley penal. Como regla general las leyes penales se aplican a los hechos cometidos bajo su periodo de vigencia. No puede aplicarse la ley penal a hechos cometidos antes de su entrada en vigor, este es el principio de irretroactividad de la ley penal.

El principio general de irretroactividad de la ley penal:

El principio de irretroactividad de la ley penal es sólo para las leyes desfavorables, o sea, para las que creen una responsabilidad penal o la agraven.

El principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable es una consecuencia básica del principio de legalidad (*lex praevia*) y se recoge tanto en el art. 25 CE como en los arts. 1 y 2 CP. La irretroactividad de la ley posterior desfavorable se extiende tanto a la aplicación de penas como de medidas de seguridad.

La retroactividad de la ley penal más benigna:

Cuando se trata de disposiciones penales favorables, ¿podría tener aplicación retroactiva la ley penal? Cuando la ley posterior es más favorable se aplica el llamado principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Este principio no está recogido de manera expresa en la Constitución, y de hecho el Tribunal Constitucional no lo ha considerado un principio constitucional. Sin embargo el principio de retroactividad de la ley penal más favorable es un principio que se deriva del principio de proporcionalidad, que sí es un principio constitucional, y además es recogido de manera expresa en el art. 2.2 CP, por lo que si la ley penal posterior es más favorable se aplicará ésta.

Esto es así porque la valoración del legislador ha cambiado, que es expresada por la nueva ley, parece razonable que si cambia el criterio de la responsabilidad penal a menos (*pro reo*) se aplique retroactivamente. Contra *reus in causa* en cambio tiene más fuerza la seguridad jurídica, por lo que nunca se admite la retroactividad contra *reus in causa*.

Se ha planteado en algunos casos la ultraactividad de la ley penal, que una ley anterior se aplique a hechos cometidos después de su derogación. No hay ultraactividad cuando se aplica la ley después de su derogación si los hechos se han cometido durante su vigencia. Las leyes penales por tanto no son ultraactivas, porque una vez derogadas ya están “muertas”.

En Derecho Penal español la retroactividad está entendida en términos generosos y alcanza a todas las situaciones imaginables, la ley posterior más favorable se aplica tanto a los hechos cometidos bajo su vigencia y aún no enjuiciados, como a los ya enjuiciados y habiendo recaído sentencia conforme a las leyes anteriores. Si la ley penal exime de pena al *reus in causa* habrá que dejarlo en libertad, y si reduce la pena habrá que reducir la pena, dejándolo en libertad si la reducción da lugar a que el *reus in causa* haya cumplido ya la pena reducida. Esto abarca también a las penas ya cumplidas (los antecedentes penales quedarían cancelados).

¿Cómo se determina que ley es más favorable? Esto no plantea problemas cuando estamos comparando penas homogéneas, pero sí plantea problemas cuando comparamos penas heterogéneas y cuando se tienen en cuenta otras instituciones sobre la forma de ejecución (pena de multa y pena privativa de libertad...) o beneficios penitenciarios.

En principio el juez será el que deba determinar que ley es más favorable, para lo que deberá tener en cuenta los tipos de penas, su duración o cuantía, pero también las posibles instituciones (de sustitución y ejecución) en las penas que puedan modular su gravedad real; por ejemplo en el anterior Código Penal se reducía la condena automáticamente en 1/3 ó 1/2 de la pena. Por ello aunque el nuevo

Código Penal sea en términos absolutos algo menor, suele entenderse que el Código Penal anterior es más benigno (se considera que el Código Penal actual es más duro que el anterior), aplicándose el derogado a los hechos cometidos durante la vigencia del Código Penal anterior.

En las disposiciones transitorias del Código Penal se establece el derecho transitorio (régimen de aplicación) del anterior Código Penal, el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables y de retroactividad de las más favorables; debiendo escogerse uno u otro, no se puede hacer una mezcla de ambas leyes y coger lo más benévolo de ambas.

Si a pesar de todo el juez tiene dudas deberá escucharse al reo para determinar qué ley es más favorable, aunque no es vinculante.

- Leyes intermedias: Es una ley posterior a la ley vigente en el momento de realizarse el delito, pero anterior a la ley vigente en el momento de enjuiciarse el delito. Si la ley más favorable es la ley intermedia, se considera mayoritariamente que debe aplicarse la ley intermedia más favorable retroactivamente, porque si no atendería contra el principio de igualdad, y así se evitan posibles abusos por parte de la justicia (retrasos injustificados en los juicios...)
- Leyes penales temporales: Como su propio nombre indica es una ley que se aprueba con un plazo de vigencia limitado, ya previsto en la propia ley; o bien se aprueba para una situación excepcional y su vigencia dura tanto como dura la situación excepcional. Suelen ser leyes que agravan la responsabilidad, convierten en delito lo que no lo era o agravan las penas.

Cuando la ley temporal es derogada y vuelve a regir la ordinaria, que es menos gravosa para el reo, ¿deberá aplicarse ésta que es más favorable a los hechos cometidos durante la vigencia de la ley temporal? ¿Se aplicaría el principio de retroactividad de las leyes penales favorables? Se argumenta que no, porque no tendría sentido, en cuanto se sabe de antemano de su vigencia limitada. No se da el cambio de valoración del legislador que se argumenta para la retroactividad de la ley penal favorable, sino un cambio de situación. El delito que se cometió bajo la ley temporal va a ser considerado de mayor gravedad, y por eso se le aplica la ley temporal. El Código Penal antiguo no contemplaba esta situación, en el Código Penal actual el art. 2 CP dice que no se aplicará el principio de retroactividad de la ley penal favorable a las leyes temporales salvo que así se diga: “(...) Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

¿Qué ocurre cuando una ley modifica la cuantía de una multa o varía la diferencia entre falta y delito (hurto y robo)? Se argumenta que sí se aplicaría la retroactividad de la ley penal más favorable por unos y que no por otros porque sería un simple ajuste, no un cambio de valoración del legislador (debido a la depreciación de la moneda... u otras causas). La multa pagada no se devuelve, pero en un cambio de delito a falta o en la medida en que no se ha pagado una parte si se aplica el principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

- Disposiciones administrativas que completan una ley penal en blanco: Se convierten en fragmentos de normas penales por adscripción, con lo cual rige para ellas en este tema los mismos que para las leyes penales (la retroactividad de las favorables y la irretroactividad de las desfavorables).
- Normas de prescripción: Hasta hace poco todos los delitos prescribían, ahora ya no, por lo que perjudican en cuanto amplían el plazo. Cuestión debatida porque se discute si la prescripción es una disposición penal o no lo es. En el supuesto de que se cambie la prescripción después de la prescripción del delito bajo la vigencia de la nueva ley, es claro que no se aplica retroactivamente y no se puede perseguir. Pero si cuando entra en vigor la ley el delito todavía no había prescrito, en general una mayoría piensa que en cuanto no había prescrito se podría prolongar hasta que indique la nueva ley, pero otros argumentan que por razones de seguridad jurídica no debe ampliarse. Es una cuestión muy debatida en cuanto no está clara la naturaleza de la prescripción, si fuese procesal se permitiría, si se considera penal no.

Momento de la comisión del delito:

- Hechos que no son instantáneos: Problema del momento de la comisión del delito.

Un delito de Estado, por ejemplo un secuestro (delito permanente), delito que mantiene la situación antijurídica a lo largo del tiempo, la consumación del delito dura tanto como el secuestro. Si cambia durante este periodo la ley, en el caso de Ortega Lara el secuestro se produjo con la vigencia del Código Penal de 1973 y durante el mismo entró en vigor el actual Código Penal. ¿Qué ley se aplica?

Cuando una ley se produce bajo una ley y el resultado se produce bajo la vigencia de la ley posterior (por ejemplo una carta-bomba). ¿Se comete el delito cuando se realiza la acción o cuando se produce el resultado?

1. Teoría de la acción: Entiende que el delito se produce cuando se produce la acción.
2. Teoría del resultado: Entiende que el delito se produce cuando se produce el resultado de los hechos lesivos.
3. Teoría de la valoración jurídica: Se tendrá en cuenta una u otro dependiendo de lo que se esté tratando.

El Código Penal establece como regla general la teoría de la acción.

La omisión a veces equivale a la acción, se llama comisión por omisión. Una forma es la injerencia, si alguien causa un riesgo para otro y lo omite dolosamente puede entenderse como una acción.

Delito continuado es cuando se cometen varios hechos que son delito pero la ley lo entiende como un único delito continuado. Si una parte del delito continuado se produce bajo la vigencia de una ley y otra parte bajo la vigencia de otra.

- STS de 31 de octubre de 2001 de la Sala 2ª de lo Penal: Consiste en un sujeto que realizó actos de abusos sexuales con dos de sus hijas pequeñas (1994-1997). Con una de ellas se habían realizado varios actos durante el Código Penal antiguo de 1973 y varios con el Código Penal nuevo de 1995 (siendo éste más grave); pero con la otra varios actos se habían realizado bajo la vigencia del primero, pero sólo uno bajo la del segundo. En principio todos ellos deberían formar un delito continuado, para lo que debe reunir ciertos requisitos, como que se realicen con la misma finalidad o con idéntica ocasión. ¿Qué ley se aplica en este caso?

La Audiencia Nacional aplica para el caso de ambas hijas el Código Penal de 1995 entendiendo que en el caso de la segunda hija al continuar incurriendo en el delito se aplica la ley vigente en la última infracción (entendiendo que asumía la nueva pena). Aunque parece ir contra la irretroactividad de la ley penal desfavorable.

El art. 132 CP determina: “(...) en los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta”. Aunque es aceptado por el Código no es claro y en su momento fue muy criticado por la doctrina. Pero no se acepta en ningún caso, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo, en caso de desarrollar unos actos siendo menor o loco, no se juzgarían igual que cuando se es mayor o se estaba cuerdo, no pudiendo englobar todo en un delito continuado.

El Tribunal Supremo no aceptó la sentencia de la Audiencia Nacional y consideró que era contraria al principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable. Por tanto debía aplicarse el Código de 1973, pero para el acto posterior sería una aplicación ultraactiva de éste. Se puede al acto bajo la vigencia del Código Penal de 1995 aplicársele éste, no entendiendo el último hecho como delito continuado, sino considerándolo aisladamente (que es por lo que optó el Tribunal Supremo). También se podría defender que se trate de un delito continuado y debería aplicarse ultraactivamente el Código Penal de 1973.

TEMA 6 – Vigencia espacial de la Ley penal

Si decíamos que la ley penal no es temporal ilimitada, tampoco lo es en el espacio, las leyes penales tienen una vigencia espacial limitada (al menos la ley penal ordinaria).

La ley penal española (como la de todos los países) tiene una vigencia espacial, no se aplica a cualquier hecho cometido en cualquier sitio, sino normalmente a hechos cometidos en territorio determinado (territorio español normalmente, pero no sólo).

Principio de territorialidad:

Es el principio básico que se aplica en la ley penal española. Se recoge en el art. 23.1 LOPJ: “En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte”

El principio de territorialidad dice que las leyes penales se aplican a todos los delitos cometidos en el territorio español, así lo dispone también el art. 8.1 Cc: “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

Da igual quién lo cometa, basta con que se cometa en territorio español para que se aplique la ley penal española y se juzgue en los tribunales españoles (aunque el delincuente y la víctima sean extranjeros).

El principio de territorialidad no es más que una consecuencia del principio de soberanía (no hay soberanía si el Estado no ejerce al menos la competencia penal en todo el Estado); por lo que en principio los delitos cometidos fuera de territorio español no serían juzgados por tribunales españoles, aunque algunos delitos cometidos fuera del territorio español sí pueden ser juzgados por la ley penal española.

¿Qué se entiende por territorio español? El concepto territorio es un concepto jurídico que está definido por las reglas del Derecho Internacional Público, muy sucintamente indica que contiene el territorio continental con las aguas interiores, el territorio insular (Canarias, Baleares y algunas islas norteafricanas) e igualmente comprende el llamado mar territorial que abarca 12 millas náuticas sobre la bajamar escorada. A efectos penales las embajadas españolas serían territorio español aunque con un régimen espacial. Igualmente se aplica la ley penal española los buques y aeronaves españoles.

Lugar de comisión del delito:

Se plantea determinar dónde se considera cometido un delito cuando se han realizado distintas partes de éste en distintos territorios. Por ejemplo si se prepara y

planifica un delito en Francia y se ejecuta en España (una carta-bomba que se envía desde París y explota en Madrid matando a una persona).

En el Código Penal no hay ninguna regla para el lugar de comisión, la doctrina distingue tres posibles teorías:

1. Teoría de la actividad: El delito se entiende cometido donde se comete la acción u omisión.
2. Teoría del resultado: El delito se entiende cometido en el lugar donde se produce el resultado.
3. Teoría de la ubicuidad: Conforme al cual el delito se entenderá cometido tanto donde se realizó la acción como el resultado. Es la más aceptada, y es la que aparecía recogida en algunos proyectos, pero al final no ha aparecido.

La ultraterritorialidad de la Ley penal:

La ley penal española se aplica en algunos casos a hechos cometidos fuera del territorio español. Dicho en otros términos, el principio de territorialidad tiene algunas excepciones. Nuestro Derecho contempla algunos principios de ultraterritorialidad de la ley penal: principio de personalidad activa, principio real o de protección de interés y principio de justicia penal universal. Estos tres principios son de ultraterritorialidad frente al principio de territorialidad recogido en el art. 23.1 LOPJ.

1. Principio de personalidad activa (art. 23.2 LOPJ): Cuando ha cometido un delito un nacional español o un extranjero nacionalizado español con posterioridad a la comisión del delito fuera del territorio español, pero se le detiene en España, conforme al principio de Derecho Internacional de no extradición de los nacionales, se le juzgará aquí, ya que de lo contrario quedaría impune, rigiendo el principio de personalidad.

El art. 23.2 LOPJ establece: “Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a. Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- b. Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.
- c. Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la

hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.”

Principio de personalidad activa, no se hace referencia al principio de personalidad pasiva, recogido en el Derecho español clásico y en otros ordenamientos. Ahora no está contemplada esta extensión de la jurisdicción cuando la víctima sea española (hechos delictivos cometidos contra un español en el extranjero).

Este principio de personalidad pasiva dejó de estar vigente a raíz del aborto, ya que se acudía al extranjero para abortar y el Tribunal Supremo comenzó a perseguir a las abortistas en base al principio de personalidad pasiva, al entender que el feto era español. El Tribunal Constitucional anuló las sentencias del Tribunal Supremo, y para solucionarlo se evitó incluir el principio de personalidad pasiva en el ordenamiento español.

2. Principio real o de protección de intereses (art. 23.3 LOPJ): La ley penal española se puede aplicar también a hechos cometidos fuera de España, con independencia de que el delincuente sea español o extranjero, siempre que sean hechos que por su naturaleza afecten a intereses especiales del Estado español, una serie de supuestos que recoge el art. 23.3 LOPJ, y que tienen en común que afectan a intereses españoles (seguridad interior y exterior, traición, acuñación de moneda, delitos contra la Corona...).

En concreto el art. 23.3 LOPJ determina: “Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. De traición y contra la paz o la independencia del estado.
 - b. Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
 - c. Rebelión y sedición.
 - d. Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del Sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los Sellos públicos u oficiales.
 - e. Falsificación de Moneda española y su expedición.
 - f. Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
 - g. Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
 - h. Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
 - i. Los relativos al control de cambios.”
3. Principio de justicia penal universal (art. 23.4 LOPJ): Principio que hasta hace poco era un principio anecdótico, pero que modernamente con la globalización

(también de la justicia) ha ido adquiriendo mayor protagonismo, en especial por la actuación de los tribunales españoles para resolver el caso Pinochet.

Se trata de la aplicación de la jurisdicción española sobre hechos cometidos fuera de España, siempre que afecten a intereses vitales para la Comunidad Internacional. Hay dos tipos de delitos: delitos que afectan a toda la Comunidad Internacional (genocidio, torturas, terrorismo...) y delitos cometidos de manera internacional, su comisión se difumina a lo largo de distintos Estados, no está muy localizado en un territorio (tráfico de drogas, armas...)

El art. 23.4 LOPJ establece: “Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. Genocidio.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Falsificación de moneda extranjera.
- e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f. Trafico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.”

El art. 23.5 añade: “En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c del apartado 2 de este artículo” (que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda).

Esto podría dar lugar a la denuncia de todo, lo que dio lugar a una jurisprudencia en la que se modifica la interpretación de este principio y se restringe su aplicación, ya que a raíz del caso Pinochet y el caso de los crímenes en Guatemala, provocaron que la Audiencia Nacional se viese desbordada por casos internacionales.

Especialmente destacable en esta línea es la STS del caso Guatemala, de 15 de febrero de 2003. En esta sentencia se entendió que pese al tenor literal del art. 23.4 LOPJ que proclama el principio de justicia penal universal, a ningún Estado particular le corresponde unilateralmente establecer el orden del mundo conforme al Derecho Penal, y España no puede convertirse en un Tribunal Penal Internacional. Se dijo que más bien hace falta un punto de conexión entre el Estado y el hecho que se quiere perseguir, que legitime la extensión extraterritorial de la jurisdicción. Este punto normalmente se interpreta que se da

cuando hay víctimas españolas, lo que de algún modo se acerca al principio de personalidad pasiva. Esta jurisprudencia restringe el art. 23.4 LOPJ.

En principio sólo cabe recurrir al principio de justicia universal con carácter subsidiario, es decir, que no hayan sido perseguidos en el país que se cometieron. En la STS de 20 de mayo de 2003 para delitos cometido en Perú, el Tribunal Supremo consideró que no se podía emplear el principio de justicia universal porque los hechos tras el cambio de Gobierno en Perú estaban siendo perseguidos. El Tribunal Supremo habla de un principio de necesidad de intervención condicional que excluiría el principio de justicia universal cuando se estuviese persiguiendo en el país de origen.

La STS de 15 de noviembre de 2004, en el caso Scilingo. Se consideró que la Audiencia Nacional tenía derecho a investigar ese hecho, dado que había un vínculo de nacionalidad, concretamente víctimas de torturas españolas. El culpable fue detenido en territorio español por atentar contra intereses de la Humanidad, y al no estar siendo juzgado en Argentina se aplica el art. 23.4 LOPJ, dándose todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que siga adelante el proceso en España.

La extradición:

Se puede definir la extradición como la entrega entre Estados de un acusado o condenado que buscó refugio en el Estado requerido para ser juzgado o para ejecutar la condena en el Estado requirente. Por tanto la extradición no es una mera entrega de una persona, sino un procedimiento formal regulado internacionalmente en el que interviene el poder judicial y que tiene ciertos requisitos.

El fundamento de la extradición es el interés de los diferentes Estados de impedir la impunidad, habiendo detrás una cierta comunidad de intereses que la admiten.

Hay dos tipos distintos de extradición:

1. Extradición activa: Se regula en nuestro Derecho en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los artículos 824 ss. Habrá extradición activa cuando sea España el país requirente, cuando España solicite la extradición de una persona que se encuentra en otro país para juzgarlo aquí.
2. Extradición pasiva: Se regula en la Ley de Extradición Pasiva, de 21 de marzo de 1985. Habrá extradición cuando España sea el Estado requerido.

En materia de extradición tienen mucha importancia los tratados de extradición que España ha firmado con otros países (acuerdos bilaterales y multilaterales), que tienen valor de fuente normativa.

La Constitución también hace referencia a la extradición en el art. 13.3 CE donde establece: “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o

de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”.

Dentro de las clases de extradición a veces también se diferencia entre una extradición judicial (controlada por el poder judicial), una extradición gubernativa (controlada por el poder ejecutivo) y una extradición mixta (donde intervienen tanto los órganos judiciales como el poder ejecutivo).

Principios que rigen en materia de extradición:

- Principio de legalidad: Aparece en parte en el art. 13.3 CE: “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley (...)”; y también en el art. 1 de la Ley de Extradición Pasiva: “Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte (...)”
- Principio de doble incriminación: Significa que sólo se concede la extradición para aquellos delitos que son delitos tanto en el Estado requirente como en España, así lo establece el art. 2 de la Ley de Extradición Pasiva: “Se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes Españolas y las de la parte requerente señalen una pena o medida de seguridad (...)”
- Principio de especialidad: Conforme al art. 21 de la Ley de Extradición Pasiva la extradición se concede sólo para delitos determinados, de manera que si se pretende también juzgar otros hechos anteriores y distintos se requiere una solicitud de extradición ampliatoria, si no, no se le podrá juzgar por ello.
- Principio de reciprocidad: Aparece recogido en el art. 13.3 CE: “(...) atendiendo al principio de reciprocidad (...)”; y en el párrafo 2º del art. 1 de la Ley de Extradición Pasiva: “En todo caso, la extradición sólo se concederá atendiendo al principio de reciprocidad. El Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente”.
- Principio “non bis in idem”: Se recoge en el art. 4.5 de la Ley de Extradición Pasiva: “Cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a ésta cuando se hubiere decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada.”

Hay algunas restricciones que establecen las leyes españolas a la extradición:

1. Por razón de los sujetos España:
 - a. No se puede conceder la extradición de ciudadanos españoles (art. 3.1 de la Ley de Extradición Pasiva).

- b. No se puede conceder la extradición de aquellas personas que deban ser juzgadas en España
 - c. No se puede conceder la extradición de personas que tengan concedido el asilo territorial (art. 4.8 de la Ley de Extradición Pasiva y la Ley que regula el Régimen de los Asilados y Refugiados de 1974).
 - d. No se concede la extradición de menores de 18 años, siempre que tenga residencia habitual en España y que se acredite que la extradición pueda impedir su reinserción social.
2. Por razón de la competencia de los Tribunales:
- a. No se concede la extradición por hechos que sean de la competencia de tribunales españoles.
 - b. No se concede la extradición por hechos que vayan a ser juzgados por tribunales de excepción en el país requirente (art. 4.3 Ley de extradición pasiva).
3. Por razón de la naturaleza del delito:
- a. No se puede conceder la extradición por delitos políticos (art. 4.1 Ley de Extradición Pasiva y art. 13.3 CE). Dice la Constitución que no se consideran crímenes políticos los actos de terrorismo; y añade la Ley de extradición pasiva que tampoco los crímenes de genocidio y asimilados, los crímenes contra la Humanidad previstos en el Convenio Internacional para la prevención del genocidio; tampoco los atentados contra la vida de un jefe de Estado o un miembro de su familia.
 - b. No se concede la extradición por delitos militares (art. 4.2 de la Ley de Extradición Pasiva), sin perjuicio de los tratados internacionales suscritos y ratificados por España.
 - c. Igualmente queda excluida la extradición por delitos de prensa (art. 4.2 de la Ley de Extradición Pasiva).
 - d. No se concede la extradición por los delitos perseguibles a instancia de parte (art. 4.2 de la Ley de Extradición Pasiva), salvo los delitos de agresiones, abusos sexuales y contra la libertad sexual)
4. Por razón de la naturaleza de la pena: Conforme al art. 4.6 de la Ley de Extradición Pasiva no se concede la extradición si el Estado requirente no da garantías de que a la persona reclamada no se le aplicará la pena de muerte, penas que atenten contra su integridad, penas inhumanas o degradantes.
5. Por razón de la escasa gravedad del hecho delictivo: Conforme al art. 2.1 de la Ley de Extradición Pasiva sólo se concede la extradición si el hecho está sancionado tanto en España como en el otro país con una pena no inferior a un

año de privación de libertad. Y si la extradición se pide para ejecutar una condena ya puesta, la condena tiene que ser de al menos cuatro meses de privación de libertad. Sin embargo de acuerdo al art. 2.2 de la Ley de Extradición Pasiva si la extradición se pide por varios hechos y alguno de ellos no supera estos límites se puede conceder por todos ellos, basta con que uno de los delitos supere el límite para que se pueda conceder por todo lo demás.

6. Extradición fraudulenta: Conforme al art. 5.1 de la ley de Extradición Pasiva no se concede la extradición cuando haya razones fundadas para creer que la solicitud de extradición se ha hecho de forma fraudulenta; esto es, se hace una solicitud ordinaria pero lo que se persigue es detener al sujeto por razón de raza, religión, sexo...

Normas penales supranacionales:

Una consecuencia básica del derecho de soberanía que el ius puniendi corresponde por regla general al Estado, cada Estado decide qué es delito en su ámbito de competencia.

Sin embargo cada vez más los Estados buscan un Derecho Penal con una cierta validez supraestatal. Hoy por hoy no existe un Derecho Penal internacional en el sentido estricto del término, pero históricamente y en la actualidad hay regulaciones en ciertos ámbitos que tratan de establecer un sistema penal desvinculado de la soberanía del Estado, un Derecho Penal supranacional. Esta finalidad busca también el principio de justicia penal universal, pero a través de la legislación penal estatal, extendiendo la soberanía a actos fuera de su territorio, lo que tiene muchos inconvenientes.

La inexistencia de un Tribunal Penal Internacional es uno de los grandes problemas. Como cada Estado decide lo que es delito y lo que no lo es, se impide la uniformidad en la legislación penal.

Algunas organizaciones internacionales supranacionales incluyen alguna disposición penal, pero actualmente tiene una importancia menor. En los Tratado de la UE hay alguna referencia a ámbitos de Derecho Penal, pero no hay un Derecho penal de la UE ni de Naciones Unidas.

El intento quizás más interesante en la justicia penal internacional es el caso de algunos tribunales internacionales que se crearon para dar una respuesta jurídica consensuada por algunos países a ciertos delitos determinados histórica y territorialmente. Son ejemplos claros los Tribunales de Nuremberg y Tokio posteriores a la II Guerra Mundial, tienen el inconveniente de que no son independientes ya que se crean para casos concretos. Actualmente hay dos tribunales que tienen una cierta importancia, que son los Tribunales Internacionales para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la Antigua Yugoslavia y para los delitos cometidos en Ruanda. Tribunales ambos promovidos por Naciones Unidas y que siguen en funcionamiento, pero se refieren a hechos muy concretos cometidos en estos dos sitios.

- Tribunal Penal Internacional: Modernamente auspiciado por Naciones Unidas se ha puesto en marcha el Tribunal Penal Internacional que pretende no ser un tribunal limitado a un determinado conflicto, sino que pretende tener una validez internacional y sin limitaciones en el tiempo. Pero no ha sido firmado por todos los Estados y tiene competencias limitadas (a unos delitos determinados), sí pretende extenderse a todo el mundo, aunque está limitado por los países firmantes.

Su proceso de creación se inició en una Conferencia en Roma de plenipotenciarios que se celebró el 17 de julio de 1998, acudieron delegaciones de 160 países, 17 organizaciones internacionales, 14 organismos representantes de la UE y 124 ONG's. Se aprobó el Estatuto de Roma con 120 votos a favor, 17 abstenciones y 7 en contra (Estados Unidos, India, China, Turquía, Sri Lanka, Filipinas e Israel) que no veían con buenos ojos el enjuiciamiento de sus nacionales.

Para la entrada en vigor se exigen 60 ratificaciones, España lo ratificó en el año 2000 (BOE de 5 de octubre de 2000) y entró en vigor el 1 de julio de 2002. Tiene su sede en La Haya y está compuesto por 18 jueces (11 varones y 7 mujeres), el fiscal general es un conocido jurista argentino. El principal inconveniente es que algunos países importantes no han firmado el Estatuto.

Este Tribunal tiene competencias:

- *Competencia personal*: Tiene competencia para mayores de 18 años.
- *Competencia espacial*: Tiene competencia sobre delitos de nacionales de países firmantes o delitos cometidos en países firmantes (lo que ha dado lugar a un conflicto con EEUU).
- *Validez temporal*: En cuanto a su validez temporal, la Corte no actúa de manera retroactiva, por lo que sólo tiene efectos sobre delitos cometidos después de su entrada en vigor. Los delitos sometidos a su jurisdicción no prescriben.
- *Competencia material*: Se divide en cuatro grupos de delitos:
 - DELITOS DE GENOCIDIO (art. 6 del Estatuto de Roma)
 - CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD (art. 7 del Estatuto de Roma)
 - CRÍMENES DE GUERRA (art. 8 del Estatuto de Roma)
 - CRÍMENES DE AGRESIÓN (art. 9 del Estatuto de Roma): Este último crimen de agresión no está definido en el Estatuto y está pendiente de desarrollo.

Además de éstos contempla algunos delitos contra el funcionamiento del propio Tribunal, como el falso testimonio.

Principios que rigen la actuación del Tribunal Penal Internacional:

- *Principio de legalidad*: Se reconoce expresamente

- *Principio de irretroactividad*
- *Principio de culpabilidad*: Se reconoce en términos muy amplios. En este sentido el Estatuto de Roma recoge de manera pormenorizada causas de inimputabilidad, el error de hecho y el error de derecho (que excluye la intencionalidad) e incluso también causas de inexigibilidad (como actuar bajo coacción...)

En cuanto a las penas que se pueden imponer son de reclusión de hasta 30 años, también incluso reclusión perpetua cuando lo justifique la extraordinaria gravedad del crimen y las circunstancias del condenado. También se contempla la pena de multa y la pena de decomiso (apropiación de los bienes del delincuente, normalmente se refiere a los utilizados en el delito y que han resultado de él).

Se ha abierto el camino para llegar a una justicia penal internacional, al menos de los delitos más graves, con la ventaja y legitimación de no crearse ad hoc y compuesto por juristas de prestigio de todos los continentes.

TEMA 7 – La ley penal y las personas

Históricamente se hablaba de vigencia personal, pero la expresión vigencia personal parecía apuntar a la idea de que el Derecho Penal no era igual para todos, y hay un principio básico que es el de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Sin embargo en Derecho actual el Derecho Penal es el mismo para todos, no hay leyes particulares, en principio las leyes penales obligan a todos, y a todos por igual.

Cuando hay un delito especial, son delitos que sólo pueden cometer esa persona, o si la cometen esas personas es más grave, pero en principio es igual para todos. Existen una serie de situaciones que condicionan la aplicación de la ley penal a personas que tienen atribuidas unas ciertas responsabilidades. Aunque la terminología no es unánime se suele distinguir entre lo que se llaman inviolabilidades e inmunidades.

Inviolabilidad:

La inviolabilidad supone la exclusión total de la punibilidad de hechos que son típicamente antijurídicos y culpables, y que tienen la finalidad de preservar ciertas funciones públicas, especialmente importantes e indelegables, de cualquier interferencia, incluso de las interferencias que pueda provenir de un procedimiento penal. Cuando concurren estas causas se dice que la persona es inviolable y carece de responsabilidad penal.

Por ejemplo el art. 71.1 CE establece: “Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”. Se trata de preservar de manera absoluta la libertad de expresión en la actividad parlamentaria, creándose un ámbito de absoluta libertad de expresión para estas personas en el ámbito de sus funciones. No quiere decir que el hecho sea correcto cuando hay calumnia o injuria, pero no puede ser sometido a un procedimiento penal, dependerá de las medidas sancionadoras que prevean (en su caso) los Reglamentos internos de las Cortes.

Se discute el ámbito de extensión de este precepto, hasta donde llega esta inviolabilidad y si se refiere a cualquier delito de expresión. En general se le da un contenido amplio, incluyendo cualquier delito de expresión.

Otros casos de inviolabilidad son los magistrados del Tribunal Constitucional por las opiniones mostradas durante sus funciones; igualmente el Defensor del Pueblo y sus adjuntos; y por último, los parlamentarios de las Comunidades Autónomas tienen reconocida su inviolabilidad en los Estatutos de sus Comunidades Autónomas.

El caso más extremo de inviolabilidad es la figura del Rey, el art. 56.3 CE dice: “La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad (...)”. Respecto a este artículo se interpreta en general que el objeto de la inviolabilidad es absoluto, abarca tanto los actos propios del cargo como los de su vida privada. Otros

han propuesto que el Rey sea inviolable en el ejercicio de sus funciones e inmune en el resto. Esto no significa que los actos del Rey no sean antijurídicos, pero desde el punto de vista judicial no puede ser sometido a responsabilidad.

Inmunidades:

En principio la inmunidad será la imposibilidad de ser sometido al poder judicial, pero lo cierto es que normalmente se habla de inmunidad para referirse a una serie de garantías procesales de carácter excepcional que ostentan las personas por su cargo. Estas garantías de alguna manera establecen un límite o régimen especial para poder perseguir los delitos que cometan ciertas personalidades en el ejercicio de sus cargos. El fundamento de las inmunidades es garantizar la independencia de actuación de estas personas por el cargo que ocupan, evitando que sus funciones puedan verse alteradas por procedimientos que pudieran ser injustificados.

Ejemplos en nuestro Derecho serían:

- Inmunidad de los parlamentarios estatales y de los eurodiputados: Se recoge en el art. 71.2 CE: “Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva”. Conforme a esta inmunidad el procesamiento o imputación de estas personas sólo se puede hacer mediante un suplicatorio (consulta a la Cámara) que puede concederse o denegarse. El Tribunal Constitucional ha declarado que la denegación del suplicatorio sólo es correcta cuando dicha denegación sea conforme a la finalidad que persigue la institución de la inmunidad parlamentaria. Según el Tribunal Constitucional no puede interpretarse la inmunidad como un privilegio personal de los parlamentarios, sino que trata de proteger la función parlamentaria contra una utilización incorrecta de la vía penal para intentar así perturbar el funcionamiento de las Cámaras o su composición.
- Inmunidad de los parlamentarios estatales y autonómicos: No podrán ser detenidos salvo en caso de flagrante delito.
- Exención o inmunidad de jurisdicción española: Se atribuye normalmente a los Jefes de Estado extranjeros, los agentes diplomáticos, funcionarios de organizaciones internacionales y a funcionarios diplomáticos y consulares. Hay toda una serie de acuerdos internacionales (Convenio de Naciones Unidas, Convenio de Viena...) que regulan la inmunidad de jurisdicción para estas personas, inmunidad que tienen por finalidad preservar las buenas relaciones entre Estados. Normalmente esta inmunidad suele estar condicionada a la reciprocidad, y suele ir acompañada del compromiso de enjuiciar en el país de origen al supuesto delincuente.

Aforamientos y otras prerrogativas procesales:

Los altos cargos del Estado gozan como garantía procesal de lo que se conoce como aforamiento; esto es, la instrucción y procesamiento de los delitos que pudieran

cometerse no corresponden a los Tribunales ordinarios, sino directamente al Tribunal Supremo o a los Tribunales Superiores de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, si se trata por ejemplo de diputados autonómicos. Este aforamiento se pierde cuando se pierde la condición que los justifica, sólo mientras se ostente ese cargo se tiene ese aforamiento.

TEMAS 8, 9 y 10 – La pena

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INFRACCIÓN PENAL:

Se trata de aquellas consecuencias jurídicas que se pueden dar como respuesta a la comisión de un hecho delictivo.

Dentro del Derecho Penal, la respuesta principal del ordenamiento es la pena, es de hecho la que da nombre a la disciplina, pero no es la única. En nuestro sistema se sigue una doble vía, pena y medida de seguridad. Pero no son las únicas, hay otra serie de medidas que pueden tener importancia. En el marco del Derecho Penal hay quién ha propuesto sustituir la doble vía por una triple vía, introduciendo una tercera vía como es la reparación del daño, pero hoy en día no es una tercera vía en nuestro ordenamiento.

La reparación del daño va adquiriendo cada vez más importancia, especialmente en algunos ámbitos como el Derecho Penal de menores, donde se hace referencia a ello en el art. 19 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores, que distingue la conciliación y la reparación en sentido estricto. En el Código Penal también hay algunas referencias a la reparación, la más importante la del art. 21.5 CP que contempla como circunstancia atenuante la reparación del mal (art. 21.5 CP: “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.”)

Además de estas medidas (la pena y la medida de seguridad) que en el ámbito del Derecho Penal tienen mucha importancia, en Derecho Civil está la responsabilidad civil derivada de delito, que aunque es de materia civil está regulada en el Código Penal. La consecuencia de un delito en la medida en que produzca daños dará lugar a responsabilidad civil derivada de delito. Hay que distinguir la pena de multa y la reparación civil derivada de delito, tienen distinta finalidad aunque ambas consisten en el pago de una cantidad de dinero, tienen diferentes alcances (distintos destinatarios; la responsabilidad civil la puede cubrir un seguro, la multa nunca...)

Hay una serie de consecuencias accesorias del delito, de las cuales la más importante es el comiso o decomiso.

También hay una serie de medidas como consecuencias jurídicas aplicables a personas jurídicas y a empresas.

CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA: TEORÍAS ABSOLUTAS, RELATIVAS Y MIXTAS:

Concepto de pena:

La pena es la principal consecuencia jurídica del delito.

Los elementos básicos que definen la pena son:

- Respuesta a un hecho ilícito: Supone la infracción de una norma primaria de comportamiento.
- Un mal: Podría considerarse un bien porque trata de evitar que se repita el hecho ilícito, pero es un mal en cuanto supone una intromisión en los derechos personales. Es un mal para el que la sufre, aparece como una privación o restricción de bienes jurídicos del delincuente. Cuando desde el punto de vista individual la pena no suponga un mal para alguien, o al menos no le afecte, no por ello dejaría de ser un mal como institución. Desde el punto de vista social la pena tiene que aparecer como un bien, o al menos como un mal menor, de hecho el Tribunal Constitucional ha destacado que la pena está sometida al principio de proporcionalidad, o sea, que sólo cuando la pena va a justificar un bien social superior tiene sentido.
- Personal: La pena sólo se aplica a quién ha cometido el hecho ilícito, no a un tercero. Tiene que haber coincidencia entre el infractor y el penado. No todo el mundo está de acuerdo, no todos consideran este elemento como esencial de la pena. Podría existir, e históricamente los ha habido, penas que afectaban a familiares del delincuente. Alfonso de Castro defiende el carácter personal de la pena y no lo considera así cuando se aplica a terceros.
- Imposición por el Estado: La pena tiene que ser impuesta por la autoridad, en concreto por los Tribunales de justicia penal, siguiendo el procedimiento legal previsto.

En conclusión, la pena por su contenido material es un mal, como instrumento funciona porque es un mal; y lo que se consigue, se consigue infligiendo un mal, causando un daño a la persona a la que se aplica. Su presupuesto de aplicación es la comisión de un delito, la infracción culpable de una norma primaria penal. Además se aplica al autor, la pena por tanto es personal. En cuanto a su imposición, la pena se aplica al autor de la infracción y es impuesta por el organismo jurisdiccional competente y siguiendo el procedimiento marcado en las leyes procesales.

Estas características permiten distinguir la pena de otras medidas que no son penas:

- El art. 34.1 CP establece que no se computarán como penas: “La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal”. La prisión preventiva no es una pena, es simplemente una medida cautelar para asegurar el proceso. La prisión preventiva es un mal pero no se impone para causar un daño ni por ser el autor de un delito, sino por ser sospechoso.
- La sanción administrativa no es una pena, no se impone por la comisión de un delito ni por un juez penal, el art. 34.2 CP dice que tampoco se computarán como penas: “Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados”.

- Por último tampoco son penas, dice el art. 34.3 CP: “Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas”.

La pena es un mal; esto es, una privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta a quien ha cometido un delito por el órgano jurisdiccional competente siguiendo el procedimiento previsto en las leyes procesales penales.

Fundamento de la pena:

La culpabilidad se considera el fundamento de la pena. La culpabilidad explica que la pena es merecida para el que se le impone, ya que dependía de él la comisión o no del delito, podía no haber cometido el hecho ilícito, y de esa manera él es responsable. No hay pena sin culpabilidad.

En cambio en la medida de seguridad el fundamento es la peligrosidad.

Hay quien no está de acuerdo en que este sea el fundamento de la pena, porque dicen que la culpabilidad no es demostrable, puesto que el acto ilícito sería una consecuencia de una serie de hechos anteriores sobre los que no tenemos control, todo estaría determinado, estaríamos condicionados, por lo que no debería castigarse, ya que no habría nadie culpable.

Hay otras teorías que consideran la prevención el fundamento de la pena.

Mayoritariamente se entiende que la culpabilidad es el fundamento de la pena. La culpabilidad es lo que permite justificar la sanción, al poder reprochar un hecho a alguien.

Fines de la pena:

La pena es un instrumento y su finalidad es contribuir al mantenimiento de la paz social (como el Derecho). Pero la pena es un instrumento específico y hay que determinar qué se pretende con la pena.

- Prevención especial: Para que el sujeto no vuelva a delinquir:
 - o *Resocialización*: Se busca que la pena sea positiva y que el delincuente se adapte y reintegre a la sociedad (prevención especial positiva)
 - o *Inocuización*: Consistiría en hacer inocuo al delincuente mientras cumple la condena.
 - o *Intimidación*: Consistiría en intimidar al delincuente para que no vuelva a delinquir.

Tanto la inocuización como la intimidación tienen un contenido negativo, imponen limitaciones para evitar que el delincuente vuelva a delinquir (prevención especial negativa)

- Prevención general: Para que nadie cometa ese delito:

- *Coacción/intimidación*: Operaría como una coacción psicológica, intimidación, amenaza (prevención general negativa).
 - *Reafirmación de la norma*: Muchos consideran que es el único fin de la pena, la pena serviría para reafirmar el ordenamiento jurídico, reafirmar la validez de la norma infringida. Se conseguiría la prevención general reafirmando el Derecho (prevención general positiva).
- Retribución: Serviría para retribuir el mal causado. Desde este punto de vista la pena mira hacia el pasado (castiga por haber delinquido).

La prevención mira hacia el futuro y la retribución mira hacia el pasado.

La mayoría de discusiones de la pena se basan en prevención versus retribución.

Teorías de la retribución:

Las teorías de la retribución, que también se denominan en ocasiones teorías absolutas, se vinculan tradicionalmente a dos alemanes muy conocidos, Kant y Hegel.

Para estas teorías la pena no mira hacia el futuro, no tiene como fin la prevención de la comisión de delitos (ni del delincuente ni de la sociedad), sino que mira al pasado, es una respuesta retributiva al hecho cometido, se le impone al delincuente porque ha delinquido, no para que no delinca.

1. Kant: La teoría más conocida es la de Kant, mantuvo una teoría de la retribución radical. Para Kant la pena nunca se puede imponer como medio para conseguir fines ajenos, ya que se estaría tratando al hombre, no como un fin en sí mismo, sino como un objeto. La pena, decía Kant, es un imperativo categórico, y por tal entendía Kant, aquello que representa una acción por sí misma sin referencia a ningún otro fin como objetivo necesario.

La expresión de teorías absolutas, son entendidas como aquellas que ven la pena como un fin en sí misma (sólo mal), no tiene ninguna repercusión.

Kant insistía en que la pena y su fundamento apelan a la gravedad del hecho cometido (en este sentido mira al pasado), algunos piensan que en el fondo piensa en la función preventiva pro futuro, pero no es así en absoluto, y Kant lo explica en el “Pasaje de la Isla”: Si una sociedad que vive en una isla decidiera un día disolverse y dispersarse por el mundo, incluso así habría que ejecutar la pena del último de los condenados, porque no se impone para que otros no delinca, sino por los hechos cometidos por los delincuentes.

La función que Kant realmente atribuye a la pena es retributiva pura, incluso una sociedad que va a desaparecer no puede dejar de ejercitar la pena. Por tanto su finalidad es reparadora, deshacer el mal causado por el delito, algo que parece difícil; Kant defiende que la pena vendría a reparar y preservar la justicia

(concepción idealista de la Justicia, entendida como un principio intangible). Esta idea de reparación se lograría si cuando se hace un mal a otro, la pena que recaería sobre el delincuente sustituiría el mal causado a la víctima; pero esto no es así, sino que el mal de la pena se suma al ya causado por el delincuente (desde el punto de vista de la reparación es un mal que se añade a otro mal). Sí se pueden reparar otras cosas, como el sentimiento de la víctima o de sus familiares, pero es difícil desde el punto de vista de la Justicia de Kant (que el mal causado recaiga sobre el causante). Kant defendería una concepción semejante a la Ley del Tali6n.

Es importante la idea de que tanto el fundamento como la medida de la pena tienen que estar relacionados con los hechos cometidos y no con los hechos que otros vayan a cometer. Mira al pasado para tratar de buscar un fundamento material, y no s6lo al futuro, y mira al futuro para determinar la medida de la pena, en este sentido se reconoce que la pena debe ser proporcional. Pero adem6s la pena mira al futuro para evitar que se vuelva a repetir el delito (pero no para Kant).

2. Hegel: Mantuvo tambi6n una teor6a que se considera retributiva, aunque algunos lo cuestionan. De hecho la teor6a de Hegel ha revivido de alguna forma bajo las teor6as de la prevenci6n general positiva.

La concepci6n de la pena de Hegel, para 6l la pena no mira hacia el futuro sino hacia el pasado. Pero lo que pretende no es, como Kant, defender como tal la Justicia, sino mantener la vigencia de la norma y el ordenamiento jur6dico infringido. De hecho la ley, el Derecho, expresa la voluntad general (el deber ser). El particular que delinque, mediante su delito expresa una voluntad particular opuesta a la voluntad general, as6 que el delito es la negaci6n del Derecho.

La pena ser6a entonces la negaci6n de la negaci6n (negaci6n del delito), y por tanto la reafirmaci6n del Derecho, a costa del infractor y mediante la pena. Mediante la reafirmaci6n del Derecho, 6ste prevalece y evita que se cometan m6s delitos. En este sentido, al reafirmar el Derecho, se reinterpreta como prevenci6n general positiva, no intimidando.

3. Otras: Dentro de las teor6as retributivas hay otras de influencia m6s religiosa, como la teor6a de la expiraci6n.

La diferencia entre Kant y Hegel, es que Kant apela a la concepci6n de Justicia (6tica) y Hegel a la reafirmaci6n del Derecho (un contenido m6s jur6dico).

Teor6as de la prevenci6n:

Para las teor6as de la prevenci6n la pena no mira al pasado, sino que trata de prevenir la comisi6n de futuros hechos. Se distingue entre prevenci6n general, cuando se defiende que la pena trata de prevenir la comisi6n de delitos por parte de la sociedad en su conjunto o cualquier persona que no ha delinquido lo haga;

mientras que se habla de prevención especial cuando se trata de evitar la reincidencia, que el que delinque vuelva a delinquir.

1. Teorías de la prevención general: Se distingue entre una prevención general positiva y negativa.

a. *Teoría de la prevención general negativa*: La concepción clásica de la prevención general es la teoría de la prevención negativa, que también se conoce como teoría de la intimidación o teoría de la coacción psicológica. Tuvo mucha importancia sobretodo en la época de la Ilustración, y sigue teniendo mucha importancia, especialmente en el mundo angloamericano.

Entre los autores clásicos que la defienden destaca Bentham. También Feuerbach, gran autor alemán de la Ilustración (finales del siglo XVIII principios del XIX). Feuerbach escribía entonces en Alemania, cuando tenía mucho éxito la teoría de la prevención (especial), que era defendida sobretodo por Stübel y Grolman. En una obra Feuerbach comienza destacando las teorías de la pena y exponiendo su teoría de la coacción psicológica, oponiéndose a la teoría de la prevención especial de Stübel y Grolman, logrando mucho éxito; tanto, que Stübel se pasó a la corriente de Feuerbach (aunque manteniendo sus reservas).

Feuerbach entendía que la pena funciona en el momento de la amenaza, en el momento en que aparece descrita en la ley y se remite a la sociedad. En el momento de la amenaza la pena tiene como función introducir en el proceso de decisión de los ciudadanos, como un elemento psicológico de coacción, que permita contrarrestar la posible inclinación del autor a cometer el delito. La pena actúa por tanto intimidando a la sociedad, antes de que el delincuente pueda delinquir.

Hoy en día lo cierto es que hay un cierto rechazo a este planteamiento, aunque otros abiertamente lo consideran razonable, otra cosa es que toda la pena se reduzca a esto. En general no gusta que el Derecho intimide, pero no se puede negar sensatamente que la pena actúa en alguna medida de esta forma. Es parte de la explicación de la pena, pero no es toda la explicación de la pena.

Hay momentos históricamente en que se rebaja la fuerza de la justicia, entonces aumenta enormemente el crimen, ya que desaparece la amenaza.

Kant y Hegel detestan esta explicación porque consideran que es tratar al hombre “como un perro”.

b. *Teoría de la prevención general positiva*: Modernamente las teorías de la prevención general han adquirido más protagonismo a través de las teorías de la prevención general positiva. Según esas teorías la finalidad de la pena sería la prevención general no lograda a través de la coacción, sino mediante la conformación de la conciencia jurídica colectiva. La pena tendría por finalidad restablecer la confianza de los ciudadanos en la

norma que ha sido puesta en cuestión por el delincuente con su delito. La pena quiere reafirmar el orden jurídico.

En la prevención general modernamente tiene importancia un autor alemán, Jakobs, con muchos seguidores, más fuera de Alemania que dentro. Jakobs ha reconocido las vinculaciones de su teoría de la prevención general positiva y la concepción retributiva de Hegel. Para Jakobs la pena opera como una reacción frente a la infracción de la norma, que refuerza su obligatoriedad, y que se hace a costa del infractor. Las normas fijan expectativas recíprocas de los integrantes de la sociedad, y el delincuente viene a quebrar la confianza en que los demás actuarán conforme a la norma. La norma tiene una pretensión de validez que es rota por el delincuente.

Jakobs no es el único autor de las teorías de la prevención general positiva, y hay algunos que se separan de sus argumentos funcionalistas.

Lo que dice la teoría de la prevención general positiva es razonablemente correcto para que las normas se cumplan, pero las peculiaridades de la pena, su carácter instrumental, no operan de esta forma. La reafirmación de la pena se puede hacer de una forma positiva o negativa. La positiva es la adhesión a las normas porque parezca algo positivo por los destinatarios, algo bueno, justo, razonable, útil; lo que provoca una adhesión instantánea. Que el Derecho debe funcionar así en la medida de lo que pueda es cierto, es evidente que debe procurar esa adhesión positiva al Derecho. Pero la pena no favorece esa adhesión positiva al Derecho, ya que la pena es un mal y contribuye a reafirmar las normas, pero por la vía negativa. Una sociedad no puede basarse en la reafirmación de la norma por medio de las penas. Cuando menos el ciudadano está dispuesto a cumplir la norma, más hay que acudir a la pena, el Derecho Penal funciona así, utilizando un instrumento negativo (un mal, un castigo), no cabe sólo como instrumento positivo, disimulando su naturaleza. La pena es indispensable, pero no debe ser la única vía y debe utilizarse como última “ratio legis”.

La teoría de la prevención general positiva lo que dice es correcto, pero no para la pena, mediante la mejora del contenido de las normas... Cuando no funciona esto, no queda más remedio que acudir a la pena como instrumento negativo.

2. Teorías de la prevención especial: Considera que la función de la pena es evitar la reincidencia de quien ya ha delinquido, por tanto el efecto principal de la pena se produce en la imposición y ejecución de la misma, y no en el momento de la amenaza.

Tiene una larga tradición en la Historia del Derecho, entre los que destacan Stübel y Grolman. En España tuvieron importancia las teorías correccionalistas que se importaron del autor alemán Röeder, seguidos del Krausismo. El principal

autor correccionalista en España fue Pedro Dorado Montero, profesor de la Universidad de Salamanca.

Las *teorías correccionalistas* parten de una visión del delincuente, no como una persona que actúa de forma libre y voluntaria contra el Derecho, sino como una persona “enferma” que necesita corrección, ayuda. La pena entonces lejos de ser un mal es un bien, porque lo que trata es de ejercer un influjo bienhechor sobre el ánimo del penado (pensamientos, voluntad y sentimiento), decía Röeder. Dorado decía que el juez opera casi como un médico que trata de corregir la conducta del delincuente.

La concepción correccionalista de alguna forma reciben su influencia del *positivismo criminológico italiano*, defendido por autores como Ferri, Lombroso o Garofalo. Lombroso era un defensor de las teorías del hombre delincuente por nacimiento, según él las inclinaciones criminales se traducían en rasgos físicos, y en función de ellos clasificaba a los criminales. Los autores del positivismo criminológico partían de la idea de que no existe la libertad del hombre, un planteamiento determinista, negaban que la pena pudiese basarse en la culpabilidad, en el libre albedrío o libertad. Pero la pena sí puede convertirse de cara al futuro en una medida de seguridad de la peligrosidad del autor, examinar en que medida un sujeto es peligroso y actuar frente a él.

En Alemania por su parte volvió a adquirir mucha importancia la teoría de la prevención especial de la mano de la *escuela sociológica de Von Liszt*, principal penalista alemán de finales del siglo XIX y principios del XX, muy importante en la teoría del delito. Para Vonz Liszt la pena correcta es la pena necesaria, según la prevención especial la pena sólo se justifica con esta finalidad de evitar que el delincuente vuelva a delinquir. La pena como prevención especial actúa de tres formas según el delincuente al que se enfrente:

- a. *Delinquentes ocasionales y corregibles*: La pena actuaría de manera negativa mediante la intimidación.
- b. *Delinquentes habituales pero corregibles*: La pena opera principalmente mediante la resocialización.
- c. *Delinquentes habituales no corregibles*: Frente a ellos la pena opera de manera negativa inocuizándolos (haciéndolos inocuos), apartándolos de la sociedad.

Igual que pasaba en la prevención general, dentro de la prevención especial también se puede distinguir entre positiva (resocialización) y negativa (intimidación e inocuización del delincuente).

La resocialización es un instrumento muy adecuado de lucha contra el delito, y en este sentido se pueden entender la referencia del art. 25 CE cuando dice que las penas estarán orientadas a la resocialización. Sin embargo la historia pone de relieve que la pena no es siempre un instrumento válido para la resocialización, más bien en ocasiones se demuestra lo contrario, que tenga efecto

desocializadores (contacto con delincuentes, rechazo de la sociedad...) y es difícil que tenga efectos resocializadores. Si se atiende a las medidas de resocialización, más bien se observa que son medidas que consisten en renunciar a la pena o atemperar su vigor, o bien en general se trata de buscar medidas alternativas a la pena (libertad condicional, permisos...) Tiene que ver con utilizar la duración de la pena para medidas educativas o bien otras actividades de utilidad sustitutivas de la pena.

La prevención especial negativa es claramente para intimidar o inocular, en ocasiones claramente como la pena de muerte, pero en cualquier caso no tiene efecto resocializadores.

Teorías unitarias:

Modernamente se han propuesto teorías llamadas unitarias o de la unión, que de alguna manera tratan de conjugar los distintos fines de la pena. Jakobs critica estas teorías de la unión, pero han tenido y tienen importancia.

Normalmente todas parten de que el fin de la pena es proteger a la sociedad, y se asignan a la pena distintas funciones según el momento en que actúe. Así se ha dicho que en el momento de la conminación penal la pena actúa como coacción psicológica (teoría de la prevención general negativa); aunque el marco de la pena debe guardar una proporción a la gravedad del hecho tipificado como delito.

En el momento de la imposición la pena sirve para reafirmar la sociedad de la amenaza, reafirmar la validez del ordenamiento jurídico (teoría de la prevención general positiva). Pero también en el marco de la imposición el juez debe atender en parte a la persona concreta a la que impone la pena, y desde luego la pena impuesta nunca puede superar la medida de la culpabilidad, nunca por razones preventivas se puede imponer una pena superior a la pena que marca la culpabilidad del autor.

En el momento de la ejecución predomina la prevención especial, debe aprovecharse ese momento para buscar la resocialización del delincuente en la medida de lo posible (buscando optativas, beneficios penitenciarios, acortando la pena...)

El Tribunal Constitucional ha interpretado que la resocialización no es la única finalidad de la pena, por lo que en nuestro ordenamiento es perfectamente admisible una teoría de la unión. La pena debe mirar al pasado para establecer la culpabilidad y también al futuro para prevenir que vuelva a delinquir.

SISTEMA Y CLASIFICACIÓN LEGAL DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL:

El Código Penal español contempla tres tipos de penas en cuanto al contenido de la pena:

- Privativas de libertad (con mucha diferencia las principales).
- Privativas de derechos.

- Pena de multa.

En cuanto a su gravedad el Código penal distingue:

- Penas graves (se aplican a los delitos graves).
- Penas menos graves (se aplican a los delitos menos graves)
- Penas leves (se aplican a las faltas).

Establece el Código que las penas pueden ser también:

- Principales (establecidas en la parte especial para cada delito)
- Accesorias (ciertas penas van acompañadas de otras accesorias, aunque en la parte especial no diga nada).

En cuanto a la manera en que las leyes penales establecen las penas:

- Penas únicas
- Penas cumulativas (dos o más penas de la misma naturaleza que se cumplen conjuntamente)
- Penas alternativas (dan opción a elegir)

Hay veces que se mezclan (por ejemplo dos cumulativas y una alternativa)

Por último hay que distinguir:

- Penas originarias (fijadas por ley para cada delito)
- Penas sustitutivas (en algunos casos se le da la posibilidad al juez de sustituir una pena por otras).

Penas privativas de libertad:

En nuestro ordenamiento se contemplan tres penas privativas de libertad: prisión, localización permanente y de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

1. Pena de prisión: La pena de prisión es, con mucho, la más importante de las penas. Priva al penado de su libertad recluyéndolo de manera continuada en un establecimiento penitenciario. La pena de prisión puede oscilar entre 3 meses y 20 años, pero puede en algunos casos ser inferior a 3 meses o superior a 20 años. El Código dice excepcionalmente, pero hoy en día la excepción es algo más que una excepción, hay varios casos. La pena de prisión puede llegar en algunos casos hasta los 40 años (límite máximo excepcional) en casos de concurso real de delitos, también se puede superar el límite de los 20 años en algunos delitos especialmente graves (terrorismo, asesinato, delitos contra Jefes de Estado nacionales y extranjeros...), normalmente delitos contra la vida.

En cuanto a la ejecución está regulada en el Código Penal en parte, pero sobretodo en la legislación penitenciaria. La legislación penitenciaria principal es la que está contenida en la Ley General Penitenciaria, de 26 de septiembre de

1979 y el Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996. El sistema más habitual del mundo, y es el que sigue nuestro Derecho, es el sistema progresivo o sistema de individualización científica. La pena se divide en varias fases o grados con crecientes beneficios que de alguna manera van haciendo la pena menos rigurosa, van mejorando las condiciones del penado. El reo puede ir progresando atendiendo a sus méritos y su comportamiento.

Hay cuatro fases del cumplimiento:

- 1^{er} grado o régimen cerrado (se aplica sólo a delincuentes de alta peligrosidad).
- 2^o grado o régimen ordinario
- 3^{er} grado o régimen abierto
- 4^o grado o libertad condicional.

Salvo en el caso de la libertad condicional, que es necesario pasar antes por el régimen abierto, no es necesario pasar por los regímenes anteriores. Puede ser condenado alguien directamente en régimen abierto. Pero en las últimas reformas se ha limitado el 3^{er} grado estableciendo en el art. 36.2 CP: “Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta (...)”, sin embargo continúa “(...)El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (...) cuando no se trate de delitos de terrorismo (...) o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente (...) la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

Los tres primeros grados se cumplen en establecimientos de cumplimiento, que pueden ser de régimen cerrado (mayor vigilancia, restricciones al movimiento, celdas individualizadas), régimen ordinario y régimen abierto (semilibertad).

Los jóvenes cumplen condena separados de los adultos. Hay centros preventivos (para gente que todavía no ha sido juzgada). También hay establecimientos especiales para personas con enfermedades, establecimientos psiquiátricos o de rehabilitación social

El cómputo de la pena el art. 38.1 CP dice que cuenta desde el día en que la sentencia condenatoria ha quedado firme: “Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme”; pero se le abona el tiempo pasado en prisión preventiva. Se puede abonar también la prisión preventiva pasada en otra causa distinta siempre que no haya sido ya abonada en esa causa, pudiendo hacerse de oficio o a petición del penado; pero es necesario que sea posterior al hecho delictivo que motiva la pena a la que se va abonar la prisión preventiva. Lo mismo que se hace con el abono de la prisión preventiva se hace con cualquier privación de derechos, y si es de distinta naturaleza de la pena, el juez debe determinar que parte de la pena se entiende ejecutada por compensación.

Si el reo no está preso, entonces rige el art. 38.2 CP: “Cuando el reo no estuviere preso, la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento”.

Las penas de prisión llevan aparejadas unas penas accesorias que se regulan en los arts. 55 y 56 CP*.

2. Pena de localización permanente: Una pena novedosa es la llamada pena de localización permanente, aunque se parece al antiguo arresto domiciliario. Conforme al art. 37.1 CP esta pena: “(...) tendrá una duración de hasta 12 días. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia”. En el Código esta pena de localización permanente es una pena siempre leve, sólo se aplica a las faltas (art. 33.4.g)). Aunque su duración es de hasta 12 días, podría haber una duración superior cuando opere como responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa.

El art. 37.2 establece que: “Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada”.

En cuanto a su incumplimiento, el art. 37.3 determina: “Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468” (delito de quebrantamiento de condena).

3. Pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (remisión a pena de multa)

Penas privativas de derechos:

Todas las penas privan de ciertos derechos, pero se reserva este nombre para aquellas que no privan de libertad ni de propiedad, pero privan de otros derechos:

- Inhabilitación absoluta: Produce la privación definitiva de todos los honores, empleos, cargos públicos.
- Inhabilitación especial: Priva sólo de ciertos derechos, cargo público, derecho de sufragio pasivo, profesión, industria, comercio y para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o curatela.
- Suspensión de empleo o cargo público: Se diferencia de la inhabilitación en que ésta es para siempre y la suspensión es temporal.
- Privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.
- Privación del derecho a la tenencia o porte de armas.

- Privación del derecho a residir en determinado lugar o acudir a ellos.
- Prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares u a otras personas que determine el tribunal: Puede referirse a en cualquier lugar donde se encuentre o a su domicilio, trabajo...
- Prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que indique el tribunal.

El art. 48.4 CP establece que para estas tres últimas: “El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

- Pena de trabajos en beneficio de la comunidad: Es una pena nueva también. Tiene ciertas características especiales, porque no existe en nuestro Derecho una pena de trabajos forzados. Es una pena que sólo se puede imponer si el penado lo consiente. Consiente el penado a prestar un trabajo no retribuido en actividades de utilidad pública. Podrán consistir en labores de reparación de los daños causados, asesoramiento a las víctimas de otros delitos similares... El trabajo es facilitado por la Administración; su duración diaria no puede superar las 8 horas, no puede afectar a su dignidad, goza de protección en materia de seguridad social. El trabajo no se supedita a intereses económicos. La duración es de un día a un año.

Pena de multa:

La pena de multa supone la imposición al penado de una sanción pecuniaria. Nuestro Código Penal prevé dos sistemas de imposición distintos:

1. Sistema de días-multa: Debería ser el más frecuente e importante. Es una novedad del Código de 1995, se utiliza mucho también en el Derecho comparado por sus ventajas.

El principal problema es que en el resto de penas se mantiene el principio de igualdad, y la multa por su propia naturaleza tiene efectos distintos según la capacidad económica del penado, pudiendo ser para uno una pena gravosa y para otro una mera “anécdota”; lo que hace que sea desigual. Cuanto más igualitaria sea una sociedad más se respetará el principio de igualdad en las penas de multa.

Esta desigualdad se puede atemperar con el sistema de días-multa, ya que ajusta la cantidad de la multa a las condiciones económicas y patrimoniales del penado. Para la fijación de la multa se utilizan dos baremos:

- a. El primer baremo es igual para todo el mundo, se atiende a la gravedad del hecho cometido y a la culpabilidad. Este baremo se fija en la ley para cada delito o falta en días, meses o años, y se fija entre un mínimo y un máximo que el juez debe concretar. El mínimo es de 10 días-multa y el máximo que se prevé en el Código es de 2 años-multa, aunque puede ser más cuando actúa como pena sustitutiva.

- b. El segundo baremo se fija por el juez atendiendo exclusivamente a los recursos económicos del condenado, y consiste en una cuota de dinero entre un máximo de 400€ y un mínimo de 2€ por día.

No elimina completamente la desigualdad, pero si mitiga las diferencias y serviría en una sociedad como la nuestra para la gran mayoría de los casos. Si se fijan meses serían 30 días y si fueran años 360 días. No es necesario pagar la cantidad cada día, se puede pagar todo al final. La capacidad económica del penado se deduce atendiendo a su patrimonio, obligaciones, cargas familiares, ingresos... y luego el juez determina como se paga la multa.

Puede darse el caso en que después de la sentencia cambie la situación económica del penado, en tal caso el art. 51 CP establece: “Si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago”.

El pago se puede hacer en plazos; el nuevo Código prevé que se pueda aplazar la totalidad del pago hasta dos años desde que la sentencia fue firme (siempre con causa justificada). Si es por plazos y vencen dos de ellos, automáticamente vencen todos y deben pagarse todos a la vez.

2. Sistema de multa proporcional: En principio debería ser excepcional. Es una multa que se establece en proporción del daño causado, al dolor del objeto del delito o al beneficio obtenido del delito. También el juez debe tener en cuenta la situación económica del culpable.

Si no se paga la multa, puede deberse a que no quiera pagarla y tenga bienes para ello, o a que no pueda pagarla.

Si se debe a que no quiere pagarla se procede contra él por vía de apremio, que significa que se puede proceder al embargo de sus bienes.

Si no paga porque tampoco tiene bienes con qué pagarla, en este caso el penado queda sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Consiste en privar de libertad 1 día por cada 2 cuotas de días-multa no satisfechas. Si se trata de multa proporcional dice el Código que se establece de acuerdo al prudente arbitrio del juez o tribunal, sin que pueda exceder de un año.

Si se trata de faltas, esta responsabilidad penal subsidiaria podría cumplirse mediante localización permanente. En cualquier caso, tanto en delitos como en faltas, si hay conformidad del penado, se podría resolver con trabajos en beneficio de la comunidad (una cuota de días-multa por un día de trabajo).

La responsabilidad penal subsidiaria no se impone nunca cuando la misma persona haya sido condenada a una pena privativa de libertad de más de 5 años. Si se impone la responsabilidad penal subsidiaria se extingue la obligación de pagar la multa, aunque mejore su fortuna en el futuro.

Tema 11 – La determinación de la pena

El problema de la determinación de la pena y el arbitrio judicial:

La determinación de la pena es el proceso por el cual se fijan las consecuencias jurídicas de delito, y en particular la pena.

Son tres las cuestiones que hay que determinar:

- La clase de pena que se impone por el delito, qué tipo de penas.
- Habrá que determinar cuál es la extensión de la pena; la duración cuando se trate de una pena privativa de libertad y la cantidad cuando se trate de una pena de multa.
- La eventual aplicación de sustitutivos penales; esto es, una serie de instituciones que permiten individualizar la pena, atendiendo sobretodo a la prevención especial, y en su caso sustituirla por otras penas u otras medidas alternativas.

Hay tres momentos de determinación o individualización de la pena:

1. Individualización legal: Es la que se realiza en el propio Código Penal o en las leyes penales especiales. Lo hace bien en los tipos penales, bien en la parte general con normas genéricas como si se individualiza la pena
2. Individualización judicial: El juez en la sentencia hace una determinación dentro del marco legal, el juez tiene que individualizar la pena concreta a imponer.
3. Individualización administrativa o penitenciaria: Sobretodo se da en el ámbito de las penas de prisión. En este tercer momento entra en juego también el juez, pero no el juez sentenciador, sino el juez de vigilancia penitenciaria; también intervienen los órganos administrativos del sistema penitenciario (determinar la progresión del grado...) Labor mixta posterior a la sentencia.

De estos tres momentos el Derecho comparado y la historia muestra distintas alternativas. En algunos momentos ha primado la individualización legal y en otros la judicial; la individualización penitenciaria nunca es la preponderante, pero puede tener más o menos importancia.

La individualización judicial históricamente ha tenido un amplio margen de arbitrio, donde el juez prácticamente lo determinaba todo, como en el Antiguo Régimen. Mientras que en la Ilustración, como consecuencia de la división de poderes se llega al otro extremo y predominó de forma prácticamente absoluta la individualización legal, el juez no tenía ningún arbitrio, la pena venía detallada en la Ley (Código Napoleónico).

En España los Códigos Penales desde 1848 en adelante, en parte herederos de esta tradición del Código Napoleónico, se ha preponderado la individualización legal

y restringido mucho la individualización judicial. En la mayor parte de los casos el juez no tiene disponibilidad y en las leyes penales se expresa la pena (qué hacer y cómo). Actualmente nuestro sistema es armónico e intervienen las tres etapas en la determinación de la pena, aunque sigue preponderando la individualización legal.

El sistema del Código Penal español:

- Marco legal de la pena: En la parte especial cada uno de los delitos lleva asociada una pena que se fija dentro de un marco. Este marco de pena viene delimitado por dos extremos que son el límite mínimo y el límite máximo de la pena. En principio la actividad del juez queda constreñida a este marco en el ámbito de la determinación de la pena que marca el Código Penal.

Por ejemplo en el homicidio, art. 138 CP: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”. El límite mínimo serían diez años y el límite máximo quince años.

- División de la pena en dos mitades: En muchas ocasiones el Código impone que la pena se fije, no dentro de ese marco, sino dentro de su mitad superior o inferior. El marco por tanto se puede dividir en dos.

Por ejemplo en el caso del homicidio la mitad inferior comprendería desde diez años hasta doce años y seis meses; y la mitad superior desde doce años, seis meses y un día (no se pueden solapar los marcos) hasta 15 años.

- Pena superior o inferior en grado a otra pena: La pena superior en grado a una pena dada es también otro marco a esa pena, que tiene un máximo y un mínimo.

La pena superior en grado es un marco agravado, el Código Penal establece que el límite máximo de este marco agravado se determina sumando al máximo de la pena base su mitad [15 años (máximo de la pena base) + 7 años y 6 meses (mitad del máximo de la pena base) = 22 años y 6 meses]. El límite mínimo de la pena superior en grado sería añadir al límite máximo del marco base un día (quedando la pena superior en grado entre 15 años y 1 día y 22 años y 6 meses). Hasta octubre de 2004 el Código no decía nada del día que había que sumar al límite máximo como límite mínimo de la pena agravada, aunque así era interpretado por la jurisprudencia, pero desde octubre de 2004 se ha incluido expresamente en el art. 70.1.2ª CP. Si hubiera que imponer una pena superior en dos grados, operaría como marco base el grado anterior y se actuaría igual [22 años, 6 meses y 1 día a 33 años y 9 meses (22 años y 6 meses + 11 años y 3 meses)]

Para determinar la pena inferior en grado se parte de la cifra mínima y se deduce la mitad, estableciendo así el mínimo. El límite máximo sería el mínimo del marco base menos un día [en el ejemplo del homicidio quedaría establecida la pena inferior en grado de 5 años (10 años – 5 años) a 10 años menos un día]. Si hubiera que rebajar en dos grados o más se hace lo mismo partiendo del grado anterior.

Por ejemplo, un delito cuya pena se sitúa entre 6 y 12 años, como consecuencia de una causa atenuante la pena se impondrá en su mitad inferior, pero como

consecuencia de tres circunstancias agravantes genéricas se dice que la pena se tiene que imponer en su grado superior. En su mitad inferior sería de 6 a 9 años, y en su grado superior de 9 años y 1 día a 13 años y 6 meses.

Reglas generales y especiales para la determinación de la pena:

El Código Penal atiende a tres cuestiones para determinar la pena:

1. Grado de ejecución del delito (consumación, tentativa)
2. Grado de participación en el delito (autor, cómplice)
3. Circunstancias agravantes y atenuantes genéricas del delito (arts. 21, 22 y 23 CP).

Eso nos va a dar un marco de pena. Las dos primeras da igual el orden en que se valoren, pero no es indiferente la tercera, tiene que ir siempre detrás, es importante porque la pena es muy distinta si se hace empezando por las circunstancias agravantes, sólo puede ser 1ª, 2ª y 3ª ó 2ª, 1ª y 3ª.

1. Grado de ejecución del delito: La pena prevista en la parte especial del delito, es para el delito consumado, así lo dispone el art. 61 CP: “Cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”. Si no hay consumación y el delito queda en grado de tentativa se impondrá la pena inferior en uno o dos grados respecto de la pena del delito consumado. Reducir uno o dos grados en principio queda al arbitrio judicial, pero atendiendo al peligro inherente, al intento y al grado de ejecución alcanzado; así si la tentativa es una tentativa inacabada es habitual que los jueces rebajen la pena dos grados, mientras que si la tentativa es acabada (lo que antes se denominaba frustración) la pena se rebaja en un grado.

Los actos preparatorios en nuestro ordenamiento son impunes, no hay regulación en la parte general. En la parte especial hay ciertos actos como la conspiración.

Esta rebaja en uno o dos grados en el caso de la tentativa, sólo se aplicará cuando la tentativa no esté especialmente penada en la parte especial, conforme a lo dispuesto en el art. 64 CP: “Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la ley”.

2. Grado de participación en el delito: En principio la pena prevista para cada delito en la parte especial es para el autor.

Hay en nuestro ordenamiento tres tipos de partícipes, dos de ellos tienen asimilada la pena a la autoría, el inductor y el cooperador necesario, ambos tienen la misma pena que el autor, por tanto la pena del marco base. Al otro cómplice se le aplica el art. 63 CP que establece: “A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito”. De nuevo aquí esta regla de los cómplices sólo se

aplica salvo que en la parte especial se contemple un delito de complicidad (por ejemplo en el delito de terrorismo).

Estas rebajas pueden acumularse, por grado de ejecución y participación:

		GRADO DE EJECUCIÓN	
		Consumado	Tentativa
GRADO DE PARTICIPACIÓN	Autor, inductor o cooperador necesario	Pena del marco base (rebaja en 0 grados)	-1 ó -2 grados
	Cómplice	- 1 grado	-2 ó -3 grados

3. Circunstancias agravantes y atenuantes genéricas del delito: Este tercer momento sólo se hace después de haber establecido la pena por los otros dos criterios.

Puede que no haya ni atenuantes ni agravantes. Existen varias combinaciones entre agravantes y atenuantes. El Código establece una serie de reglas en la aplicación de la pena cuando concurren agravantes y/o atenuantes en los artículos 66, 68 y 69 CP. Artículos, sobretudo el art. 66 CP, que han sufrido importantes modificaciones recientes, algunas muy discutidas por la doctrina, e incluso es posible que alguna sea objeto de recurso de inconstitucionalidad.

Las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas se recogen en los artículos 21, 22 y 23 CP, si se trata de agravantes o atenuantes específicos habrá que estar a lo que disponga el precepto.

Conforme al art. 67 CP: “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”. Este artículo trata de evitar el “bis in idem”.

- Delitos dolosos: El art. 66.1 CP establece: “En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: (...)”
 - o *No concurre ninguna circunstancia*: Según el art. 66.1.6ª CP: “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada (...)” el juez tiene todo el marco base para aplicar la pena, ahora bien, incluye un arbitrio reglado “(...), en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

- *Concurren sólo atenuantes*: El art. 66.1.1ª CP dice: “Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito” y el art. 66.1.2ª CP añade: “Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”. Antes esta atenuación de uno o dos grados era sólo potestativa.
- *Concorre la atenuante del art. 21.1 CP o eximente incompleta*: El art. 21.1 CP establece: “Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”. El art. 20 CP recoge los elementos de eximentes, cuando no se den todos (no haya eximente completa) pero sí los elementos básicos se considera que concurre el art. 21.1 CP, que se conoce también con el nombre de eximente incompleta. El art. 68 CP dispone al respecto: “En los casos previsto en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendido el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”. Si concurre esta circunstancia haya o no agravantes se impondrá la pena inferior en uno o dos grados, y después de aplicar esta regla se aplicarán las demás del art. 66 CP.
- *Persona mayor de 18 años y menor de 21*: No existe atenuación pero se establece en el art. 69 CP: “Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”. Esta posibilidad que establece el art. 69 CP no ha entrado en vigor porque se ha diferido hasta enero de 2007, si entra en vigor será de aplicación la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Responsabilidad Penal de los menores que establece que este beneficio no se podrá aplicar a los mayores de 18 y menores de 21 que hayan cometido delitos de homicidio, asesinato, agresiones sexuales graves o delitos de terrorismo.
- *Concurren sólo agravantes*: Ha habido un cambio muy importante, hasta octubre de 2004 por más agravantes que hubiera el juez no podía imponer la pena superior en grado, pero tras la reforma de 2004 se distinguen tres tipos de situaciones:
 - **UNO O DOS AGRAVANTES**: El art. 66.1.3ª CP establece: “Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito”.
 - **MÁS DE DOS AGRAVANTES SIN ATENUANTES**: El art. 66.1.4ª CP establece: “Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en

grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior”. Novedad desde octubre de 2004, antes no se dejaba salir del marco. Tiene carácter potestativo.

- **MULTIRREINCIDENCIA:** El art. 66.1.5ª dispone al respecto: “Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido”. No se computan los precedentes que ya hayan sido cancelados o que pudieran haberlo sido.

Esta regla introduce en el Código un agravante cualificado para la multirreincidencia que había sido suprimido del Código antes de la entrada en vigor de la Constitución, lo que ha sido muy criticado por la doctrina y se dice que podría ser inconstitucional en cuanto juzga la forma de ser (Derecho Penal de autor) y no los hechos, o bien se está juzgando dos veces lo mismo. El Tribunal Constitucional rechazó la inconstitucionalidad de la reincidencia porque la pena se mantenía dentro del marco base, pero ahora puede rebasar el marco superior.

- *Concurren agravantes y atenuantes:* Regla contemplada en el art. 66.1.7ª CP: “Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior”. Lo que ha resuelto esta regla es que antes con tres atenuantes y un agravante no se podía bajar de grado y ahora sí. Nunca se podrá saltar de grado cuando concurra alguna circunstancia atenuante, por más agravantes que concurren.
- Delitos imprudentes: El art. 66.2 CP establece: “En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”. No se tienen en cuenta las circunstancias agravantes ni atenuantes, pero sí la del eximente incompleto.

Una regla nueva es la que introduce el art. 72 CP: “Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta”. Esto es que se hace una exigencia expresa de motivación, el juez no pueden imponer una pena sin justificar la extensión concreta.

El Código prevé expresamente que para calcular la pena superior en grado, si pese a ello hay que pasar por encima del tope legal, el art. 70 establece un nuevo límite superior para las penas, en concreto la pena superior máxima podría llegar a 30

años (art. 70.3 CP). Cuando se supere por la aplicación de las reglas el nuevo tope, no se tendrá en cuenta a partir de los 30 años en ningún caso.

En la última reforma del Código Penal se permite en algunos casos llegar hasta 40 años, pero no por estas circunstancias, sino por concurso de delitos (art. 76 CP)

Por debajo de tres meses la pena es inferior al límite legal, el art. 71 CP establece: “1. En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta. 2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2.^a del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda.”

Por encima hay un tope, pero por debajo no, y ello no supone la degradación a falta, sigue siendo la pena de un delito aunque en su contenido sea similar a la de la falta. Si la pena es inferior a tres meses es obligatorio sustituirlas, por lo que de facto no va a haber penas de prisión inferiores a tres meses.

Los artículos 73 ss CP establece las reglas especiales para la aplicación de las penas; determinación de penas con concurso de leyes.

Ejercicios prácticos/Ejemplos:

- Asesinato (de 20 a 25 años) de una persona semiimputable con un atenuante normal. Rebaja de la pena en uno (de 10 años a 20 años menos un día) o dos (de 5 años a 10 años menos un día) grados.

El juez primero impondría cuántos grados rebaja la pena y luego al tener un atenuante aplicaría la mitad inferior de la pena, por lo que sería de 10 a 15 años (un grado) o 5 años a 7 años y 6 meses (dos grados), no tiene mucho sentido que se impida al juez imponer el tramo intermedio de 7 años y 6 meses a 10 años.

- Se ha cometido un delito de asesinato concurriendo las circunstancias específicas del asesinato de alevosía y precio (art. 139 CP) El art. 140 CP establece que si concurren más de una de las circunstancias del art. 139 la pena será de 20 a 25 años. Además concurren tres circunstancias agravantes genéricas sin ningún atenuante.

El juez puede imponer la mitad superior del marco base, de 22 años y 6 meses a 25 años; o la mitad inferior de la pena superior en grado, de 25 años y 1 día a 27 años y 6 meses (porque 30 años es el límite máximo a partir del que se cuenta).

- Se comete un delito de lesiones del art. 150 CP cuya pena va a ser de 3 a 6 años. ¿Cuál sería la responsabilidad de un cómplice si además ha quedado el delito en grado de tentativa y concurre una circunstancia atenuante (arrepentimiento)?

Por tentativa se rebaja 1 ó 2 grados (si es tentativa inacabada se tendrá a rebajar 2 grados), por cómplice se rebaja 1 grado; por lo que se rebajará 2 ó 3 grados (9 a 18 meses menos 1 día ó 4 meses y 15 días a 9 meses menos 1 día, respectivamente). La atenuante normal además indica que sea en la mitad inferior, por lo que si se rebajan 2 grados la pena sería de 9 a 12 meses y si se rebajan 3 grados la pena estaría comprendida entre 4 meses y 15 días y 6 meses y 8 días.

Si en este caso concurre además una eximente incompleta del art. 21.1 CP dará lugar a su vez a una rebaja obligatoria de la pena de 1 ó 2 grados más, lo que supondría, para el caso de haberse rebajado 3 grados antes, una pena de entre 2 meses y 8 días y 4 meses y 14 días si se rebajase 1 grado más y entre 1 mes y 4 días y 2 meses y 9 días si se rebajase 2 grados más.

Tema 12 – Instituciones individualizadoras y sustitutivos de las penas privativas de libertad

La individualización de la pena y las alternativas a las penas largas y cortas de privación de libertad:

Instituciones individualizadoras de la pena que tratan de evitar los efectos más lesivos que podrían impedir o dificultar la resocialización del condenado.

Todas las instituciones están orientadas a la prevención especial, la resocialización, y por ello se aplican a delincuentes que no han demostrado de manera suficiente su peligrosidad criminal (los delincuentes primarios o que han cometido delitos de escasa importancia); delincuentes que por las circunstancias en que cometieron el delito es necesario aplicarles un tratamiento especializado específico que no puede aplicárseles en prisión (por ejemplo delincuentes que han cometido el delito bajo el efecto de las drogas); o bien delincuentes que han cumplido los mínimos legales de resocialización que permiten su puesta en libertad tras el cumplimiento de una parte de la pena (libertad condicional); otros delincuentes que ya no son peligrosos o que por sus circunstancias la prisión puede tener efectos especialmente gravosos para ellos (enfermos terminales...).

Estas medidas se aplican principalmente en casos en que la condena impuesta sea de prisión, y se trata de suspender esta pena, sustituirla por otra o acortar su duración.

En la pena de prisión se ha destacado desde siempre los inconvenientes de las penas muy cortas o muy largas privativas de libertad:

- Las penas demasiado cortas tienen el inconveniente de que no permiten un tratamiento resocializador, pero sí permiten el contacto del delincuente con el medio criminal, con lo cual se puede producir un efecto no sólo no resocializador sino desocializador. En España el límite mínimo de la pena de prisión eran 6 meses, cuando había una pena más corta se sustituía por el arresto de fin de semana, que tenía una serie de ventajas: por su forma de cumplimiento en celdas individualizadas no tenía el efecto negativo del contacto con otros condenados; y por otro lado su régimen independiente permite al reo cumplir su vida ordinaria, personal y laboral. Lo cierto, sin embargo, es que su aplicación (era cara) suscitó muchas quejas por parte de jueces y del CGPJ, por lo que en la última reforma del Código Penal se suprimió, por lo que ha habido críticas, ya que la solución era destinar más fondos. Lo que ha hecho el legislador es reducir el límite mínimo a 3 meses de prisión, algo que también ha recibido críticas de la doctrina.
- Las penas demasiado largas siempre han merecido críticas, porque se entiende que a partir de un cierto tiempo en prisión se producen efectos irreversibles en la personalidad del penado. Se estima y entiende que a partir de 15 años de prisión continuada se producen estos efectos en la personalidad del penado. Por esta razón

en nuestro Derecho en el Código Penal de 1995 se entiende que la pena de prisión no pueda superar los 20 años, aunque en teoría de forma excepcional se ampliaba a 30. La política de los últimos años y la opinión general consideraba esto muy benigno, y se han aumentado las penas de prisión, además de favorecer su cumplimiento íntegro en algunos casos (especialmente en caso de terrorismo), pudiendo llegar hasta 40 años actualmente.

Las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad:

Se trata de evitar las penas más cortas o largas en atención de la resocialización. Nuestro Derecho contempla en este ámbito tres instituciones:

1. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad: Esta figura antiguamente se llamaba condena condicional, luego pasó a llamarse remisión condicional de la pena, y actualmente de forma más técnica se denomina suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Muchos ordenamientos jurídicos en el Derecho comparado contienen figuras semejantes que suelen ir dirigidas a delincuentes primarios, se aplican sólo a delitos leves o menos graves. Son instituciones que tratan de prescindir del proceso penal; o bien se realiza el proceso penal, se dicta sentencia pero no se impone ninguna pena; o en otros casos lo que se suspende es la ejecución de la pena ya impuesta.

En el Derecho comparado se suelen distinguir dos grandes sistemas:

- a. *Sistema franco-belga (SURSIS)*: Sistema franco-belga de sustitución, en el cual se determina la culpabilidad del sujeto en la sentencia, y además se fija la pena que se debe cumplir, pero se suspende su ejecución. Por otra parte se mantienen los antecedentes penales y normalmente la suspensión no lleva aparejada medidas de tratamiento orientado a la resocialización.
- b. *Sistema anglosajón (PROBATION)*: En este sistema tras determinar la culpabilidad en el proceso se interrumpe el proceso penal sin sentencia y se abre un periodo de “suspensión a prueba”. En este caso además se impone al sujeto unas reglas de conducta y vigilancia y se ve sometido a la tutela de los delegados de esta institución, que deben velar porque el sujeto no delinca y cumpla las condiciones impuestas. Si no delinca en el tiempo de suspensión a prueba y realiza las labores que debe realizar, no hay sentencia y tampoco antecedentes penales.

En nuestro Derecho el sistema que se ha impuesto en el Código de 1995 es un sistema, de alguna forma, híbrido. Por una parte sigue la tradición francesa en nuestro país, se impone la pena en la sentencia y sólo se suspende la ejecución. Pero por otro lado tiene elementos anglosajones, pudiendo imponerse reglas de conducta y si no vuelve a delinquir en el periodo de suspensión no tendrá antecedentes penales.

Aparece regulada en los artículos 80 ss CP. Los tipos de penas que se pueden suspender según el Código son cualquier tipo de pena (prisión, localización permanente o responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa), pero tienen que ser penas inferiores a 2 años, sin embargo en el caso de que sean delitos cometidos a causa de su dependencia al alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos se pueden suspender penas de hasta 5 años (antes eran hasta 3 años).

Se puede suspender cualquier tipo de pena y casi sin requisitos, salvo que tenga ya otra pena suspendida por el mismo motivo, en el caso de que el penado tenga una enfermedad con padecimientos incurables.

En cuanto a los **plazos** de la suspensión, en las penas inferiores a dos años, el plazo de suspensión es de 2 a 5 años; en las penas leves (penas de las faltas) el plazo de suspensión es de 3 meses a 1 año. Este es el periodo en el que el delincuente no puede volver a delinquir si quiere que se mantenga la suspensión.

La suspensión es facultativa, no es obligatorio para el juez suspender la pena. El juez debe atender a la peligrosidad criminal del sujeto y a la existencia de otros procedimientos contra él. El plazo de suspensión se fija por los jueces o tribunales previa audiencia de las partes y atendiendo a las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

Requisitos, “condiciones necesarias, para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes” según establece el art. 81 CP:

- a. Art. 81.1 CP: “Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo (...)”
- b. Art. 81.2 CP: “Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en el cómputo la derivada del impago de la multa”.
- c. Art. 81.3 CP: “Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”.

Entre otras cuestiones hay que tener en cuenta que las resoluciones por las que se suspende la pena deben ser motivadas; que en los delitos que sólo pueden ser perseguidos a instancia de parte, para conceder la suspensión debe oírse antes al ofendido; si se da la suspensión, se suspende la pena pero no se extiende la suspensión a la responsabilidad civil.

La condición principal es que el reo no vuelva a delinquir, pero se pueden exigir otras condiciones, tal y como establece el art. 83 CP: “La suspensión de la

ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:”

- a. “Prohibición de acudir a determinados lugares” (sin autorización).
- b. “Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos”.
- c. “Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida”.
- d. “Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas”.
- e. “Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”.
- f. Cláusula abierta que establece el Código, “cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”.

Estas medidas son facultativas, aunque una novedad de la última reforma en el caso de delitos relativos a la violencia doméstica (hay mecanismos electrónicos) es la siguiente: “Si se tratase de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas a. y b. de este apartado”.

El Código Penal establece también en el art. 83.2: “Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al juez o tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.

En cuanto al régimen de **incumplimiento**, pueden darse dos situaciones, según se incumpla la obligación principal o las condiciones:

- a. El art. 84.1 CP establece: “Si el sujeto delinquiriera durante el plazo de suspensión fijado, el juez o tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena”.

- b. El art. 84.2 CP establece: “Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el juez o tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:
 - i. Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.
 - ii. Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.
 - iii. Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.”
- c. El art. 84.3 CP establece que en los casos de violencia doméstica: “En los supuestos en los que la pena suspendida fuera la de prisión por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números a. y b. del apartado primero del artículo 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Naturalmente si se revoca la suspensión, lo que ocurre es que se ejecuta la pena suspendida (el sujeto entraría en prisión para cumplir la pena impuesta en la sentencia, no hay que volver a juzgar). Así lo señala el art. 85.1 CP: “Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena”.

Si transcurre el plazo de la suspensión y el sujeto ha cumplido las obligaciones que se le impusieron, en este caso dice el Código que se le remite la pena, conforme a lo que establece el art. 85.2 CP: Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquirido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena”.

Hay un régimen excepcional para delitos cometidos bajos las sustancias del art. 20.2 CP. Cuando el delito se haya cometido por la dependencia de las sustancias que recoge el art. 20.2 CP: “(...) bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (...)”, se establece un régimen de suspensión orientado específicamente a intentar favorecer la rehabilitación de esta persona, sobretodo la deshabituación de esas sustancias.

A diferencia de la suspensión normal, la suspensión puede concederse aunque no concurren dos de las condiciones, aunque no sea el primer delito, el Código permite incluso casos de reincidencia, pero el juez debe atender al hecho cometido y a las circunstancias del autor para valorar la situación y conceder o no la suspensión de ejecución; y aunque la pena sea superior a 2 años, en particular se pueden suspender penas de hasta 5 años.

En cualquier caso debe acreditarse que el sujeto está deshabituado o al menos sometido a tratamiento de deshabituación.

El periodo ordinario de suspensión es de 3 a 5 años, y en cuanto a las condiciones que debe cumplir el condenado son:

- a. No volver a delinquir.
- b. No abandonar el tratamiento. Se establece en este sentido a los centros de deshabitación la obligación de comunicar al juez como va el tratamiento, al menos una vez al año.

En caso de incumplimiento, conforme a lo que establece el art. 87.3 CP, se revoca la suspensión.

Cuando ha transcurrido el plazo de suspensión y el reo no ha vuelto a delinquir, en principio la pena se remite; ahora bien, en este caso se requiere además que haya habido deshabitación o que el tratamiento de deshabitación haya sido continuado. Si no es así el juez ordena el cumplimiento de la pena, pero incluso en este caso hay una excepción, el Código dice que salvo tras recabar los informes el juez estime necesaria la continuación del tratamiento, pudiendo prorrogarse la suspensión por un plazo no superior a dos años (la suspensión puede llegar por tanto hasta 7 años).

2. La sustitución de las penas privativas de libertad: Por razones de prevención especial el Código prevé la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad que no excedan de una cierta duración por otras penas menos gravosas para el condenado (como puede ser una pena de multa o de trabajos a favor de la comunidad).

El requisito que establece el Código es el siguiente: Pueden sustituirse las penas de prisión hasta un año, por pena de multa o por trabajo en beneficio de la Comunidad. El régimen de sustitución es que cada día de prisión se sustituye por dos cuotas diarias de multa; la otra sustitución sería un día de prisión por una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad.

Conforme al Código el juez o tribunal deberá tener en cuenta:

- a. Las circunstancias personales del reo.
- b. La naturaleza del hecho cometido.
- c. La conducta del reo, y en especial, al esfuerzo que haya hecho para reparar el daño causado.

La sustitución no se puede imponer a los reos habituales.

El art. 94 CP da una definición de qué se debe entender por reos habituales: “A los efectos previstos en la sección 2.^a de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en

un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ellos (...).”

Al igual que sucede en la suspensión el juez tiene la potestad de imponer los deberes y condiciones del art. 83 CP; ahora bien, no puede imponer por más tiempo que la duración de la pena substituida (con lo cual será una condena muy limitada en el tiempo).

El Código Penal prevé también excepcionalmente la substitución de penas de hasta 2 años, en este caso tampoco se pueden substituir a los reos habituales, y el único requisito que se exige es que de las circunstancias del hecho y del culpable se pueda inferir que el cumplimiento de la pena podría frustrar la reinserción social del condenado. El cómputo que se hace para la substitución serán las mismas que en sistema ordinario de multa, un día de prisión por dos cuotas de multa o dos días de trabajo en beneficio de la comunidad.

En los últimos años se ha modificado el Código para establecer un régimen especial para los casos de violencia doméstica (art. 173.2). En este caso la substitución de la pena sólo se puede hacer por trabajos en beneficio de la comunidad (ya que como suele ser en el ámbito conyugal, además la multa la sufriría también la víctima al disminuir el patrimonio conyugal). Además la suspensión debe ir acompañada necesariamente de las medidas que establece el art. 83.1 y 2 CP.

Si se produce un incumplimiento de la pena de substitución (no paga la multa o no acude a trabajar), ya sea el incumplimiento de toda o parte de la pena, se ejecuta la pena de prisión inicialmente impuesta, pero de ella se descontará aquella parte del tiempo que equivalga lo que el condenado ha satisfecho.

El Código establece un **régimen de substitución específico para delincuentes extranjeros que no tengan residencia legal en España**. Es un régimen que plantea algunos interrogantes y ha sido criticado por algunos por ser demasiado generoso y no atender al fin de prevención general. Cualquier pena privativa de libertad impuesta a extranjeros que hayan delinquirado en España puede ser substituida.

El Código distingue entre penas inferiores a 6 años y penas de 6 años en adelante. Si la pena es inferior a 6 años esta pena se substituye por la pena de expulsión del territorio español, esta expulsión es además en estos casos obligada, salvo que de manera excepcional y motivadamente se justifique que por la naturaleza del delito la pena debiese cumplirse en España. Si la pena es de 6 o más años debe cumplirse en España, pero si el delincuente ha accedido al 3^{er} grado penitenciario o ha cumplido $\frac{3}{4}$ partes de la condena, el juez deberá asimismo ordenar la expulsión del territorio nacional por el tiempo restante, salvo de nuevo la misma excepción que en el caso anterior, que por la naturaleza del delito se establezca que la pena deba cumplirse en España.

Si por alguna razón no fuese posible la expulsión la pena se cumpliría.

La expulsión tiene una serie de efectos:

- a. Esta expulsión lleva aparejado el archivo de cualquier procedimiento administrativo que fuera dirigido a legalizar la residencia o el permiso de trabajo del extranjero en España.
- b. El condenado no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, y en cualquier caso no puede regresar mientras no haya prescrito la pena que se le impuso.

El Código prevé también que debe hacerse en caso de que alguien intente quebrantar la expulsión. Si hay tentativa de quebrantar la expulsión (intenta ir a España), en estos casos el Código establece la devolución gubernativa de esta persona y el plazo comienza a contar de nuevo. La tentativa de este quebrantamiento de condena (delito) no genera responsabilidad. El Código Penal no dice nada en el caso de que sí se consiga quebrantar la condena.

Esta sustitución se aplica a cualquier delito cometido por extranjeros salvo a una serie de delitos relacionados con atentados contra derechos de trabajadores extranjeros (explotación), el tráfico ilegal de personas y asociaciones ilícitas (artículos 312, 318 bis, 517 y 518 CP respectivamente)

3. La libertad condicional: Es la excarcelación del condenado a una pena de prisión, clasificado en 3^{er} grado, acordada por el juez de vigilancia penitenciaria y que supone el cumplimiento del resto de la condena en libertad (fuera del establecimiento penitenciario y siempre que no vuelva a delinquir).

Se regula en los artículos 90 a 93 CP y en la Ley Orgánica General Penitenciaria, donde se concibe la libertad condicional como la última fase del tratamiento.

Hay una serie de requisitos:

- a. Que el condenado esté clasificado en 3^{er} grado del tratamiento penitenciario, lo que se llama régimen abierto.
- b. Que haya cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena.
- c. Que se haya observado buena conducta y exista respecto de él un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Por tanto no se concede automáticamente.

El último requisito no se entiende cumplido si el condenado no ha satisfecho la responsabilidad civil derivada de delito. También en relación con este requisito, en las últimas reformas del Código Penal se ha incluido una referencia a los

delitos de terrorismo o a los cometidos en el seno de organizaciones criminales, está regulado en el art. 90.1 párrafo 3º. Se trata de garantizar que en estos casos la libertad condicional se dé sólo en situaciones donde se acredite plenamente su arrepentimiento y desvinculación

Al conceder la libertad condicional el juez de vigilancia penitenciaria podrá también imponer motivadamente el cumplimiento de algunas de las obligaciones previstas en el art. 83 y 96.3 CP. Sin embargo el Código prevé requisitos especiales en ciertos casos:

- a. En el art. 91.1 CP se prevé la posibilidad de adelantar la libertad condicional para los que hayan cumplido 2/3 partes de su condena, siempre que merezca ese beneficio por haber desarrollado continuamente actividades culturales, ocupacionales, laborales... Este privilegio no se puede aplicar a delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- b. En el art. 91.2 CP se establece que el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Tiene que ser a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes. También debe estar clasificado en 3º grado y tener buen comportamiento. Se requiere no sólo haber desarrollado tareas laborales, culturales y ocupacionales, sino además haber participado efectiva y favorablemente en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso. Este beneficio no se puede aplicar a delitos de terrorismo o cometido en el seno de organizaciones criminales.
- c. El caso de personas que hayan cumplido la edad de 70 años o cumplan esta edad en el tiempo en que están cumpliendo condena; o personas gravemente enfermas y con padecimientos incurables. El art. 92 CP prevé para ambos casos la posibilidad de aplicar la libertad condicional con independencia del plazo transcurrido, pero debe estar clasificado en 3º grado y merecerlo. En estos casos, cuando la Administración penitenciaria tenga conocimiento de esta situación, debe elevar inmediatamente el expediente de libertad condicional al juez de vigilancia penitenciaria, que deberá tener en cuenta la escasa peligrosidad y las dificultades para delinquir de esta persona.

En cuanto al régimen de incumplimiento, si alguien aprovecha su situación de libertad condicional para volver a delinquir, o incumple las obligaciones impuestas, el juez deberá revocar inmediatamente la libertad condicional y el penado deberá regresar a prisión, pero sólo por la parte que le quede descontando la parte que ya ha cumplido en libertad condicional.

En el caso de delitos de terrorismo, además de ingresar en prisión, el art. 93.3 CP establece: “(...) el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”.

Una vez se revoca la libertad condicional, podría volver a concederse, pero es poco probable que vuelvan a cumplirse todos los requisitos necesarios para obtenerla.

Tema 13 – Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD:

Concepto de medida de seguridad: fundamento, esencia y fines:

Nuestro Código Penal sigue un sistema de doble vía en la lucha contra el delito, no se limita a la imposición de penas, sino que hay otra consecuencia jurídica, que es la medida de seguridad.

El sistema de doble vía se remonta al Anteproyecto del Código Penal suizo de 1893 (Stoos) Antes ya había medidas especiales pero en este caso ya aparece el sistema completo.

La medida de seguridad trata de prevenir delitos en situaciones en las que la pena es ineficaz porque no puede prevenir, o no puede hacerlo adecuadamente, o bien es ilegítima desde un punto de vista ético porque no hay culpabilidad que pueda fundamentarla.

Tradicionalmente en nuestro Derecho se recogían en una legislación especial (ley de peligrosidad y rehabilitación social, derogada). Actualmente el sistema de medidas está recogido íntegramente en el Código Penal, artículos 1 a 3, 6, Título IV Libro I (artículos 95 ss).

Son medidas de seguridad aquellas medidas jurídicas orientadas a la prevención especial que no entrañan una privación o restricciones de bienes jurídicos, previstas en la ley penal, y son impuestas por la autoridad competente a quien ha cometido un delito y presenta un pronóstico de peligrosidad criminal futura.

El art. 6.1 CP establece: “Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”.

En nuestro Derecho vigente sólo se aplican medidas de seguridad a sujetos semiinimputables o inimputables, exentos de responsabilidad penal (personas que actúan sin culpabilidad o con culpabilidad reducida). Son los casos que establecen los artículos 20.1, 20.2, 20.3 y 21.1 CP: enagenados o locos, enfermos mentales, alteraciones en la percepción desde la infancia o nacimiento, dependientes de sustancias...

La Ley de Responsabilidad Penal de menores establece consecuencias jurídicas a caballo entre la pena y la medida de seguridad.

El único fin de la medida de seguridad es la prevención especial (evitar que vuelva a delinquir). Algunos tienen fin preventivo especial positivo (medidas

resocializadores de tratamiento de inimputables, pero otras sólo tienen fin preventivo especial negativo, inocuidador (expulsión del territorio, privación de ciertos derechos...) En la medida de lo posible se aplicarán las positivas

Principios relativos a la aplicación de medidas de seguridad:

- Principio de legalidad: El art. 1.2 CP establece: “Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley”. El art. 2.1 CP añade: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”.
- Principio de proporcionalidad: Debe darse el principio de proporcionalidad entre el hecho y la medida de seguridad. Existe un debate histórico sobre los límites de la medida de seguridad, en algunos países no se establece la proporcionalidad y la medida dura mientras dura la peligrosidad. En materia de medidas, el principio de proporcionalidad no es estructural.

En nuestro Derecho conforme al art. 6.2 CP no hay límite mínimo, y en cuanto a límite máximo por razones de garantía para los ciudadanos establece: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

El art. 95.2 CP recoge que nunca podrán imponerse medidas privativas de libertad si la pena correspondiente al hecho cometido no fuese a su vez privativa de libertad: “Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3”. El ordenamiento busca garantizar que si la pena está limitada para el responsable, lo esté también la medida para el inimputable.

- Principio de peligrosidad: La medida sólo se impone si hay peligrosidad criminal y sólo mientras ésta dure.

Presupuestos de imposición de las medidas de seguridad: la peligrosidad criminal:

1. Peligrosidad criminal: Es un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Este pronóstico debe deducirse del hecho cometido y de las circunstancias personales del sujeto (no peligrosidad social).
2. Comisión de un hecho previsto como delito: La exigencia de la previa comisión de un delito no debe interpretarse como si la medida fuera una respuesta al delito, porque la medida se refiere siempre al futuro y responde a la peligrosidad.

Este requisito de la previa comisión de un delito debe interpretarse como un indicador cualificado de peligrosidad criminal establecida en la ley por razones de garantía. Esto quiere decir que en nuestro Derecho no existen medidas de seguridad predelictivas, sólo las posdelictivas tienen cabida (cosa que no ocurría antes). Para la peligrosidad criminal no se exige la comisión de un delito, pero se trata de evitar abusos por parte del Estado. Sin embargo en la última reforma del art. 60 CP que hace referencia a la llamada inimputabilidad sobrevenida después de cometido el delito; esto es, aquellos casos en que el sujeto comete el hecho siendo imputable y después se vuelve inimputable (por ejemplo una enajenación sobrevenida). Admite el art. 60 CP la imposición a estas personas de medidas de seguridad en situaciones en las que la peligrosidad criminal no queda acreditada por la previa comisión de un delito; porque aunque es cierto que en estos casos hay un delito previo, se cometió siendo la persona imputable, y de ahí difícilmente se puede deducir un diagnóstico de peligrosidad para alguien que se ha vuelto inimputable.

Si el sujeto no puede entender la pena se suprimiría, pero en la última reforma se permite que pueda sustituirse por medidas de seguridad, hasta qué punto esto es posdelictivo, en el fondo viene a introducir una medida de seguridad predelictiva.

3. Situación de ausencia de imputabilidad o de imputabilidad disminuida: Es necesario que el ha cometido el delito se encuentre en ausencia de imputabilidad o en una situación de imputabilidad disminuida; esto es, tiene que encontrarse inmerso en alguna de las situaciones que decreta el art. 20 CP apartado 1, 2 y 3 o en el art. 21.1 CP. Por tanto la medida de seguridad se aplica sólo en los hechos cuando la pena es inútil o ilegítima porque el sujeto no es imputable, o también cuando la medida es preventivamente más adecuada que la pena, cuando el sujeto es semiimputable.

Clases de medidas de seguridad:

Pueden ser positivas o resocializadoras y negativas o inocuizadoras.

Es lógico que las primeras tengan preferencia sobre las segundas, el ordenamiento debe tender siempre a lo resocializador, y sólo cuando no sea posible a las medidas negativas.

Atendiendo a los derechos que afecta, las medidas de seguridad pueden ser:

- Medidas de seguridad privativas de libertad:

- *Internamiento en un centro psiquiátrico*: Se aplica a personas inimputables del art. 20.1 CP: “El que a tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.
- *Internamiento en un centro de deshabituación*: Se aplica a los inimputables del art. 20.2 CP: “El que a tiempo de cometer la infracción penal se halle en

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

- *Medida de internamiento en un centro educativo especial*: Se aplica a personas inimputables del art. 20.3 CP: “El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

También pueden aplicarse estas medidas a los casos de eximente incompleto del art. 21.1 CP en relación con los artículos 20.1, 2 y 3 CP.

- Medidas de seguridad no privativas de libertad: Se contemplan en el art. 105 CP.

Relaciones entre pena y medida de seguridad: sistemas monista, dualista y vicarial:

- Sistema dualista: El sistema de doble vía atribuye a las penas y medidas de seguridad el carácter de instrumento de lucha contra el delito. Es entonces un sistema dualista, en el sentido de que penas y medidas son dos consecuencias distintas del delito que cumplen finalidades diferentes, y que en principio se aplican también en circunstancias diferentes.

El sistema dualista de penas y medidas de seguridad puede plantear un problema cuando a una misma persona se le aplican ambas, porque entonces se podría incurrir en un bis in idem. Esto hizo que en un momento un sector de la doctrina propusiera un sistema monista basado en una única respuesta, normalmente de carácter preventivo, frente al delito

- Sistema monista: El sistema monista propone la asimilación de la pena a la medida de seguridad, insistiendo en su carácter preventivo especial; aunque también hay quién propone la asimilación de la medida a la pena.
- Sistema vicarial: Hoy en día sin embargo la mayoría de los ordenamientos establece un sistema dualista, pero un sistema dualista flexible que permite culminar adecuadamente pena y medida cuando se impongan conjuntamente a una misma persona, y es lo que se conoce como sistema vicarial.

Nuestro ordenamiento sigue un sistema vicarial, que de alguna forma se contempla en el art. 99 CP: “En el caso de la concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por

un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3”.

En principio en nuestro Derecho los campos de aplicación de la pena y la medida de seguridad son distintos; esto es, la pena es la única consecuencia jurídica del delito que se aplica a personas plenamente responsables (con culpabilidad plena); y la medida de seguridad es la única consecuencia jurídica del delito que se aplica a personas que sean completamente inimputables. Ahora bien, hay una situación intermedia que es la de la semiinimputabilidad, para estos casos el Código prevé la posibilidad de combinar penas y medidas de seguridad, y esta combinación se hace bajo el sistema vicarial.

Cuando se aplique conjuntamente penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas de libertad, tendrá preeminencia la medida, una vez transcurrido el tiempo de la medida, en su caso se pasará a cumplir la pena, pero se abonará el tiempo de cumplimiento de la medida para el cumplimiento de la pena. Además si el juez o tribunal considera que con la ejecución de la pena se podría poner en peligro los efectos resocializadores conseguidos a través de la aplicación de la medida, podrá el juez suspender el cumplimiento por el resto de ejecución de la pena, por un plazo no superior a la duración de la pena. Además podrá también el juez aplicar algunas de las medidas no privativas de libertad del art. 96.3 CP (art. 99 CP*)

Quebrantamiento de la medida:

Si a la persona a la que se ha impuesto la medida la quebrante, y es una medida de internamiento, el juez deberá ordenar el reingreso del condenado en el mismo centro del que se haya evadido o de cualquier otro que corresponda a su estado.

Si se trata de otras medidas que no sean de privación de libertad, el juez podrá dictar la sustitución de la medida quebrantada por la de internamiento, siempre que ésta estuviese prevista para la situación por la que cometió el delito y por las circunstancias pareciese necesario el internamiento.

En ambos casos el juez o tribunal deberá deducir testimonio por el quebrantamiento, lo que en su caso puede dar lugar a un procedimiento por delito de quebrantamiento de condena, sólo cuando sea imputable podrá responder por ello.

LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO:

En este apartado se hace referencia a una serie de consecuencias jurídicas del delito distintas de la pena y la medida de seguridad. Su naturaleza jurídica ha sido muy debatida, hay quién las ha calificado como auténticas penas, y otros como meras medidas de seguridad.

En general sin embargo parece que el Código les ha querido dar un contenido distinto, por eso aparece en un capítulo aparte del Código Penal, el Capítulo VI Libro I.

Comiso:

Se regula en los artículos 127 y 128 CP.

En el art. 127 CP se hace referencia, tanto al comiso de los efectos, bienes e instrumentos del delito; como al comiso de las ganancias y productos del delito.

El comiso tradicionalmente era concebido por nuestro Código Penal como una pena; pero en el nuevo Código Penal ya no se entiende como pena, sino como una consecuencia accesorias, una consecuencia que no responde a las finalidades propias de la pena.

El comiso supone que cuando se impone una pena por un delito o falta dolosos, a la vez el juez en la sentencia impone también la pérdida de los efectos que provienen del delito o falta, y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya prerreparado o ejecutado el hecho (la pistola con la que se mala, las drogas con que se trafica, los locales que se utilizan como tapaderas para desarrollar actos delictivos...)

Además de ello, también son decomisadas las ganancias provenientes del delito o falta, y se aclara en el Código que sean cuales sean las transferencias que hubieran podido experimentar estas ganancias.

El decomiso afecta a todos estos objetos, bienes, ganancias, etc. salvo cuando pertenezcan a un tercero de buena fe que no sea responsable del delito y que los haya adquirido legalmente.

Una novedad también del Código es que además se prevé que si por cualquier circunstancia no fuese posible el decomiso de los bienes, se procede a un decomiso sustitutivo; esto es, el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los responsables.

El comiso se puede aplicar incluso cuando no queda imposición de una pena, porque la responsabilidad penal se haya extinguido o porque la persona responsable esté exente de responsabilidad criminal.

Con los bienes decomisados, depende si son de lícito comercio o que no lo sean. Si son de lícito comercio se venden y se aplica lo obtenido por la venta a cubrir la responsabilidad civil del penado, Si no son de lícito comercio el Código dice que se hará con ella lo que se establezca en los reglamentos (si los hay) o se inutilizará. Hay regulación específica del comiso en algunos delitos (art. 374 CP en caso de drogas).

El art. 128 CP establece: “Cuando los referidos 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, podrá el juez o tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”.

Consecuencias aplicables a personas jurídicas y empresas:

En esta pregunta se hace referencia a una serie de medidas recogidas en el art. 129 CP. Se trata de medidas que se aplican a personas jurídicas o a empresas, que no pueden delinquir ni tener penas porque no son capaces de responsabilidad, consecuencias que están orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma

Se trata de una serie de consecuencias que atienden a la peligrosidad objetiva que está presente en la actividad de determinadas personas jurídicas o empresas, y que favorece la comisión de determinados delitos

Son medidas potestativas (depende de lo que diga el Código en la parte especial en distintos delitos); y como característica común, para su imposición debe darse previamente audiencia al Ministerio Fiscal y a los titulares o representantes de la persona jurídica o empresa.

Estas medidas o consecuencias son las siguientes:

- Clausura temporal o permanente de la empresa, sus locales o sus establecimientos. La clausura temporal no puede exceder de 5 años.
- Disolución de la asociación, sociedad o fundación.
- Suspensión de sus actividades por un tiempo no superior a 5 años.
- Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio de haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición puede ser también temporal hasta 5 años, o definitiva.
- Intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por un tiempo máximo de hasta 5 años.

Tema 14 – Extinción de la responsabilidad penal

Naturaleza de las causas de extinción de la responsabilidad penal:

La responsabilidad penal, como cualquier responsabilidad, se extingue por distintas causas que responden a diferentes principios.

En algunos casos la extinción responde simplemente a la idea de que la exigencia de responsabilidad penal se ha vuelto imposible, como es el caso de la muerte del reo; en otros casos se debe a razones político-criminales, como el cambio de circunstancias; al paso del tiempo; o bien por el cumplimiento de la condena.

Análisis de las distintas causas:

Se contempla en el art. 130 CP, que recoge una serie de supuestos, en concreto siete causas de extinción de la responsabilidad penal.

1. Muerte del reo (art. 130.1 CP): Esta causa es una consecuencia directa del principio de responsabilidad de las penas, y afecta sólo a la responsabilidad penal, pero no a la civil; de hecho la responsabilidad civil se traslada a los herederos como parte del pasivo de la herencia, pero no la responsabilidad penal.
2. Cumplimiento de la condena (art. 130.2 CP): En realidad esta circunstancia es distinta de cualquiera de las otras, ya que no se debe a razones político-criminales (no es que desaparezca un delito que por otras razones existiese), sino que supone que la responsabilidad se ha satisfecho (para el resto de los casos no).
3. Remisión definitiva de la pena (130.3 CP): Incorporada recientemente al Código Penal, se refiere a los casos en que hay suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el reo no ha delinquirado durante el plazo de la suspensión y ha cumplido en su caso las reglas de conducta que se le hayan fijado. En este caso la pena queda definitivamente remitida y se extingue conforme a lo dispuesto en el art. 85.2 CP.
4. Indulto (130.4 CP): Es, junto a la amnistía, una institución del llamado derecho de gracia; esto es, la renuncia al ejercicio del ius puniendi acordada generalmente por el poder ejecutivo y no por el poder judicial. El indulto supone la remisión total o parcial de la pena impuesta en la sentencia, aunque se mantienen otros elementos como los antecedentes penales. La amnistía sin embargo tiene efectos más amplios, y es como si el delito nunca se hubiera cometido.

A este derecho de gracia se refiere la Constitución en el art. 62.i CE: “Corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales. Luego el art. 102.3 CE establece algunos límites, como que el indulto no puede afectar al Presidente del Gobierno ni a los Ministros: “La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente título” (Título IV del Gobierno y de la Administración). Además el indulto está regulado en la Ley de Indulto de 1870.

El indulto es una figura conflictiva porque supone que el ejecutivo se atribuye competencias del poder judicial, pero siempre se ha considerado necesario que exista en todas partes.

El indulto puede ser total o parcial, y teóricamente puede ser también individual o colectivo, aunque la Constitución prohíbe los indultos generales.

Como requisitos para conceder el indulto:

- a. Tiene que haber una sentencia condenatoria.
- b. El condenado no se debe encontrar en rebeldía.
- c. Normalmente se requiere que no sea reincidente, aunque hay excepciones.

Respecto a en qué casos se puede aplicar el indulto, históricamente se ha producido con ocasiones de fiesta, la coronación del Rey o del Papa...

A veces se entiende como un acto arbitrario de poder, por ello ha sido muy criticado.

En principio tendría que concurrir sólo cuando hubiese razones de justicia:

- a. Casos de errores en la aplicación de la justicia que no sean subsanables por los canales judiciales ordinarios (recursos, aunque en los casos más graves siempre son subsanables por el recurso de revisión).
 - b. Casos de necesidades preventivo-especiales de reinserción social que no puedan ser satisfechas por el sistema progresivo de ejecución o con las sustituciones penales.
 - c. Casos de dilación indebida en el procedimiento, a veces el procedimiento dura años, muchos más de lo debido. En muchos casos el tribunal atenúa la pena, pero en ocasiones es poco (no es suficiente); como no tendría sentido aplicar la pena puede resolverse con la aplicación del indulto.
5. Perdón del ofendido (130.5 CP): Sólo extingue la responsabilidad penal cuando la ley expresamente lo prevea, y es en muy pocos casos, realmente sólo en los llamados delitos privados. Estos son por ejemplo el art. 201.3 CP (revelación de secretos), en el art. 215.3 CP (calumnias e injurias), en el art. 267 CP párrafo último (ciertos daños cometidos por imprudencias graves) y en el art. 639 CP (faltas perseguibles a instancia de parte).

En los delitos semipúblicos, aunque el procedimiento puede iniciarse a instancia de parte, luego ya el perdón no tiene efectos extintivos (por ejemplo el art. 191.2 en delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales).

Requisitos del perdón:

- a. Debe otorgarse de manera expresa.

- b. Debe otorgarse antes de dictar sentencia, debiendo el juez o tribunal oír al ofendido antes de dictar sentencia para ver si hay perdón)
- c. Debe ser otorgado por el ofendido, o si se trata de un menor o incapaz por sus representantes legales; ahora bien, en este último caso puede ser rechazado por el juez o tribunal una vez oído el Ministerio Fiscal.

En cuanto a los efectos del perdón, excluye la responsabilidad penal del perdonado, y puede afectar sólo a alguno o algunos de los responsables pero no a otros.

6. Prescripción del delito (130.6 CP): La prescripción del delito supone la imposibilidad legal de enjuiciar hechos presuntamente delictivos motivados por el transcurso de un plazo de tiempo, fijado en la ley, desde que se cometió el delito.

Responde ante todo a razones de seguridad jurídica, pero también de justicia. Por un lado se trata de que no esté toda la vida pendiente del procedimiento por un delito cometido hace muchos años; y por otro, las personas van cambiando.

Fuera del mundo del Derecho, a nivel social, no se entiende siempre bien, sobretudo en prescripciones cortas. Como regla general todos los delitos prescriben, aunque hay algunos delitos que no prescriben.

Se ha discutido la naturaleza jurídica de la prescripción, y se ha debatido si es una institución de naturaleza penal, procesal o de naturaleza mixta. La cuestión tiene importancia por ejemplo a efectos retroactivos, una modificación de plazos a favor del reo en Derecho procesal no tendría dichos efectos, pero en Derecho Penal sí.

La opinión mayoritaria es que la prescripción es de naturaleza sustantiva, por lo tanto penal, que no es un obstáculo a la persecución del delito sino una causa de extinción de la responsabilidad criminal que atiende a razones político-criminales.

En cuanto a los plazos de la prescripción, los plazos de la prescripción del delito se regulan en el art. 131 CP, el Código establece un sistema escalonado de prescripción, cuanto más grave sea el delito mayor será el plazo de prescripción.

- a. El plazo máximo es de 20 años y se aplica a los delitos cuya pena máxima sea de prisión de 15 o más años.
- b. El plazo de prescripción será de 15 años cuando el delito tenga una pena de inhabilitación de más de 10 años o una pena de prisión de más de 10 y menos de 15 años.
- c. El plazo de prescripción será de 10 años cuando el delito tenga una pena de inhabilitación de más de 6 años y menos de 10 o una pena de prisión de más de 5 y menos de 10 años.

- d. El plazo de prescripción será de 5 años cuando la pena máxima asimilada al delito sea de prisión o inhabilitación de más de 3 y hasta 5 años.
- e. El plazo de prescripción será de 3 años en los restantes delitos menos graves.

Por otra parte los delitos contra el honor (injurias y calumnias) tienen un plazo de prescripción de sólo un año. En cuanto a las faltas, prescriben a los 6 meses.

Por último hay delitos que no prescriben nunca, antes no había ninguno, pero por razones de Derecho Público Internacional, actualmente no prescriben los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflictos armados. Se trata por tanto de la mayor parte de los delitos contra la comunidad internacional (si excluimos los delitos contra gentes) (artículos 607 ss CP).

Para atender a la gravedad del delito, para los plazos, si la pena que atribuye el Código es una pena compuesta, para la determinación de los plazos habrá que estar a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

En relación con el cómputo, para la prescripción el Código hace referencia al delito cometido, ¿qué se entiende por delito cometido a efectos de la prescripción? Por ejemplo en el delito de homicidio la pena es de 10 a 15 años, prescribiría a los 20 años. Ahora bien, cuando está en grado de tentativa o complicidad, ¿habrá que atender a la pena abstracta fijada en la Parte Especial al delito o a la pena concreta que resulta de aplicar grado de ejecución, grado de participación, etc.?

El Código Penal no resuelve esta cuestión. Hay discrepancias doctrinales porque el Código no resuelve esta cuestión, una parte de la doctrina y buena parte de la jurisprudencia atiende a la pena abstracta sin tener en cuenta el grado de ejecución, de participación y otras circunstancias; pero sí atiende a los tipos agravados que tienen una pena asignada en la Parte Especial. Sin embargo esta situación, que sigue en ocasiones el Tribunal Supremo y otras no, ha sido criticada por una parte importante de la doctrina que no ve justa la asimilación de casos que tienen penas muy distintas (no entiende porque deben tener el mismo plazo de prescripción delitos cuya pena es en ocasiones inferior).

Una parte importante de la doctrina entiende que debe tomarse de partida la pena concreta, teniendo en cuenta las circunstancias que afectan al grado; e incluso hay autores que dicen que deben tenerse en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que no suponen cambio de grado de la pena.

Tanto en un caso como en otro debe tenerse en cuenta la pena máxima.

En cuanto a desde cuándo empieza a computarse el plazo de prescripción, el Código entiende que los términos para la prescripción se computan desde el día en que se haya cometido el acto punible. Esto no plantea problemas cuando el delito se produce en un momento concreto; pero sí plantea un problema cuando

se desarrolla en distintos momentos a lo largo del tiempo, cuando la acción y el resultado se distancian en el tiempo. Aunque el Código no dice nada la doctrina entiende que debe atenderse al resultado, se entiende que la institución de la prescripción exige el resultado, ya que de lo contrario en algunos casos la prescripción se podría producir antes del resultado.

En los delitos con varios actos, delitos continuados (actos que pueden ser considerados como independientes pero que el Código Penal considera como delito continuado porque tienen cierta relación) o delitos permanentes, el Código establece unas reglas específicas para estos casos.

En caso de delito continuado, el término se computa desde que se realizó la última infracción. Para los delitos permanentes el plazo se computa desde que se eliminó la situación ilícita. Se ha incluido en la última reforma del Código Penal la habitualidad, en caso de habitualidad habrá que atender al momento en que cesó la conducta habitual.

Además de esto el Código prevé un plazo especial para delitos cometidos contra menores, para otorgar una mayor protección el Código difiere el momento de comienzo del término de la prescripción al día en que esas personas hayan alcanzado la mayoría de edad; y si fallecen antes de alcanzada la mayoría de edad, al momento de fallecimiento. Esto se aplica en los delitos contra menores de tentativa de homicidio, aborto no sentido, lesiones, delitos contra la libertad, torturas y delitos contra la integridad moral, delitos contra la libertad e identidad sexual, delitos contra la intimidad, derecho a la propia imagen e inviolabilidad de domicilio.

Esto tiene sentido en relación con ciertos delitos, estaba pensado para aquellos hechos en que el menor no se atreve a denunciar, el menor víctima de abusos que es dependiente de sus padres, se espera a la independencia que se adquiere a la mayoría de edad. Debería hacerse una interpretación restrictiva y aplicarse sólo cuando por las circunstancias del hecho el niño no ha podido perseguirlo; es la idea y se debería limitar puesto que en el resto de casos no tiene sentido.

La prescripción del delito puede interrumpirse cuando el proceso se dirija contra el culpable, en ese caso comienza a correr de nuevo cuando finaliza el proceso o termina sin condena (art. 132.2) Precepto que ha dado lugar a muchos problemas de interpretación.

7. Prescripción de la pena (130.7 CP): La prescripción de la pena es la imposibilidad legal de ejecución, la pena impuesta en la sentencia debido al transcurso de un plazo de tiempo fijado en ley, desde que se impuso la pena por sentencia firme si ésta no ha llegado a producirse o desde que se quebrantó la condena. Es menos importante que la prescripción del delito porque es mucho menos frecuente.

Los plazos de la prescripción son más largos que en la prescripción del delito, son los siguientes:

- a. Prescriben a los 30 años las penas de prisión de más de 20 años.

- b. Prescriben a los 25 años las penas de prisión de entre 15 y 20 años.
- c. Prescriben a los 20 años las penas de inhabilitación por más de 10 años y de prisión de entre 10 y 15 años.
- d. Prescriben a los 15 años las penas de inhabilitación de entre 6 y 10 años y de prisión de entre 5 y 10 años.
- e. Prescriben a los 10 años las demás penas graves.
- f. Prescriben a los 5 años las penas menos graves.
- g. Prescriben al año las penas leves que se aplican a las faltas.

Las penas impuestas por delitos contra la comunidad internacional, igual que ocurría con la prescripción del delito, no prescriben nunca.

No hay problema como en la prescripción del delito porque se atiende a la pena concreta impuesta en la sentencia.

El cómputo empieza a correr desde la fecha de la sentencia firme si no se ha empezado a cumplir, o desde le quebrantamiento si ya se ha cumplido en parte.

El Código no dice nada de la interrupción de la prescripción de la pena, antes sí, por lo que debe entenderse que no se interrumpe la prescripción.

La cancelación de antecedentes delictivos:

Hay que distinguir aquí la cancelación de las penas de la cancelación de las anotaciones de las medidas de seguridad:

- Cancelación de los antecedentes delictivos por penas: Conforme al art. 136 CP CP aquellos condenados que hayan extinguido su responsabilidad criminal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia de oficio o a instancia de parte la cancelación de sus antecedentes delictivos, previo informe del juez o tribunal sancionador.

Los requisitos para obtener esta cancelación son:

- Tener satisfechas las responsabilidades civiles, salvo en aquellos casos de insolvencia declarada y que además el reo no haya mejorado de fortuna.
- Que hayan transcurrido los siguientes plazos: 6 meses para las penas leves, 2 años para las penas hasta 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes, 3 años para las restantes penas menos graves y 5 años para las penas graves. Una vez que ha transcurrido este tiempo se cancelan los antecedentes, lo cual tiene importancia para la reincidencia... es como si no hubiera cometido ningún delito.

El cómputo se hace desde el día siguiente de aquel en que queda extinguida la condena. En el caso de que haya habido remisión condicional tras la remisión definitiva, el plazo se retrotrae al día siguiente a aquel en que hubiera quedado cumplida la pena si no se hubiera disfrutado de ese beneficio.

Los antecedentes penales no son públicos, las inscripciones del Registro no son públicas, sólo se emiten los certificados con las limitaciones y garantías previstas en la ley. En todos los casos los jueces y tribunales pueden pedirlos, e incluso pedir los de los antecedentes ya cancelados, debiendo el Registro hacer constar que están cancelados.

Si se dan los requisitos para la cancelación pero no se ha hecho de oficio, ni se ha instado por la parte, conforme al art. 136.5 el juez o tribunal ordena de oficio la cancelación y no tiene en cuenta los antecedentes a efectos de reincidencia.

- Cancelación de las medidas de seguridad: Conforme al art. 137 CP: “Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a jueces o tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la ley”.

La extinción de las medidas de seguridad:

Las causas de extinción que hemos visto en general se refieren al delito (algunas no, la muerte del reo se aplica tanto al delito como a la medida de seguridad).

Como específica de la medida de seguridad debemos considerar las prescripciones de la medida de seguridad. Conforme al art. 135 CP las medidas de seguridad prescriben a los 10 años si son privativas de libertad superiores a 3 años, y a los 5 años si fueran no privativas de libertad.

En cuanto al cómputo de la prescripción se realiza desde el día en que hubiere sido firme la resolución en que se impuso la medida; o si se trata de medidas de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse la medida.

Otra causa extintiva de las medidas se contempla en el art. 97.b): “Decretar el cese de la medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto”. Aunque dice que el juez podrá extinguir la medida, debería ser obligatorio, porque la peligrosidad es el fundamento de la medida.

Tema 15 – La responsabilidad civil derivada del delito y las costas procesales

Naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito:

La responsabilidad civil derivada de delito en España se encuentra regulada por razones históricas en el Código Penal y no en el Código Civil como pudiera parecer lo apropiado, esto da lugar a un debate histórico sobre su naturaleza, si se trata de responsabilidad civil o responsabilidad penal. Los civilistas creen que se trata de responsabilidad civil, y la mayoría de los penalistas reconocen que se trata de responsabilidad civil, el Código Civil hace referencia a ello y se remite al Código Penal. Es una obligación civil y se hace referencia también a ella en los art's 1089 y 1092 Cc.

Las diferencias entre la responsabilidad penal más “cercana” a la responsabilidad civil (la pena de multa) y la responsabilidad civil derivada del delito:

- La pena de multa se fundamenta en la culpabilidad, que es la que permite afirmar que la multa, en cuanto pena, es una pena merecida por el autor. Mientras que la indemnización civil se basa en la existencia de un daño resarcible que no debe ser soportado por quién lo ha sufrido y que le debe ser indemnizado (justa distribución de daños), por tanto la causa no es tanto el merecimiento. Puede haber responsabilidad civil sin culpabilidad (los inimputables responden civilmente por delito), mientras que no cabe responsabilidad penal sin culpabilidad.
- La multa atiende a una prevención especial, mientras que la indemnización aunque puede atender también a fines preventivos atiende a la reparación
- La multa como pena es estrictamente personal, por tanto se extingue con la muerte, no se transmite a terceros y no cabe cumplimiento solidario ni es asegurable. Mientras que la responsabilidad civil es transmisible (mortis causa a través de la herencia), es asegurable y puede ser solidaria o subsidiaria entre partícipes.
- Por último, la multa en cuanto pena atiende a un interés público, por tanto se impone como consecuencia de una acción pública y es ineficaz el perdón (excepto delitos privados a instancia de parte). Mientras que la indemnización responde a un interés privado, puede ser exigible en un procedimiento civil, y naturalmente es renunciable.

Contenido de la responsabilidad civil: restitución, reparación e indemnización:

Conforme al art. 110 CP la responsabilidad civil derivada de delito comprende la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

- Restitución: Es la devolución al titular del bien del que se ha privado ilegalmente.

El art. 111 CP establece: “1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. 2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable” (forma de proteger las transacciones comerciales).

Naturalmente si es reivindicada y el tercero de buena fe debe restituir la cosa, tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios por parte de la persona que cometió el delito.

- Reparación del daño: Puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer. Cuando no se puede restituir la cosa se debe reparar, son reparaciones que tienden a reparar el daño causado. A veces tienen que hacerse personalmente y otras a su costa.
- Indemnización de perjuicios materiales y morales: La reparación consiste en abonar una determinada cantidad que pueda compensar de alguna forma los daños causados al agraviado o a sus familiares.

Sujetos civilmente responsables:

Hay que distinguir la responsabilidad directa por hechos propios y la responsabilidad indirecta por hechos ajenos:

- Responsabilidad directa por hechos propios: El art. 116.1 CP establece: “Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”. Si no hay daños no habrá responsabilidad civil, sólo penal (por ejemplo delito de tentativa).

Con arreglo a esto los autores de un delito y los cómplices, cada uno dentro de su clase, son responsables solidarios del hechos por sus cuotas respectivas, y además son responsables de los demás responsables pertenecientes a otra categoría. Los autores son responsables solidarios respecto los autores, los cómplices son responsables solidarios respecto los cómplices, y los autores son responsables subsidiarios de los cómplices y los cómplices responsables subsidiarios de los autores (la responsabilidad penal es personal e individual). El que responde por los demás tendrá derecho frente por el que pagó.

Lo que se quiere es garantizar que se pague la responsabilidad civil, y si uno no paga el que se queda sin el dinero no es la víctima sino otro de los autores o cómplices. Que mientras haya un responsable penal que pueda responder lo haga.

El art. 118.1 CP establece: “La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º artículo 20 no comprende la de la

responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: (...)” De manera que no puede no haber responsabilidad penal pero puede haberla civil. Hay ciertos eximentes que excluyen la responsabilidad penal y civil, normalmente excluyen ambas las causas de justificación que hacen que el hecho sea lícito y entonces no haya responsabilidad penal ni civil (legítima defensa, art. 20.4 CP; ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, art. 20.7 CP)

Sin embargo hay una causa de justificación, el estado de necesidad (art. 20.5 CP), en la cual conforme al número 3.º art. 118.1 CP: “En el caso del número 5.º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio”.

En el caso de las eximentes de inimputabilidad de los apartados 1, 2 y 3 del art. 20 CP (persona enajenada, persona que actúa bajo los efectos de las drogas u otras sustancias tóxicas y persona que tenga alterada la percepción) son responsables civiles los que hayan cometido el hecho aunque no tengan responsabilidad penal, pero en el caso de los apartados 1 y 2 del art. 20, son también responsables las persona que les tengan bajo su potestad o guarda, siempre que hayan actuado con culpa o negligencia.

En el caso de la circunstancia de miedo insuperable del art. 20.6 CP, serán responsables civiles los que hayan causado el miedo, y en su defecto, los que hayan ejecutado el hecho.

En el caso de actuación por error recogido en el art. 14 CP, tanto si es un error de tipo como un error de prohibición, son responsables los autores del hecho.

- Responsabilidad indirecta por hechos ajenos: Se regula en el art. 120 y 121 CP, que se establecen una serie de supuestos donde personas que no han cometido el delito son responsables civilmente. El art. 120 CP establece: “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1.º) Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2.º) Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el art. 212 de este Código.

3.º) Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4.º) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5.º) Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.”

El art. 121 CP regula lo relativo a la responsabilidad civil de los entes públicos en los términos que ahí se describen.

El art. 114 CP hace referencia a supuestos en que la propia víctima haya contribuido a la producción del daño o perjuicio: “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”.

Las costas procesales:

Las costas procesales son los gastos procesales que deben pagar las partes y que se regulan en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los artículos 239 ss. Conforme al art. 123 CP las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los responsables criminales de cualquier delito o falta.

El contenido de esta obligación de pagar las costas, según el art. 124 CP consiste en lo siguiente: “Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte”.

Conforme el art. 240.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se impondrán nunca las costas a los procesados absueltos.

Cumplimiento y extinción de la responsabilidad civil: orden legal de prelación de las responsabilidades pecuniarias:

En principio el condenado tiene que pagar todas las obligaciones pecuniarias que tenga (penal, civil y costas procesales), si no tiene bienes para todo ¿cuál será el orden de pago? Si tiene bienes se acude contra ellos, se acude a pública subasta y se sufraga todo. Si los bienes no fuesen bastantes, el art. 125 CP establece: “Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos.”

En caso de pago parcial el orden que debe seguirse lo establece el art. 126.1 CP: “Los pagos que se efectúen por el penal o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente: 1.º) A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios. 2.º) A la indemnización al Estado por el importe de

los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa. 3.º) A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago. 4.º) A la demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados. 5.º) A la multa.” El art. 126.2 CP continúa: “Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado”.

En algunos delitos el Código en la Parte Especial modifica este orden, por ejemplo en los relativos a drogas tóxicas, sustancias estupefacientes, etc. la multa se pagaría en tercer lugar.

En cuanto a la extinción de la responsabilidad civil, ésta se extingue por el pago íntegro de la deuda, y en caso de fallecimiento del responsable, la deuda se traslada a sus herederos en el pasivo de la herencia (cosa que no sucede con la multa).

Tema 16 – Medidas aplicables a menores

La responsabilidad penal del menor en el vigente Derecho Penal español:

En relación con esto, la situación de partida es lo que dispone el art. 19 CP, conforme al cual: “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.”

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladores de la Responsabilidad Penal de los Menores, se publicó en el BOE de 13 de enero de ese mismo año y entró en vigor un año después, el 13 de enero de 2001. Contempla distintas situaciones en función de la edad de los menores infractores:

1. Menores de 14 años: No se les aplica ni el Código Penal ni la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, así lo dice el propio art. 3 de la Ley, lo que significa que los menores de 14 años carecen por completo de responsabilidad penal en nuestro Derecho, son totalmente inimputables. Es un límite relativamente alto en el Derecho comparado, en otros países europeos es menor, incluso de 8 años, aunque se requiere que “actúen como mayores”.

A los menores de 14 años se les aplican las normas de protección de menores que contempla el Código Civil y demás normas vigentes (art. 3 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor).

2. Menores entre 14 y 18 años: A los menores que están entre 14 y 18 años se les aplica la Ley de Responsabilidad Penal del menor, siempre que cometan delitos o faltas tipificadas en el Código Penal o en las leyes penales especiales. El Código establece una distinción en algunos elementos según se tengan más o menos de 16 años.
3. Mayores de 18 años: En principio los mayores de 18 años se les aplica el Código Penal y las leyes penales especiales. Sin embargo lo cierto es que la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, en relación también con el art. 69 CP, establece la posibilidad de aplicar aquella ley a los mayores de 18 y menores de 21 años. Podría aplicarse con ciertos requisitos, pero esta disposición está suspendida, en principio hasta el 1 de enero de 2007 (aunque no se aplica en su caso a delitos de terrorismo).

En cuanto al cómputo de la edad, conforme al art. 5.3 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, estas edades que hemos visto se ven siempre referidas al momento de comisión de los hechos, de manera que no tiene ninguna importancia en el momento en que se juzga o cuando éste cumple condena.

Medidas susceptibles de ser impuestas a menores: naturaleza y clases:

Se prevén en el art. 7.1 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor un catálogo muy amplio de medidas, que incluyen internamiento, régimen cerrado, régimen abierto, régimen semiabierto, tratamiento ambulatorio...

Se distingue si el menor está entre 14 y 16 años o entre 16 y 18 años, en principio si es menor de 16 años las medidas ¿?; mientras que si es de 16 o más años puede llegar a un máximo de 5 años o 200 horas de prestaciones sociales, siempre que el delito hubiese sido cometido con violencia, intimidación o con grave riesgo para la vida o la integridad física.

Sin embargo recientemente __ ha establecido un endurecimiento de estas medidas en algunos casos, en concreto si son delitos de extraordinaria gravedad (entre los que siempre está la reincidencia) el juez tendrá necesariamente que imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de 1 a 5 años complementado sucesivamente con otra de libertad vigilada y asistencia educativa hasta un máximo de otros 5 años. La agravación es todavía mayor en delitos de terrorismo, si el sujeto es mayor de 16 años se le impondrán medidas de internamiento en régimen cerrado de 1 a 8 años y hasta 10 en algunos casos concretos. Igual que la primera no se puede suspender o sustituir hasta que haya pasado al menos la mitad de la condena. En caso de menores de 16 años y mayores de 14 años es una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 4 años, hasta 5 años en los delitos más graves, y complementado con una pena de libertad vigilada y asistencia educativa de hasta tres años más.

Las medidas de menores hasta esta última ley se consideraban medidas de seguridad, pero en la Ley se habla de la responsabilidad penal del menor y el régimen de estas consecuencias jurídicas se asemeja mucho al sistema ordinario de penas, incluso en algunos casos se hace referencia al reproche del hecho llevado a cabo, por eso hay quien ha dicho que se trata de auténticas penas, aunque especialmente orientadas a la resocialización y reeducación del menor.

Lo cierto, sin embargo, parece ser más correcto, como hace una parte de la doctrina, calificar como un sistema mixto. Se podría decir un sistema de vía única, en el que habría unas sanciones que reúnen unas características de las penas y otras de las medidas de seguridad. Hay algunas que son medidas de seguridad claramente como el tratamiento terapéutico.

La ejecución de estas medidas:

La Ley de Responsabilidad Penal del Menor contiene una regulación muy detallada de esta cuestión.

La ejecución de estas medidas corresponde a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el control de un juez de menores.

Cuando al menor se le impone una de las medidas impuestas en la ley y alcanza la mayoría de edad; en principio el que era menor sigue ejecutando la medida en los mismos términos que hasta entonces. Sin embargo, cuando se impone a

personas que ya hayan cumplido 23 años o que los cumplan durante la ejecución, se cumplirán en centros penitenciarios.

La extinción de la responsabilidad penal del menor:

La prescripción se prevé en el art. 10 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, tanto del hecho delictivo por el menor como de las medidas impuestas (el plazo de las penas nunca es superior de 3 años y de las medidas de 3 años) En caso de terrorismo se aplican las normas del Código Penal, no de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

Por otro lado los artículos 18 y 19 prevén la posibilidad de que produzca un desistimiento del expediente, en concreto el art. 18 hace referencia al desistimiento de incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar. Este desistimiento lo puede realizar el Ministerio Fiscal en los delitos menos graves sin violencia o intimidación o en las faltas, y este no afecta a la responsabilidad civil. El art. 19 admite también el desistimiento una vez iniciado el expediente, proponiendo el juez el sobreseimiento de la causa; también tiene competencia para ello el Ministerio Fiscal en los delitos menos graves o faltas, debe atender a la gravedad y circunstancia del hecho, y especialmente a la falta de violencia e intimidación graves. Por lo demás tienen que darse una de estas condiciones:

- Que haya habido concesión por la víctima, lo que entraña el reconocimiento del daño causado por el menor y su petición de disculpas, que además debe aceptarlas las víctima.
- Asunción del menor del compromiso de reparar el daño causado, esto entraña el compromiso por su parte de realizar actividades a favor de la víctima o la sociedad, y realizar estas actividades.
- Que el menor se haya comprometido a cumplir la actividad educativa que se proponga.

Reglas especiales sobre la responsabilidad civil en estos supuestos:

La Ley de Responsabilidad del Menor muestra su esencial preocupación por la víctima del delito, y por eso establece una responsabilidad civil solidaria entre el menor de 18 años y sus padres, tutores... responsabilidad que puede moderarse en el caso de estos terceros cuando haya habido por su parte dolo o negligencia (que no hayan favorecido con su conducta dolosa o negligente la actividad del menor).