

DERECHO PENAL

INTRODUCCIÓN

1.- CONCEPTO DE DERECHO PENAL (Páginas 5 a 16)

I. Concepto y caracteres del Derecho penal.

II. Naturaleza

III. Relaciones del Derecho penal:

- **Con las ciencias jurídicas**
- **Con las ciencias criminológicas**
- **Con las llamadas ciencias auxiliares del Derecho penal**

2.- LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL (Páginas 17 a 28)

I. La ley

II. El principio de legalidad

III. Posibilidad de admitir otras fuentes

IV La interpretación de la ley penal:

- **Clases y reglas de interpretación**
- **La analogía**
- **Concurso aparente de normas penales**

3.- LA LEY PENAL EN EL TIEMPO (Páginas 29 a 34)

I. Eficacia temporal de las leyes penales

II. El principio general: irretroactividad de la ley penal.

III. La excepción: retroactividad de la ley penal más favorable

4.- LA LEY PENAL EN EL ESPACIO (Páginas 35 a 46)

I. Principios reguladores

II. Lugar de comisión del delito

III. La extradición

IV. Derecho penal internacional

TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

5.- EL DELITO (Páginas 47 a 56)

I. Concepto del delito

II. Sujetos y objetos del delito:

- Sujeto activo y pasivo
- Objeto material y jurídico

III. Clasificaciones del delito

6.- LA ACCIÓN (Páginas 57 a 64)

I. Formas de la acción: acción en sentido estricto y omisión.

II. Las diversas concepciones de la teoría de la acción

III. La acción y sus elementos

IV. La omisión: concepto y naturaleza

V. Las clases de omisión:

- La omisión simple
- La comisión por omisión

VI. Ausencia de acción:

- Movimientos reflejos
- Estados de plena inconsciencia
- Fuerza irresistible

7.- LA TIPICIDAD-ANTI JURIDICIDAD (Páginas 65 a 81)

I. La tipicidad:

- Concepto
- Elementos
- Funciones del tipo

II. Ausencia de tipicidad.

III. La antijuridicidad: Concepto. Los elementos subjetivos del injusto

IV. Ausencia de antijuridicidad:

- Legítima defensa
- Estado de necesidad
- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo
- El consentimiento del ofendido

8.- LA CULPABILIDAD (Páginas 82 a 90)

I. Concepto y estructura.

II. Naturaleza: concepción psicológica y concepción normativa.

III. La imputabilidad: Concepto, Momento de la imputabilidad: Acciones liberae in causa.

IV. Ausencia de imputabilidad:

- **Anomalía o alteración psíquica. Trastorno mental transitorio.**
- **Intoxicación plena por bebidas alcohólicas o drogas. Síndrome de abstinencia.**
- **Alteración grave de la conciencia de la realidad.**

V. La responsabilidad penal del menor.

9.– V. Las formas de culpabilidad: (Páginas 91 a 100)

- **El dolo: Concepto. Elementos. Clases.**
- **La culpa: Concepto y clases.**

VI. Ausencia de formas de culpabilidad: El error.

VII. La exigibilidad de conducta adecuada a la norma: su significación jurídico–penal.

VIII. Ausencia de exigibilidad. Causas de inculpabilidad basadas en el principio de no exigibilidad:

- **Estado de necesidad subjetivo.**
- **Miedo insuperable.**

10.– LA PUNIBILIDAD (Páginas 101 a 104)

I. Significación dogmática de la punibilidad.

II. Las condiciones objetivas de punibilidad.

III. Ausencia de punibilidad: Las excusas absolutorias.

11.– EL ITER CRIMINIS (Páginas 105 a 113)

I. Actos internos.

II. Actos preparatorios:

- **Tipos contruidos específicamente sobre actos preparatorios.**
- **Conspiración, proposición y provocación para delinquir.**

III. Actos de ejecución: la tentativa.

IV. La consumación:

- **La consumación formal.**
- **La consumación material.**

12.- LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO (Páginas 114 a 119)

I. Autoría: autoría directa, coautoría, autoría mediata.

II. Las formas de participación: inducción, cooperación necesaria, complicidad.

III. Supuestos especiales.

13.- UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS (Páginas 120 a 124)

I. Pluralidad de acciones y unidad de delito:

- Delito continuado.
- Delito permanente.
- Delito habitual.

II. Pluralidad de acciones y de delitos (concurso real).

III. Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal).

14.- LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (Páginas 125 a 132)

I. Cuestiones comunes a las circunstancias atenuantes y agravantes.

II. Atenuantes:

- Eximentes incompletas.
- Atenuantes genéricas.
- Atenuantes por analogía.

III. Agravantes.

IV. La circunstancia mixta.

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

15.- LA PENA (Páginas 133 a 140)

I. Concepto.

II. Fundamento y fines: las diversas teorías.

III. La clasificación de las penas en el Código penal español.

16.- LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (Páginas 141 a 174)

I. Clases y cumplimiento: prisión, arresto de fin de semana y responsabilidad personal subsidiaria.

II. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad:

- Suspensión de la ejecución.

- Su sustitución por otras penas.

17.– LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS (Páginas 169 a 174)

I. Concepto y clases.

II. LA PENA DE MULTA: multa proporcional y sistema de días–multa.

III. CONSECUENCIAS ACCESORIAS: especial referencia al comiso.

18.– LA DETERMINACIÓN DE LA PENA (Páginas 175 a 183)

I. Individualización legal, judicial y administrativa.

II. La determinación de la pena en el Código penal:

- La mitad superior y la inferior. La pena superior e inferior en grado.
- Reglas para la determinación de la pena:
 - el grado de ejecución.
 - La forma de participación.
 - La concurrencia de circunstancias modificativas.
 - El concurso de delitos.
 - Supuestos especiales.

19.– LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (Páginas 184 a 188)

I. Causas.

II. Cancelación de antecedentes penales.

20.– LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y COSTAS PROCESALES (Páginas 189 a 193)

I. La responsabilidad civil nacida de delito o falta:

- Contenido.
- Personas civilmente responsables.

II. Las costas procesales.

III. Cumplimiento de la responsabilidad civil.

21.– LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD (Páginas 194 a 197)

I. Concepto. Fundamento. Clases.

II. Penas y medidas de seguridad.

III. Las medidas de seguridad en la legislación española.

DERECHO PENAL

INTRODUCCIÓN

TEMA 1.- CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

I. Concepto y caracteres del Derecho penal.

Hay una conducta que es un delito y la consecuencia es una pena impuesta por los tribunales. Delito o pena es sobre lo que gira el derecho penal.

1) Primer caso: A le pide prestado a B 1,000.000 de pesetas. A queda en devolverle ese dinero dentro de un mes. Pasa el mes y A no devuelve el dinero pues dice que no le debe nada a B.

2) Segundo caso: A le quita a B a punta de navaja 100.000 pesetas.

En el primer caso el acreedor tendrá que acudir a los tribunales civiles para cobrar esa deuda y podrán condenar a A a pagar ese millón de pesetas más los intereses.

En el segundo caso habrá que acudir a los tribunales penales. Se trata de un robo con intimidación. Condenarán a A a devolver las cien mil pesetas más una pena de privación de libertad de algunos años de prisión. Este segundo caso representa una conducta más grave, más reprobable aunque la cantidad de dinero sea menor porque hay un peligro para la integridad de la persona. En principio éste sería el campo del Derecho penal, el Derecho penal se ocupa de los delitos más graves.

El Derecho penal se construye sobre la base del delito y de la pena. El Derecho penal se define como el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho la pena como legítima consecuencia. Este concepto es válido hoy con una matización ya que al lado de la pena, en el Derecho penal, han ido apareciendo otras consecuencias jurídicas fundamentalmente **las medidas de seguridad**.

Hoy **Derecho penal sería el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que a determinadas conductas previstas como delitos asocian unas determinadas penas o medidas de seguridad.** Es decir, un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas. Como toda norma jurídica la norma penal consta de un *supuesto de hecho* – **un delito** – y de una *consecuencia jurídica* – una **pena** y/o una *medida de seguridad*.

El Derecho penal no sólo es un medio de represión, sino también un medio de prevención. Las medidas de seguridad son el único recurso de que dispone el Estado en aquellos casos en los que no se puede imponer una pena por ser el sujeto inimputable (persona que no tiene capacidad plena para tener responsabilidad penal), es decir, por carecer de los presupuestos mínimos para responsabilizarlo de sus acciones, aun cuando ha cometido un hecho tipificado en la ley como delito siempre que, a pesar de su inimputabilidad, sea peligroso criminalmente. Las medidas de seguridad son unos medios de naturaleza muy distinta a la pena porque la pena se impone fundamentalmente en función de la gravedad del delito (a más grave el delito más grave la pena) mientras que las medidas de seguridad se imponen en función de la peligrosidad del delincuente. Peligrosidad equivale a la probabilidad de cometer delitos en el futuro, se entiende por peligrosidad la probabilidad de que una determinada persona cometa en el futuro un delito. El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad. Las medidas de seguridad son de varias clases: unas suponen el internamiento pero se diferencian de las penas de privación de libertad en que se hacen en centros adecuados a las condiciones del sujeto.

Una persona comete homicidio (pena de 10 a 15 años). Si le condenan 12 años sabe que la condena máxima va a ser 12 años. Pero si el que comete el homicidio padece esquizofrenia, como es peligroso, el juez estima

que debe ser internado pero no puede decir cuánto va a durar ese internamiento pues las medidas de seguridad tendrían que ser, teóricamente, de duración indeterminada.

En el sistema penal español están prohibidas las medidas de seguridad absolutamente indeterminadas, el juez tiene que poner un límite temporal. Otro problema de las medidas de seguridad es que puede haber dos tipos:

a) Medidas de seguridad **postdelictuales**: Son las que se imponen después de la comisión de un delito (siempre en función de la peligrosidad del individuo pero exige la comisión de un delito previo).

b) Medidas de seguridad **predelictuales**: No exigen la comisión de un delito previo, se imponen porque la persona es peligrosa aunque no ha cometido delito aún.

En el sistema español vigente las medidas de seguridad predelictuales están prohibidas por la razón siguiente: *la peligrosidad es un concepto peligroso*. Genera inseguridad jurídica.

El contenido básico del derecho penal son los delitos y las penas y se contienen básicamente en el Código Penal, texto legal que contiene la gran mayoría de normas sobre delitos y penas y es de noviembre de 1995. Al margen del Código Penal existen una serie de leyes penales especiales que contienen delitos y penas pero que se dedican a tratar algún tema concreto, materia concreta pero que se rigen por los principios que fija el código penal. Son ejemplos la ley penal sobre contrabando, código penal militar....

Todo esto que es el derecho penal objetivo se corresponde con otro que es el derecho penal subjetivo que corresponde al Estado y que le permite castigar al que comete el delito aplicando las penas que la ley establece (IUS PUNIENDI – poder punitivo, derecho de castigar). El poder punitivo corresponde en exclusiva al Estado lo cual significa dos cosas:

1– En el Derecho penal no es admisible la venganza privada, el monopolio del derecho a castigar lo tiene el Estado.

2– Las comunidades autónomas no tienen competencia en materia penal, sólo tiene competencia el Estado.

Ese ejercicio exclusivo del derecho a castigar no es un derecho arbitrario ni absoluto, está sometido a límites y en materia penal es muy importante esta limitación. Está muy limitado entre otras cosas porque la función que desempeña el Derecho penal, aparte de regular la convivencia, como los demás sectores del ordenamiento jurídico, es la de ser un medio de control social. La sociedad depende de unos medios de control social, instrumentos por los que se marca a los ciudadanos pautas de comportamiento. Los medios de control social pueden ser:

1 – primarios – son medios que tratan de cumplir esa función mediante la amenaza de un castigo. Por ejemplo el Derecho penal.

2 – secundarios – aquellos que tratan de cumplir esa función por algún medio que no implica necesariamente un castigo sino a través de un sistema de recompensas (familia, religión,...).

Además de ser un medio de control social primario es un medio de control social formal, muy estrictamente formalizado. Formal quiere decir medios que se ajustan a normas. Pero el Derecho penal además no sólo está sujeto a normas sino que son normas muy estrictas y rígidas. Las normas penales permiten al juez mucha menos libertad.

3-10-01

¿Cómo cumple el Derecho penal la función de regular la convivencia?. Mediante la protección de

determinados intereses sociales, de valores esenciales: **BIENES JURÍDICOS** (valores esenciales para la sociedad). Esos bienes jurídicos (intereses esenciales para la sociedad) se encuentran en la Constitución, por ejemplo todos los derechos fundamentales de las personas recogidos la Constitución Española. Lo que no puede ser interés protegido penalmente son los intereses morales, valores propios de las creencias y valores de la persona. Eso el derecho penal no lo puede proteger. El derecho penal no puede utilizarse para proteger las ideas, creencias de unas personas frente a otras. El derecho penal tiene que proteger ideas sobre las que hay un consenso general de todas las personas como bienes necesarios y esenciales, proteger exclusivamente bienes jurídicos y esto lo hace mediante la amenaza de un castigo. El Derecho penal es un medio de control social primario y eso es lo que distingue al derecho penal de otros sectores del ordenamiento jurídico (en el derecho civil no hay amenaza de castigo). El Derecho penal tiene instrumentos muy graves para cumplir su función pues la pena tiene consecuencias muy graves. Un principio básico del Derecho penal es el PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA: principio que recoge que el Derecho penal tiene que intervenir lo menos posible. El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Esto quiere decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga que el Derecho penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico. Este principio de intervención mínima tiene dos aspectos:

1º) El **carácter subsidiario** del Derecho penal (en latín ULTIMA RATIO) como último recurso del Estado. El derecho penal sólo se puede y o debe utilizar cuando son inútiles los demás recursos de que dispone el Estado, por ser el medio más grave. Ante un problema primero se recurrirá a los medios sancionatorios y sólo si estos no son suficientes se recurre al Derecho administrativo (vía sancionatoria) y al final al Derecho penal.

Por ejemplo: problema de los incendios forestales:

1º) realizar una política forestal adecuada.

2º) acudir a vías sancionatorias (expropiación de montes,...).

3º) al final se puede acudir al Derecho penal, el último eslabón y no es el que va a solucionar el problema.

2º) El **carácter fragmentario** del Derecho penal. El Derecho penal no puede proteger todos los intereses sociales, el Derecho penal tiene que limitarse a proteger sólo los intereses esenciales, el Derecho penal protege el mínimo ético. Además quiere decir que ni siquiera esos intereses esenciales pueden protegerse contra todos los ataques posibles sino que el Derecho penal tiene que limitarse a protegerles de los ataques más graves.

Ejemplo (sobre el ejemplo del primer día) : el Derecho penal protege la propiedad pero no contra todos los ataques posibles sino sólo contra los ataques más graves o más reprochables.

El legislador tiene que seleccionar entre todos los intereses de la sociedad, los intereses que se quieren proteger con la amenaza de la pena, los que quiere proteger penalmente. El legislador debería utilizar tres criterios para elegir esos intereses a proteger:

1º) Que ese interés sea merecedor de esa protección especial. Eso depende de la situación social dominante y de otros factores. El Código penal del 95 en su artículo 504 castiga las injurias al gobierno, al Tribunal Constitucional, tribunales y otras instituciones del Estado y Comunidades Autónomas. Se pretende proteger el honor de las instituciones aunque el honor es propio de las personas y no de las instituciones y además se restringe mucho un derecho fundamental que es la libertad de expresión. Se ha construido una protección penal sobre algo que no lo merece.

2º) Necesidad de protección, que exista la necesidad de proteger penalmente ese interés social. Este criterio nos lleva a que el legislador decida proteger un interés que ya está suficientemente protegido por otros

sectores del ordenamiento jurídico. Si el derecho civil da suficiente protección ya no haría falta protección penal pues sería contraproducente (como por ejemplo el caso de pensión de alimentos que debe pagar el padre a los hijos después de una separación matrimonial. Se creó el delito de impago de pensiones, se dio protección penal a una demanda social. Es discutible si era necesario esa protección penal o si era mejor mejorar la legislación civil en esa materia).

3º) La capacidad de protección. El legislador a la hora de decidir si ofrece protección penal debe considerar si el Derecho penal es capaz de ofrecer esa protección porque de lo contrario si el delito castigado con una pena no sirve de nada, el Derecho penal no serviría de nada. El legislador debe tenerlo muy en cuenta porque introducir normas que no se aplican, inútiles es contraproducente. Por ejemplo el castigo de conductas sexuales, castigar la homosexualidad es un uso lamentable del Derecho penal, el Derecho penal no debe entrar en esos campos que pertenecen al ámbito privado.

Una vez seleccionados esos bienes jurídicos estos se protegen principalmente por medio de la amenaza de unas penas que se rigen por algunos principios lógicos y evidentes (aunque en la práctica no sean tan claros). Cuanto más importantes son los bienes jurídicos mayor tiene que ser la amenaza de la pena que los protege. La vida se protege con pena de 10 a 15 años de privación de libertad. La propiedad, el robo de 2 a 5 años....

Un código penal debe ser un reflejo de los valores sociales dominantes en la sociedad. No siempre es tan claro.

Otro principio lógico a tener en cuenta es que dentro del mismo bien jurídico es que la pena se gradúa según la gravedad del ataque a ese bien jurídico (por ejemplo el asesinato con ensañamiento es más grave que el asesinato sin más).

8-10-01

II. Naturaleza del Derecho penal.

Pertenece el Derecho penal al campo del **derecho público**. El derecho privado lo que regula es la relación entre particulares y en derecho público se regulan las relaciones entre un particular y el Estado.

El Derecho penal lo que hace es proteger los derechos sociales, los bienes jurídicos. Dentro de estos bienes jurídicos hay unos intereses que son de carácter colectivo, por ejemplo el Derecho penal protege la salud pública, el medio ambiente, el orden público... Supongamos que una empresa realiza vertidos radiactivos en una finca privada. Ahí lo que el Derecho penal protege no son sólo los intereses privados sino también los colectivos: derecho al medio ambiente sano. Lo que interesa es el bien jurídico común. En estos casos en que el Derecho penal protege intereses colectivos es clara la cualidad del Derecho penal como Derecho público (derecho que protege no a una persona concreta sino al colectivo). Pero eso es diferente del problema de la deuda que es un problema privado. Sucede que el Derecho penal protege también intereses estrictamente privados: la vida de las personas, la propiedad privada... En estos casos ¿por qué se dice que el Derecho penal es Derecho público? Se dice en estos casos que es un problema entre una persona y el Estado porque se entiende que aunque el interés afectado es estrictamente privado el Derecho penal lo protege porque esa conducta atenta también contra los intereses sociales generales. Es decir, si A mata a B evidentemente se daña el interés privado de B pero también los intereses generales pues la sociedad que no castiga el homicidio tendría pocas posibilidades de sobrevivir. La muerte de esa persona afecta también a los intereses generales, colectivos. En el caso del robo de una cantidad de dinero también se lesiona un interés privado pero a diferencia del caso anterior la amenaza, la intimidación deja de ser algo privado por ser conducta reprochable por la sociedad (se lesionan también los intereses generales). Que el Derecho penal sea Derecho público no es una cuestión meramente teórica sino que tiene relevancia práctica. Al ser Derecho público la acción penal es pública lo que significa que cualquier persona puede iniciar la persecución penal de un delito y además incluso puede iniciarla en contra de la voluntad de la víctima. Hay sólo una excepción a este carácter público

que son los llamados delitos privados o delitos perseguibles a instancia de parte: delitos que sólo puede iniciar la persecución el interesado, el ofendido.

La autonomía del Derecho penal. Con el término de autonomía se quiere indicar que el Derecho penal tiene libertad para fijar sus propios delitos (qué conductas se consideran delitos) y también libertad para fijar las penas. Sin embargo esta autonomía hay que matizarla porque es verdad que el Derecho penal tiene libertad para fijar las penas pero dentro de los límites constitucionales y legales. Sin embargo en lo que respecta a los delitos el legislador penal no tiene libertad absoluta porque el Derecho penal es sólo un sector del ordenamiento jurídico que está relacionado con todos los demás sectores y a la hora de decir que conductas se consideran delitos el legislador tiene que tener siempre en cuenta que dicen los otros sectores del ordenamiento jurídico. El legislador penal no puede considerar delito una conducta que sea lícita en otro sector del ordenamiento jurídico. Por ejemplo en el caso de un delito ecológico supongamos que una empresa realiza vertidos contaminantes que ponen en peligro el medio ambiente. Esa conducta sólo se puede considerar delito en sentido penal si es ilícita desde el punto de vista administrativo (Art. 325 de Código penal).

La conclusión es que el Derecho penal es independiente en las penas–consecuencias y relativamente dependiente en sus presupuestos–delitos.

Eso nos sirve para recordar las relaciones que tiene el Derecho penal con los otros sectores del ordenamiento jurídico pues todos los sectores del ordenamiento jurídico tienen una relación fundamental.

III. Relaciones del Derecho penal

Dado que el Derecho penal es derecho público las relaciones de éste son más estrechas con los sectores que pertenecen al Derecho público (administrativo, político...) y menos con el Derecho civil que es Derecho privado.

1º) Con el Derecho procesal penal la relación es estrecha porque este derecho es el conjunto de normas que regula la aplicación del proceso penal y eso es importante para el Derecho penal porque ese proceso penal es el instrumento para llevar a la práctica el Derecho penal y es además instrumento imprescindible. Además esta relación entre Derecho penal y Derecho procesal penal se manifiesta en la existencia de muchas instituciones que están a caballo entre los dos. Por ejemplo toda la materia de la prescripción de los delitos y las penas, extinción por el paso del tiempo de la responsabilidad penal, si no se persigue en ese plazo ya no se le puede perseguir. Otro ejemplo es todo lo relativo a la ejecución de las penas que es discutible si es Derecho penal o Derecho procesal penal.

2º) También el Derecho penal tiene relaciones muy estrechas con el Derecho Internacional público. El Derecho Internacional público es en muchas ocasiones fuente de preceptos de los códigos penales y de hecho muchos preceptos del Código Penal Español tienen su origen en Derecho Internacional público, por firmas de convenios o acuerdos se incluyen en los códigos penales algunos delitos por ejemplo en materia de tráfico de drogas en España provienen de convenios internacionales. La regulación en materia de tráfico de drogas vigente del código penal proviene del Convenio de Viena. También en temas de falsificación de moneda, prostitución, trata de blancas,... También hay materias que son de naturaleza discutible: la extradición es una materia que puede pertenecer al Derecho penal o al Derecho Internacional público.

Otra cuestión a tener en cuenta en las relaciones entre Derecho penal y Derecho Internacional público es el nacimiento de una nueva rama, el Derecho penal Internacional, rama de origen reciente en la que se trata de castigar delitos contra intereses de la comunidad internacional pero que está en fase muy inicial.

3º) El Derecho penal tiene relaciones estrechas con el Derecho político. El sistema penal de un país está siempre vinculado al sistema político por eso siempre que hay cambios importantes en el sistema político

también hay cambios en el sistema penal. El Derecho penal español es uno de los ejemplos más claros. El primer código penal de 1822, que nace bajo la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812, tuvo una vida muy corta (15 meses) por la reacción absolutista –en 1823 se produce la entrada en España de las tropas denominadas los Cien mil hijos de San Luís para restablecer la Monarquía absoluta y con ella de nuevo la legislación del antiguo régimen– por la que España quedó sin código penal rigiéndose por la Novísima Recopilación hasta el código penal de 1848 que nace bajo el gobierno de Bravo Murillo. Es éste un código penal muy conservador acentuándose más en 1850 cuando sube al poder el General Narváez que efectúa una modificación del Código Penal de 1848 que acentúa su carácter conservador autoritario (como reacción a las agitaciones revolucionarias de 1848). El tercer código penal es el de 1870 nacido después de la Revolución liberal del 68 (en la que el general Serrano derrota al general Pavía, provocando el destronamiento y exilio de Isabel II y se aprueba la Constitución liberal de 1869) es de carácter liberal, ajustándose a la nueva Constitución del 69. El cuarto Código Penal (código autoritario) es el de la Dictadura del General Primo de Rivera (comienza en 1923) que encargó un proyecto de reforma del Código Penal de 1870 y que después de varias modificaciones se promulgó en 1928, entrando en vigor en 1929 y siendo derogado por la República, en 1931. En 1932 el código de la 2ª República cambia otra vez la orientación política (es una modificación del Código Penal de 1870, puesto al día y adaptado a la nueva Constitución de 1931). El siguiente código el de 1944, posterior a la Guerra Civil, supone un cambio radical en el sistema penal (hasta 1944 subsiste la vigencia del Código Penal de 1932, aunque endureciéndose enormemente el sistema penal mediante diversas leyes especiales, que restablecían la pena de muerte, reprimían los partidos políticos y en general introducían modificaciones acordes con la orientación política e ideológica del nuevo régimen). El último código arranca de la Constitución de 1978 que instaura un régimen plenamente democrático en forma de monarquía parlamentaria y de Estado social y democrático de Derecho (no se produce un cambio inmediato sino que se hace un cambio profundo del código de 1944). Se hacen proyectos en el año 1980 pero no se aprobaron hasta el año 1995 en el que se promulga como Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (la entrada en vigor fue el 24 de mayo de 1996, 6 meses después de su publicación en el BOE núm. 281, de 24–11–1995). Hay muchos aspectos penales que han pasado siempre a las constituciones. La Constitución de 1978 recoge muchas materias de orden penal: la abolición de la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra y la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15), recoge también lo relativo a los fundamentos y las finalidades de la pena, aparece la extradición y muchos principios penales como el de legalidad, el de irretroactividad y el de retroactividad de las leyes penales favorables contenidos en los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución Española, ...

4º) Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo.

El Derecho administrativo es también un derecho sancionador como el Derecho penal aunque éste no es exclusivamente sancionador. Con respecto al aspecto sancionador del Derecho administrativo hay que tener en cuenta que los órganos de administración pública tienen la facultad de imponer sanciones pero esa facultad puede tener un doble origen:

- En unos casos es la ley aprobada por el Parlamento la que concede a esos órganos la facultad de imponer sanciones, es una ley la que define una infracción administrativa y le concede a esos órganos la facultad de imponer las sanciones correspondientes (por ejemplo las multas de tráfico).
- En otros casos son los propios órganos de la administración los que definen los ilícitos administrativos y les ponen la sanción correspondiente. Por ejemplo el gobierno dicta un decreto en el que establece un sistema de sanciones en materia de juegos de azar.

Esa es una diferencia fundamental con el Derecho penal pues en el Derecho penal las sanciones sólo pueden venir establecidas por ley. Las sanciones administrativas las imponen los propios órganos de la administración mientras que las penales sólo las pueden imponer los tribunales después del proceso correspondiente.

Estas diferencias lo que hacen es reflejar la diferencia entre los **ilícitos administrativos** y los **ilícitos penales**. Los ilícitos penales son los más graves, se reservan para los hechos más graves por eso las sanciones penales

se exige que vengan establecidas por ley. Por lo tanto la diferencia básica entre infracción administrativa y penal es puramente cuantitativa, diferencia de gravedad. Esencialmente no hay ninguna diferencia entre ambas, en esencia son iguales. Esto significa en la práctica que si las infracciones penales son más graves, las sanciones penales serán también las más graves teóricamente pero en la práctica no es tan fácil porque los órganos administrativos tienden cada vez más a incrementar más las cuantías de las sanciones. Así por vía administrativa se puede imponer a un hecho una multa más grande que por vía penal. Por ejemplo por la ley de costas, verter petróleo al mar:

–por vía administrativa se puede imponer hasta 50 millones de multa.

–por vía penal se trata de un delito ecológico y no puede llegar a 50 millones.

Es muy importante destacar que en ningún caso la Administración Civil puede imponer sanciones que impliquen directa o indirectamente privación de libertad. No hay excepciones en la Administración Civil pero sí en la Militar.

Un problema que se plantea en la práctica es que un mismo hecho puede tener sanciones administrativas y penales lo que es bastante frecuente. En estos casos entra en juego el principio NE BIS IN IDEM (no se pueden imponer dos sanciones por un mismo hecho) que supone que a un hecho no se le pueden imponer dos sanciones por procedimientos diferentes. El procedimiento que se sigue es que tiene preferencia el procedimiento penal porque es más grave que el administrativo. Así:

1ª posibilidad – si el tribunal penal estima que el hecho es delito pondrá una sanción penal y ahí se termina el proceso.

2ª posibilidad – si el tribunal penal considera que el hecho no es delito devuelve el asunto al órgano administrativo y es éste el que decide si existe o no infracción administrativa ateniéndose estrictamente a lo que el tribunal penal considere probado, es decir, no puede modificar las pruebas. Ese es el principio básico que hay que seguir aunque hay casos excepcionales.

Las relaciones entre derecho administrativo y penal se establecen también sobre otra vía, otro concepto que es el de **leyes penales en blanco**.

Otra vía de conexión entre Derecho penal y administrativo es a través de la inclusión en el Código Penal de términos de naturaleza administrativa, muy frecuentes por ejemplo el término de funcionario público. Esta inclusión de términos administrativos presenta el problema de cómo se han de entender esos términos si como el sentido que tienen en el derecho administrativo o con un sentido propio en el Derecho penal.

5º) Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho mercantil. La vía más frecuente de relación entre Derecho penal y derecho mercantil es a través de la introducción en el Código penal de términos mercantiles, civiles. Por ejemplo el artículo 237 habla del apoderamiento de la cosa mueble que es un término civil. La propiedad, por ejemplo es un concepto civil; la quiebra es un concepto mercantil. Según el derecho civil en el término inmueble se entiende también incluidos los inmuebles por incorporación (por ejemplo una estatua adosada a un edificio, un árbol plantado en una finca,...). En el Derecho penal el robo es un apoderamiento de una cosa mueble por tanto en el caso de que desapareciera la estatua o el árbol si se sigue al derecho civil y se les considera inmuebles por incorporación no se podría hablar de robo. Sin embargo en el Código penal se entiende que en este caso no puede atenderse a la interpretación del Código Civil sino que se tiene que hacer una interpretación distinta y considerarlo robo. No hay regla fija, se interpretará según el sentido originario o el sentido penal según las necesidades de cada caso.

B) CON LA CRIMINOLOGÍA

La criminología es una materia que no pertenece al derecho jurídico. La criminología estudia las causas del delito, sus remedios y su prevención. A partir de esta coincidencia original empiezan las diferencias porque aunque las dos estudian el mismo objeto lo estudian desde dos puntos de vista completamente distintos. La criminología estudia el delito desde el punto de vista real, estudia el delito como un hecho social, con efectos reales en la sociedad, que se manifiesta en la sociedad. Sin embargo el Derecho penal estudia el delito como algo que existe en las normas, elaborado por las normas, que vive dentro de las normas, que sólo tiene existencia en las normas, estudia el delito desde el punto de vista jurídico.

Aunque son dos materias muy diferentes deben influirse mutuamente. El Derecho penal es importante para la criminología porque aporta la definición de delito. El delito puede considerarse desde muchos puntos de vista. El criminólogo tiene que operar con el concepto legal de delito y con las clasificaciones legales de los delitos. Y a la inversa la criminología influye en el Derecho penal por ejemplo, a la hora de reformar una ley penal el legislador debe tener en cuenta los datos que aporta la criminología sobre la realidad. Lo mismo sucede a la hora de reformar las penas y la ejecución de las penas pues el legislador debe tener en cuenta los datos que proporciona la criminología.

Por ejemplo en los casos de penas cortas de privación de libertad (< 1 año) se ha demostrado que no sólo son ineficaces sino además contraproducentes al tratarse de una privación de libertad por un tiempo de privación de libertad demasiado corto para que pueda producirse un proceso socializador y reinsertador y por otro lado es un plazo suficientemente largo para producir efectos negativos. Por eso a la vista de estos datos que aporta la criminología se trata de buscar una solución: sustituir las penas cortas de privación de libertad por otro tipo de castigos que no impliquen privación de libertad, por ejemplo trabajos en beneficio de la comunidad.

La criminología no es una materia unitaria sino que bajo el nombre de criminología se incluyen varias ciencias por lo que hoy se habla de Ciencias Criminológicas que se dividen en:

1-Antropología Criminal– es la que estudia el delincuente individual, estudia a la persona del delincuente que ha cometido el delito. A su vez se divide en dos ramas

&Biología Criminal– estudia la dimensión física, los aspectos físicos del delincuente

&Psicología Criminal– estudia el aspecto psíquico del autor del delito.

2- Sociología Criminal – es la que estudia la repercusión social, los aspectos sociales.

La vida de la Criminología es corta pues empezó a finales del siglo XIX. A lo largo de los años ha ido predominando una de las ramas en que se divide. Primero predominó la Biología Criminal. En los años 1920–30 predominó la Psicología y hoy exclusivamente destaca la Sociología Criminal.

10–10–01

En el año 1876, el italiano LOMBROSO publica El hombre delincuente, punto de arranque de la criminología. Interesa porque es una época de enorme auge de las ciencias naturales y en cierta manera es un intento de aplicar a los fenómenos sociales esas ideas y métodos de las ciencias naturales. La obra de Lombroso intenta aplicar métodos de las ciencias de la naturaleza a las ciencias sociales. Es significativo que Lombroso no era jurista, era un médico. Lo que hizo Lombroso y lo que reflejaba en el libro fue estudiar anatómicamente al delincuente o condenado ya que era médico de prisiones. Un día descubrió en el cráneo de un delincuente una anomalía, percatándose de que en los delincuentes hay rasgos físicos que recuerdan a hombres de épocas anteriores a la evolución. A partir de estos descubrimientos aparecen estudios analizando muy detenidamente, con cantidad de datos estadísticos, examinando exhaustivamente a los delincuentes, desde el punto de vista anatómico, de donde se fueron sacando rasgos de esos delincuentes como:

- la estatura, en términos generales superior a la media de sus respectivas regiones; especialmente elevada la media en homicidas y ladrones y algo más baja en los delincuentes sexuales.
- El peso, la braza, es concretamente mucho mayor en los delincuentes.
- En el cráneo también hay anomalías y aparecen rasgos especiales como la frente hundida, las orejas en forma de asa.
- En la cara tienen perfil anormal, con diferente volumen en cada una de las dos mitades.
- En cuanto a los caracteres funcionales

% Sensibilidad anormal: anormalmente disminuida

% Sensibilidad visual más aguda, mayor pero la sensibilidad auditiva es inferior a la normal; se produce el daltonismo.

% Hay alteración de la fuerza muscular, con predominio de los zurdos.

% Paso largo en los ladrones pero corto en los asesinos.

% Agilidad.

% Las arrugas son excepcionalmente importantes, les aparecen precozmente y son muy profundas.

El estupro, la agresión sexual se caracteriza por el aprovechamiento de una condición de superioridad, no sólo física sino también moral. El autor de los estupros presenta una mirada chispeante, con párpados tupidos, anomalías genitales, edad avanzada, etc.

Debajo de todo estaba la idea de que el delincuente es una persona distinta a la media de los ciudadanos, incluso físicamente. No se tiene en cuenta para nada la dimensión social del delito. Es la tesis que se conoce como el delincuente nato, la persona que nace prácticamente condenada a convertirse en delincuente y que se muestra en esos caracteres físicos.

Hoy en día nadie defiende esas ideas, la Antropología Criminal ha perdido mucha importancia, sin embargo, cada cierto tiempo aparece un rebrote, un renacimiento de la Antropología Criminal, al compás de nuevas aportaciones científicas, que en muchos casos dan lugar a estos intentos de renacimiento. Esto sucedió por ejemplo, en los años 60, con ocasión del gran arranque de las investigaciones genéticas, concretamente es el caso, muy conocido, de unos estudios hechos en una cárcel de Escocia en la que había una alta concentración de delincuentes violentos, agresivos. Ante esto se tomó, en un momento determinado, la decisión de experimentar con estos presos y se encontró que en esos presos había una alta presencia, un elevado porcentaje de anomalías en sus cromosomas. Había una proporción de XXY, en vez de XY, de un 3%, frente al normal de 1%, alta para estos casos. Al cabo de unos años se perdió el interés por estos tipos de pruebas. La Antropología Criminal, salvo estos rebrotes, no se mantiene hoy en día, por lo menos en ese sentido.

Con el paso del tiempo, en los años 20–30, toma el predominio la Psicología Criminal porque son los años de influencia del Psicoanálisis de FREUD, de sus teorías, tratándose de aplicar a la delincuencia. Esta Psicología Criminal, poco a poco, fue evolucionando de psicología criminal individual a una psicología criminal social. Por esta vía fue por la que la investigación en Criminología pasó de la Psicología Social a la Sociología Criminal.

La corriente anglosajona es la que lleva la delantera en estos años. A partir de los años 50 comenzó el predominio de la Sociología Criminal hasta hoy. El avance de esta nueva sociología criminal, que llega hasta hoy, se inició fundamentalmente por los sociólogos de USA que han hecho famosos algunos términos, como CONDUCTA DESVIADA. En su origen con este término se quería decir que la conducta delictiva surgía de defectos, fallos en el proceso de aprendizaje. Con esto se hacía referencia al proceso de aprendizaje social que

toda persona sigue al pasar por la familia, la escuela, ... que va formando la personalidad social de un individuo.

Lo que interesa destacar es que por primera vez la criminología abandona al delincuente individual para pasar a fijarse y tratar los factores sociales sobre todo en la delincuencia, cambio que es importante y radical. A partir de aquí se van sucediendo diversas teorías, distintos puntos de vista que van acentuando más el aspecto social del delincuente. Así, en los años 60 aparece la Teoría de la ANOMIA, en USA, de **MERTON**. Ese término viene a significar falta de normas. Lo que se quiere decir es que hay un vacío o desajuste entre las metas que todas las sociedades proponen a sus miembros y los medios que pone a su disposición para alcanzarlos. Ante esta situación de desajuste todas las personas tienen que adaptarse a ella. MERTON hablaba de que había varias *formas de adaptación*, a esta situación, distintas:

	METAS	MEDIOS	
1 ^a	+	+	CONFORMISMO
2 ^a	+	-	INNOVACIÓN
3 ^a	-	+	RITUALISMO
4 ^a	-	-	EVASIÓN
5 ^a	+	+	REVOLUCIONARIOS

TABLA DE MERTON

1^a Forma de adaptación: se aceptan las metas que se proponen y los medios que se ofrecen. Es el CONFORMISMO.

2^a Forma de adaptación: las de las personas que aceptan la meta, pero rechazan los medios, característica de un amplio tipo de delincuencia, como por ejemplo la delincuencia económica. Es la INNOVACIÓN, con medios nuevos.

3^a Forma de adaptación: las personas que rechazan las metas, pero aceptan los medios. No quieren buscar esas metas aunque aceptan los medios que ofrece la sociedad. Merton la denomina RITUALISMO.

4^a Forma de adaptación: la de las personas que no aceptan las metas ni los medios, se marginan totalmente de la sociedad. Es la EVASIÓN.

5^a Forma de adaptación: son las personas que no aceptan las metas ni los medios, pero tratan de aportar otras metas y otros medios distintos. Son los REVOLUCIONARIOS.

Lo que se quiere destacar es que la delincuencia es una forma más de adaptación a la sociedad, no son conductas desviadas, son conductas de adaptación. Eso quiere decir que la sociedad produce delincuentes como por ejemplo ingenieros de caminos. Es un factor de adaptación como otro cualquiera, es un producto más de la sociedad, no quiere decir que sea bueno pero que es un fenómeno absolutamente normal.

Una de las últimas teorías de final del siglo XX, anglosajona es la **Teoría del Etiquetado** (*Labelling approach*) que defiende que el adjetivo o condición de delincuente es fruto de un proceso de etiquetado porque la sociedad, a través de los distintos medios de control social – formales, etc. – va etiquetando a estas personas; por ejemplo al niño que en la escuela se le pone la etiqueta de "conflictivo" esa etiqueta se va reforzando a lo largo de los sucesivos medios de control por los que pasa en su vida, tanto formales como informales. Ese niño "difícil" muchas veces él mismo, se verá obligado a reforzar esa etiqueta, con lo que

cada vez será más conflictivo. La delincuencia no es una característica individual, sino que es un fenómeno normal, fruto de un proceso social. Hoy hay acuerdo en que la delincuencia es un fenómeno "normal", no positivo y que se da en todas las sociedades, por lo que ninguna sociedad podrá nunca acabar con la delincuencia, lo único que se puede es limitar el nivel de delincuencia, la tolerable.

C) RELACIONES CON LAS LLAMADAS CIENCIAS AUXILIARES DEL Derecho penal

Por "Ciencias auxiliares" no debe entenderse materias de segundo rango u orden sino que son materias que ayudan sobre todo al procedimiento penal, por ejemplo el derecho penal también es auxiliar de la Criminología.

Mencionamos:

– La **Medicina Legal**: estudia la aplicación de los conocimientos médicos a los casos del procedimiento penal que pueden ser esclarecidos por ellos. Destaca el papel del Forense para esclarecer las circunstancias, modo de hacer del delito. Así destacan las aplicaciones de las investigaciones del ADN – violaciones– que identifica al autor, o para absolver al inocente. También influye en el procedimiento civil–caso Clinton en USA–.

– **Criminalística**: estudia conocimientos de carácter práctico necesarios para los funcionarios de la policía judicial y para los jueces de instrucción con el fin de esclarecer los delitos, conocimientos que pueden abarcar campos amplios por ejemplo estudio de huellas digitales, balística etc. Son importantes para la aplicación del derecho penal.

– **Psiquiatría Forense**: se ocupa de los delincuentes con alteraciones psíquicas y ofrece elementos de juicio para que los tribunales puedan decidir sobre la culpabilidad del acusado. Para que una persona que comete delito, sea considerada culpable es imprescindible que tenga capacidad – mínima – de entendimiento; si hay dudas, el juez convoca a los psiquiatras para así poder decidir sobre su culpabilidad y poner las penas. Es importante la Psiquiatría Forense para esto.

FIN

TEMA 2 .– LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

• **La ley**

Las fuentes es una idea de la Teoría General del Derecho. El término fuente tiene dos sentidos:

- fuentes de producción: cada sector social dotado de la capacidad de crear derecho como por ejemplo las Cortes, la Administración, el gobierno, los tribunales,...
- fuentes formales: forma propia de cada uno de estos sectores para crear derecho. Por ejemplo las Cortes con la ley; la Administración con el reglamento; los tribunales con la jurisprudencia,...

En Derecho penal esta idea tiene una limitación muy importante pues sólo la ley es fuente formal, sólo la ley lo puede ser. El contenido del Derecho penal son los delitos y las consecuencias (penas y medidas de seguridad) y eso sólo lo puede crear la ley. Es el principio de legalidad en el Derecho penal. Con el término ley se hace referencia a cosas diferentes. Hoy ley en sentido estricto es una disposición de carácter general aprobada por las Cortes y sancionada por el Jefe del Estado (Rey). En Derecho penal al hablar de ley penal se hace referencia sólo a la ley del Estado, no de las Comunidades Autónomas. Según el artículo 149. 6 de la Constitución Española la competencia penal la tiene exclusivamente el Estado, las Comunidades Autónomas no tienen competencias en ese campo, no pueden crear delitos ni penas.

Tanto valor de ley tiene el todo como cada una de sus partes. El Código Penal tiene valor de ley y cada uno de

sus artículos es una ley y todos los artículos tienen la misma importancia y fuerza.

Dentro de ley también podemos hablar de leyes delegadas, normas emanadas del ejecutivo, del gobierno en cumplimiento de una delegación o autorización otorgada por el poder legislativo en virtud de una ley para regular una materia determinada. Es una técnica por la que el Parlamento otorga una ley de bases donde se establecen los principios generales que autorizan al gobierno a elaborar un texto articulado. En materia penal hay un ejemplo que es la referida al Código Penal de 1963 en el que por medio de una ley delegada, de Bases, por la que se autorizaba una amplia modificación del Código Penal.

Otra posibilidad para el término de ley son los Decretos-leyes que son normas promulgadas por el ejecutivo por razones de extraordinaria y urgente necesidad (artículo 86 de la Constitución Española), que aconsejan no esperar al debate parlamentario y a su tramitación normal que puede durar más tiempo. En estos casos el Gobierno puede dictar un Decreto-ley que entra en vigor y posteriormente tendrá que ser convalidado por el Parlamento.

De las tres variantes de ley, la Constitución Española no acepta todas ellas en materia penal. No acepta que la materia penal se regule por leyes delegadas. Así el artículo 82.1 de la Constitución Española que es el que define las materias sobre las que pueden versar las mismas establece que no pueden recaer sobre materias que afecten al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (materias propias de ley orgánica tal y como establece el artículo 81.1 de la Constitución Española). La materia penal afecta gravemente a los derechos individuales y libertades públicas – delitos y penas – y por lo tanto no se puede regular por ley delegada. Lo mismo sucede con los Decretos-leyes. La Constitución Española no admite que la materia penal se regule por Decretos-leyes tal y como establece el artículo 86.1 de la Constitución Española al establecer que éstos no pueden afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I.

A la vista de esto concluimos que el Derecho penal se puede crear exclusivamente por ley en sentido estricto, no vale cualquier tipo de ley. Según la Constitución Española la regulación de la materia penal es por ley orgánica cuya aprobación, modificación o derogación exige mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto (artículo 81.2 de la Constitución Española). Este artículo en su párrafo primero establece claramente que son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, por tanto únicamente se pueden aprobar leyes penales por ley orgánica. Esto es consecuencia de que el derecho a castigar no es ilimitado. Un límite es el de la exigencia de ley orgánica para poder ejercitarlo pues precisa un mayor acuerdo parlamentario.

En materia de ley penal hay que hablar de las leyes penales en blanco. Una ley penal consta de un presupuesto y de una consecuencia, conducta y sanción. Puede suceder y sucede que existen leyes penales que sólo contienen la consecuencia y carecen de presupuesto, sólo se ve la sanción y no se ve la conducta sancionable, ese presupuesto está en otra parte, con tres posibilidades:

- a) que el presupuesto esté en otra ley penal. Se ve claramente en el artículo 395 del Código Penal al hablar de falsificación de documentos pues no dice expresamente la conducta que está recogida en el artículo 390.
- b) El presupuesto está en otra ley de carácter no penal. Por ejemplo en materia de derecho privado, artículo 296 del Código Penal que castiga el abandono de familia con pena de arresto. El presupuesto no queda claro, está en el Código Civil al hablar de los deberes de asistencia del padre.
- c) El presupuesto está en una disposición de rango inferior a la ley (reglamento, norma administrativa,...). Por ejemplo el artículo 360 del Código Penal que castiga con multa a la persona que autorizada para el tráfico de substancias peligrosas, las transporta sin atenerse a los reglamentos.

De las tres variantes, las dos primeras son leyes penales incompletas. En el caso c) se trata de leyes penales en

blanco. Las leyes penales en blanco presentan el problema de que sólo la ley crea delitos y penas y aquí no es la ley la que define el delito sino que es un reglamento el que señala la conducta prohibida. Esto significa que en las leyes penales en blanco el delito no lo crea el Parlamento, el que define la conducta prohibida es directamente el Gobierno por lo que choca con el principio de legalidad ya que con esas leyes el Gobierno burla la garantía de los límites del Estado. Por eso las leyes penales en blanco son siempre criticables y no deberían existir. Es evidente que no pueden desaparecer sobre todo en materias técnicas o tecnológicas porque evidentemente es imposible que por medio de una ley orgánica, con largos debates parlamentarios, se pueda hacer un catálogo de, por ejemplo, sustancias peligrosas y de difícil modificación, por eso se regula por reglamento que son aprobados con mucha más rapidez y son de fácil modificación. En esas materias son inevitables las leyes penales en blanco. En los demás casos es un peligro serio para la legalidad.

16-10-01

II. El principio de legalidad.

Es el principio que establece que en Derecho penal la única fuente de creación de delitos y penas es la ley que en latín se expresa: **NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE**. Este principio que hoy parece evidente no lo es tanto. Es un principio que encubre en primer lugar un principio de garantía de los ciudadanos y personas frente a posibles intervenciones arbitrarias del Estado en materia penal. Este principio de garantía comprende cuatro aspectos. Las dos primeras manifestaciones se desprenden de la misma letra de la expresión latina:

- garantía criminal que implica que un hecho no puede ser considerado delito si una ley anterior no lo ha calificado como tal.
- garantía penal que quiere decir que no puede imponerse una pena que no haya sido establecida por una ley anterior.

Esas son las dos garantías que se derivan de la letra del principio de legalidad. Las otras dos son

- garantía jurisdiccional que implica que nadie podrá ser condenado si no en virtud de sentencia firme pronunciada por un tribunal competente en la materia.
- garantía de ejecución por la que no podrá ejecutarse pena alguna de forma distinta a lo establecido en la ley.

La Teoría de las fuentes está condicionado por este principio de legalidad. Este condicionamiento de la Teoría de las fuentes tiene dos aspectos:

1º) Sólo la ley puede crear delitos y penas, sólo la ley puede ser fuente formal. Este principio tiene dos manifestaciones importantes:

% está prohibido el uso de la analogía para fundamentar una condena penal. La analogía se puede utilizar en otros sectores del derecho pero no en el terreno penal. La analogía en Derecho penal supondría que a un hecho que no está exactamente descrito en el Código pero que tiene identidad y sentido con otro que sí está descrito en el Código se le podría aplicar una la pena correspondiente a ese hecho. Sin embargo eso está prohibido en Derecho penal pues supondría crear un delito distinto al que establece la ley.

% está prohibido basar el castigo de una conducta en causas, fundamentos distintos a la ley. Por ejemplo en Derecho penal no se puede condenar a una persona basándose en la costumbre perfectamente utilizables en otros sectores del ordenamiento jurídico.

2º) En Derecho penal está prohibida la irretroactividad que quiere decir que está prohibido aplicar una norma a un hecho cometido antes de la entrada en vigor de la ley.

Para comprender lo que significa este principio de legalidad hay que tener en cuenta su origen y el doble sentido que tiene: el sentido político y el sentido técnico. En cuanto al origen hay que decir que el nacimiento del principio de legalidad se sitúa a finales del siglo XVIII, en la época de la Ilustración, de la Revolución Francesa, cuando están vigentes las ideas de Montesquieu y de Rousseau de separación de poderes, ideas que fueron trasladadas al campo del Derecho penal por dos autores, uno italiano Beccaría y otro alemán Feuerbach. Este fue el autor de la fórmula NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE. El primer texto en el que aparece el principio es en USA, en la Declaración de Filadelfia de 1774 que recoge el principio de legalidad. El principio vuelve a Europa al aparecer en el primer texto europeo que es la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en su artículo 8 dice: *Nadie puede ser castigado mas que en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y debidamente promulgada*.

El principio de legalidad nace con un sentido de garantía del individuo frente al Estado; un Estado tiene mucha fuerza al crear delitos y penas. El principio de legalidad es un freno al ejercicio del derecho a castigar del Estado. El principio de legalidad es una manifestación o expresión de la idea de seguridad jurídica que es a su vez reflejo de la idea de predominio de la ley y es la manifestación más importante del Estado de Derecho. Esto en cuanto al significado político.

El principio de legalidad tiene también un significado técnico que consiste en que las leyes penales tienen que estar redactadas con toda exactitud y precisión. Tienen que ser técnicamente muy exactas y precisas porque si no se burlarían las exigencias del principio de legalidad. Hay que decir, sin embargo, que en los últimos tiempos se van viendo algunas manifestaciones de más flexibilidad en las leyes penales porque de vez en cuando aparecen en el Código Penal términos bastantes imprecisos, inexactos o dudosos, por ejemplo en materia de tráfico de algunas drogas, el artículo 369 habla de la cantidad de drogas *que sea de notoria importancia*. Este no es un término exacto, no es preciso, se puede discutir. Otro ejemplo es la expresión *considerable gravedad*. Se acudió al Tribunal Constitucional contra estas cláusulas alegando que deberían considerarse anticonstitucionales, por ir en contra de las exigencias del principio de legalidad, pero el Tribunal Constitucional las admitió como válidas.

Pero no sólo existen este tipo de imprecisiones sino que también se abre una vía de imprecisión en lo relativo a las penas porque hoy, en todos los códigos no sólo en el español, se ha abandonado la idea de penas fijas para los delitos. Lo que hacen los códigos penales es fijar las penas entre dos límites, un máximo y un mínimo para que el juez pueda adaptar la pena al caso concreto. Por ejemplo para el homicidio se establece una pena de privación de libertad entre 10 y 15 años. Esta idea puede ser aceptable pero hay casos en los que los límites pueden ser demasiado amplios, son los casos de penas imprecisas, por ejemplo entre 5 y 25 años, lo que sería demasiado impreciso e inexacto para ser tolerable y es muy discutido en alguna materia. En cualquier caso lo que no es admisible es la pena de duración absolutamente indeterminada ni tampoco la medida de seguridad absolutamente indeterminada, no se pueden imponer hoy.

El principio de legalidad en la legislación española se recoge en dos niveles: en la Constitución y en Código Penal. Hay preceptos penales incorporados en la Constitución Española, entre ellos el principio de legalidad del que se habla en dos lugares:

1º) El artículo 9.3 del Título Preliminar de la Constitución Española hace una declaración genérica: *La Constitución garantiza el principio de legalidad*.

2º) El artículo 25.1 contiene una formulación y definición del principio: *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*. Esta definición constitucional tiene un problema pues hay que matizar la expresión *legislación vigente* pues en principio el concepto de legislación abarca leyes, decretos, reglamentos. Sin embargo para el caso concreto no puede ser así sino que la expresión *legislación vigente* hay que completarla con los artículos 81 y siguientes de la Constitución Española que exigen que la materia penal se regule por Ley Orgánica porque afecta a derechos fundamentales.

Por tanto por *legislación vigente* debe entenderse *legislación orgánica vigente*.

El Código Penal español es el código penal que regula con más insistencia el principio de legalidad porque en el se recogen completamente las cuatro garantías que contiene el principio de legalidad:

1ª) Garantía criminal: artículo 1.1

2ª) Garantía penal: artículo 2

3ª) Garantía jurisdiccional: artículo 3.1

4ª) Garantía de ejecución: artículo 3.2

17-10-01

III. Posibilidad de admitir otras fuentes

Las posibilidades de otras fuentes en el Derecho penal son pequeñas. Ninguna fuente tiene en Derecho penal fuerza creadora de derecho (ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ...). La costumbre y la jurisprudencia pueden actuar de modo indirecto, como medio de interpretación de la ley. Es evidente que cuanto más precisas, más exactas las leyes penales menos necesitadas estarán de otras fuentes del derecho. Una ley teóricamente perfecta no necesitaría de la costumbre ni de la jurisprudencia pero en la práctica nunca es así.

Con respecto a la costumbre hay casos en los que la costumbre puede actuar mediante una remisión implícita de las leyes penales, por ejemplo la regulación de los casos de personas exentas de responsabilidad penal regulados en el artículo 20.7 del código penal: *el que obre en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*. Por ejemplo el derecho de corrección que tienen los padres sobre sus hijos, ¿hasta qué punto puede llegar ese derecho de corrección?. Ahí tiene un papel esencial la costumbre y hay que tener en cuenta que la costumbre varía según las épocas.

Otro ejemplo es el del empleo de los usos sociales del artículo 186 del Código Penal que castiga a personas que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces. Hay imprecisión en lo que es o no material pornográfico, se utilizarían los usos sociales.

Dentro de la posibilidad de admitir otras fuentes del Derecho penal vamos a ver el papel de la jurisprudencia que es la doctrina establecida por los jueces y tribunales al interpretar y aplicar la ley al caso concreto. De ese concepto elemental de jurisprudencia hay que destacar que la jurisprudencia es interpretación de derecho y por tanto no tiene fuerza creadora de derecho por una razón muy sencilla: porque las sentencias de los tribunales no tienen fuerza vinculante para los demás tribunales inferiores en el futuro. Una sentencia de Tribunal Supremo no tiene fuerza vinculante para los juzgados de instrucción, las sentencias de los tribunales lo único que hacen es interpretar la ley. Las sentencias de un tribunal no vinculan ni al propio tribunal en el futuro. Ejemplo: artículo 66 del Código Penal anterior, en los años 88 y 89 el Tribunal Supremo dio 3 sentencias distintas en 13 meses sobre el mismo artículo lo que demuestra que las sentencias no vinculan, son criterios interpretativos. La jurisprudencia lo único que ofrece es un criterio orientativo de interpretación, nunca vinculante. En la práctica los tribunales inferiores suelen, es lo normal, aceptar los criterios del Tribunal Supremo pero no tienen por que hacerlo. Se distingue del modelo anglosajón en el que sí vinculan los precedentes. Hasta hace algunos años ese criterio orientativo se aplicaba para todo el territorio español, eso suponía que en cierta manera las sentencias del Tribunal Supremo se podrían interpretar de manera uniforme en cualquier tribunal; la jurisprudencia en sentido estricto era la del Tribunal Supremo. Esto cambió hace algunos años debido a las reformas por motivos procesales pues los delitos que tengan previsto en el Código Penal una pena inferior a 5 años nunca llegan al Tribunal Supremo, esos delitos menores terminan en las audiencias provinciales. Para todos esos delitos (que son la mayoría de los delitos que se juzgan en los

tribunales) el criterio uniforme se ha perdido y se dan casos curiosos: por ejemplo los casos de personas que utilizan armas peligrosas y causan lesiones leves, artículos 420–421/581 del Código Penal. Esa conducta en la provincia de Lugo se entiende que es una falta, de poca entidad. En Pontevedra se considera que es delito. En A Coruña se considera delito agravado. Así sucede también con los casos de insumisión en los que se dan sentencias diferentes según los tribunales.

IV. La interpretación de la ley penal.

- **Clases y reglas de interpretación.**

CLASES DE INTERPRETACIÓN

Interpretar la ley penal es determinar el sentido y el alcance exacto de la ley penal para su aplicación a un caso concreto. La existencia de la interpretación nace de que la ley penal se formule siempre de una forma abstracta, la ley penal supone una hipótesis general, con un presupuesto y una consecuencia. Como la ley es una hipótesis muy amplia siempre es preciso interpretarla si es aplicable al caso concreto o no. Por eso la interpretación es siempre necesaria pero en muchos casos es automática. Por ejemplo si A mata a B la interpretación nos llevaría evidentemente al artículo 138 de Código Penal. Pero en otros casos esa interpretación es muy difícil. Hay muchas clases de interpretación que se pueden reunir en 3 grupos:

1.– En función del **sujeto** que la realiza tenemos:

- **Interpretación auténtica** – es la que realiza el propio legislador que a su vez tiene dos clases o posibilidades:

- Que se realice en el propio texto de la ley, lo que significa que esa interpretación tiene fuerza de ley, es ley. Hay muchos ejemplos en el Código Penal, dentro de los delitos contra el patrimonio, artículo 238, en el caso de uso de llaves falsas. El legislador nos dice en el artículo 239 lo que se debe entender por llaves falsas: *las ganzúas u otros instrumentos análogos; las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal; cualesquiera otras que no sea las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo; a los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.*
- Aquella que el legislador realiza fuera del texto de la ley, la realiza en los textos que acompañan a las leyes y que se llaman exposición de motivos y que se sitúan antes del artículo 1 de las leyes. Al ir fuera de la ley no es vinculante para el juez, puede tenerlo en cuenta o no porque no está vinculado.
- **Interpretación judicial** – es la interpretación que realiza el juez y hay que tener en cuenta que el papel del juez ha cambiado mucho a lo largo de la historia. Ese cambio se resume en dos frases:

–El juez es la ley que habla – en la época antes de la Ilustración, el juez era creador de derecho.

–El juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley – el juez no tiene fuerza creadora de derecho, aplica la ley pero no crea derecho.

Entre estas dos está la postura de los jueces hoy, se trata de buscar cuál es el papel del juez, el papel interpretador del juez, su poder de decisión.

- **Interpretación doctrinal** – es la interpretación que realiza la doctrina, no tiene tampoco ninguna fuerza creadora de derecho. Es una opinión más que los jueces pueden tener en cuenta o no.

2.– En función de los **medios empleados** tenemos:

- **Interpretación gramatical** – es la que atiende exclusivamente al sentido de las palabras de la ley en sí

mismas. Es una interpretación fundamental, básica, que se hace casi siempre, muy importante pero que presenta muchos problemas derivados fundamentalmente de que las palabras pueden tener significados muy diferentes. Sucede muchas veces que una palabra tiene un significado diferente en el lenguaje jurídico que en el lenguaje común. Por ejemplo robo es diferente de sustracción; ensañamiento del artículo 22.5 tiene un significado diferente que el lenguaje común, son los daños innecesarios en la comisión del delito causando dolor, más del necesario para causar el delito y si se trata de un cadáver ya no cabería hablar de ensañamiento porque ya no se le puede causar ningún daño. El sentido jurídico suele ser más reducido que el del lenguaje común. Pero incluso dentro del lenguaje jurídico una misma palabra puede tener sentidos diferentes según el ordenamiento jurídico de que se trate. Por ejemplo el funcionario público en Derecho penal es diferente del funcionario público en derecho administrativo. Incluso dentro de un mismo sector del ordenamiento jurídico una misma palabra puede tener un sentido distinto. Por ejemplo los daños como modalidad de delito contra el patrimonio es distinto del significado en la expresión daños y perjuicios. La interpretación gramatical tiene que completarse con otras.

- Interpretación sistemática o lógico-sistemática – se acude a esta interpretación para averiguar el sentido de un precepto acudiendo al contexto en el que está situado. Por ejemplo una persona que conduce un coche en un estado de intoxicación alcohólica por las pistas de su finca. El artículo 379 del Código Penal castiga *al que conducjere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas*. Según la interpretación gramatical sí se trataría de un delito pero si esa interpretación gramatical la completamos con la sistemática (artículo 379 y siguientes que tratan sobre los delitos que atentan contra la seguridad del tráfico) comprobamos que sólo puede castigarse como delito si se refiere al tráfico por la vías públicas que no es el caso, pues es una vía privada y no pone en peligro la seguridad.
- Interpretación teleológica – es la que atiende a la finalidad del precepto, hay que averiguar cuál es el fin que persigue ese precepto. El objetivo de una ley penal es proteger un bien jurídico. En el caso del artículo 379 si buscamos el bien jurídico protegido comprobamos que es la seguridad del tráfico, coincide con la interpretación sistemática.
- Interpretación histórica – es la que se utiliza para averiguar el sentido del precepto en el momento histórico del nacimiento del mismo y para ello se trata de acudir a los debates parlamentarios, se acude al material documental del nacimiento de la ley, en donde se puede averiguar el sentido que el legislador quería darle al precepto. Es a veces muy útil pero naturalmente tiene un problema evidente y es que el paso del tiempo pueda hacer que el sentido originario haya cambiado, quedando desfasado e inservible. Por ejemplo el robo con escalamiento, según la interpretación histórica hay que remitirse al año 1932, en la Segunda República que fue cuando se introdujo. Se consideraba que escalamiento era entrar en el lugar del robo por una vía que no es la habitualmente dedicada para la entrada (bien sea entrar por ventana, hacia abajo o hacia arriba). El caso que se dio actualmente fue el de unos individuos que subieron con una escalera a un camión y robaron. El juez si acude a la interpretación histórica no podría castigarlos por robo con escalamiento porque la vía que utilizaron fue la normal para subir al camión. Sin embargo, como es evidente, no se pudo acudir a esa interpretación histórica, se interpretó por sentido común.

El Código Civil, en el artículo 3.1 dice que 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 (interpretación histórica), y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (interpretación teleológica).

3.– En atención a los **resultados** que se obtienen se habla de:

- Interpretación declarativa – es la que se atiende al único significado literal posible de la ley. Por ejemplo un caso de ley a la que se le aplica un significado literal es el artículo 268 del Código Penal

cuando utiliza la palabra cónyuge, el que está unido a otro por un matrimonio válido. Las demás relaciones no son válidas para este caso.

- **Interpretación restrictiva** – es aquella que de todos los significados posibles de las palabras de la ley escoge el significado más estricto, el más restringido. Lo más frecuente es que las palabras tengan múltiples significados y se escoge el más estricto.
- **Interpretación extensiva** – es la que de todos los significados posibles escoge el más amplio.

Por ejemplo en relación con la palabra *daños* que tiene muchos significados dentro del Código Penal podemos realizar varias interpretaciones:

%restrictiva – destruir una cosa privándola totalmente de valor, deteriorarla haciendo que pierda parte de su valor.

%extensiva – privar del uso de una cosa sin dañar materialmente la cosa. Sucede en los casos en que la persona utiliza un ordenador ajeno y altera uno de los programas impidiendo el uso del programa por parte del propietario que se ve privado del uso.

A la hora de elaborar el Código Penal de 1995 se planteó esa cuestión. En el Código Penal anterior sólo se hablaba de daños en sentido material. El legislador ha modificado la regulación de los daños en relación al Código Penal anterior. Así el artículo 263 habla de daños pero el artículo 264.2 habla de daños en sistemas informáticos (*daños en datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos*). Lo que antes era una interpretación extensiva ahora ya se ha convertido en ley.

REGLAS DE INTERPRETACIÓN

Por exigencia del principio de legalidad la interpretación tiene que partir siempre de la letra de la ley. La letra de la ley es siempre la base de toda interpretación. La letra de la ley frecuentemente no tiene un único sentido sino que tiene varios posibles. Entonces el juez tiene que moverse entre esos sentidos posibles y para eso existen varias reglas.

Esas reglas son:

1ª) Se contiene en el artículo 3.1 del Código Civil: *las normas se interpretarán de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*. Es el principio de que la interpretación ha de ser progresiva. Siempre hay que respetar los sentidos posibles de la ley.

2ª) Todo lo favorable al reo debe ampliarse y todo lo que perjudique al reo debe restringirse. Este principio tampoco debe entenderse de forma absoluta. Hay varios medios de interpretación (gramatical, sistemática, ...). Cuando utilizando esos medios de interpretación haya dudas o no haya una solución sólo entonces es cuando entra en juego esta regla. Esto nos lleva a la tercera.

3ª) **IN DUBIO PRO REO** – es decir en caso de duda a favor del reo. Este principio hay que aclararlo. Este no es un principio penal sino procesal, el campo de aplicación normal es el procesal, cuando se valoran las pruebas. Pero a veces este principio se extiende al campo del Derecho penal y entonces al aplicarlo puede plantear dudas. Por ejemplo el caso de un policía que entra en la casa de una persona y encuentra cosas robadas pero no se sabe si las ha robado esa persona o si es un receptor (el que compra cosas robadas). El juez tiene para aplicar el artículo 237 y el artículo 298 del Código Penal pero ¿cuál de ellos aplica? En caso de duda debe inclinarse siempre a favor del reo. Ni el artículo 237, ni el 298. Entonces quedaría en libertad y eso sí que no es justo. El principio in dubio pro reo no puede aplicarse de forma sistemática.

Hay otros casos que son los de determinación optativa o alternativa en los que existe certeza sobre el hecho pero existen dudas sobre su calificación jurídica. En estos casos el criterio que se sigue es no aplicar el principio in dubio pro reo sino que se aplica el precepto menos grave. Por ejemplo el caso de dos personas que quieren matar a otro y lo hacen asestándole sendas cuchilladas. En la autopsia se aprecia que una de ellas fue mortal y la otra no, pero el juez no sabe cuál de los dos acusados fue el responsable de la herida que le causó la muerte. Si se aplicara el principio in dubio pro reo casi habría que absolverlos (el que le dio la cuchillada no mortal sólo podría acusarse de tentativa de homicidio, el que le dio la cuchillada mortal se le podría acusar de homicidio pero no sabemos a quien se la tenemos que aplicar). Ante la duda se le aplicaría a los dos la pena por tentativa de homicidio, por ser la más leve.

• La analogía

La analogía consiste en extender una norma que regula un hecho determinado a otro hecho semejante no previsto por ella. Para que exista analogía son precisas dos cosas:

&que exista una laguna legal, es decir, falta de una norma aplicable a ese caso concreto.

&que exista semejanza entre ese caso concreto y algún otro hecho sí regulado por la ley.

Naturalmente hay que advertir que todos los textos legales tienen lagunas y en el momento en que se trata de cubrir esas lagunas es cuando se recurre

1º – a la interpretación extensiva que permite completar un texto legal, extenderlo hasta un límite máximo.

2º – la analogía va más allá, la analogía es para aquellos casos que van más allá del texto legal.

La analogía en Derecho penal está prohibida aunque es plenamente legal en otros sectores del ordenamiento jurídico. En Derecho penal está prohibida por exigencias del principio de legalidad que hace que la analogía no se pueda admitir en Derecho penal pues sólo la ley puede crear delitos y penas. Es el juez el que crea el delito al emplear la analogía. Por ejemplo en el caso de la palabra cónyuge del artículo 268 del Código Penal, no se puede extender esta palabra a otras situaciones de matrimonio no válido porque si el legislador penal lo hubiera querido así lo hubiera establecido. Si no lo ha hecho es porque no puede interpretarse por analogía. Sin embargo un caso del artículo 238 y 238.3 del Código Penal que se plantea ante los tribunales cuando una persona haciendo un puente enciende un coche ajeno y se lo lleva. Se le podría aplicar por analogía el artículo 238.3 que castiga como delito de robo por forzamiento de cerraduras, en este caso sí se podría aplicar utilizando la analogía. La analogía puede ser:

a) **IN MALAM PARTE** – en contra del reo. Está prohibida, no se puede burlar la ley para imponer un castigo, se burlaría el principio de legalidad. Pero si el juez considera que alguna conducta que no está penada por la ley debiera de estarlo actuará según lo establecido en el artículo 4.2 del Código Penal que dice: *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.*

b) **IN BONAM PARTE** – a favor del reo. Se viene discutiendo desde hace años si es posible aceptarla o no porque en definitiva es para beneficiar a una persona y en ese sentido no infringe el principio de legalidad y por ello no debería estar prohibida. El Código Penal ha zanjado la cuestión en el artículo 4 del Código Penal que dice *Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos*

expresamente en ellas. Si un juez se encuentra con que una conducta que es castigada por la ley, él considera que no debiera estar penada entonces tendrá que estar a lo que establece el artículo 4.3 del Código Penal acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

23-10-01

En el Código Penal hay algún caso en el que el propio Código Penal abre la puerta a un posible uso de la analogía. Así el artículo 21 del Código Penal que enumera una relación de circunstancias atenuantes para rebajar la pena, establece en el punto 6: *cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*, lo que podría considerarse una **atenuante analógica**. Esta es una circunstancia tradicional en la legislación penal española. Es por ello que se defiende la utilización de la analogía a favor del reo. Sin embargo esta atenuante analógica es de uso muy limitado, viene limitado ya por la propia letra del Código Penal, el propio Código Penal indica ya los límites, tiene que ser analogía vinculada a los cinco números anteriores. Es tan limitada que muchas veces el Tribunal Supremo dice que se parece mucho a una interpretación extensiva y en todo caso está limitada exclusivamente a las circunstancias atenuantes. Eso quiere decir que no se puede aplicar la analogía a las causas que eximen de la responsabilidad penal. Los tribunales la aplican muy poco.

• Concurso aparente de normas penales

Es esta una materia muy compleja. Concurso aparente de normas penales es el nombre técnico, el nombre más común es el de concurso de leyes. Con esto se hace referencia a casos en los que un hecho puede encajar en varios preceptos penales en principio pero de esos hay uno que es el que describe con más exactitud el hecho y los demás quedan excluidos. Son varias las leyes que concurren para valorar ese hecho pero sólo una se aplica. Por ejemplo una persona que mata a otra por precio. Ese hecho puede caer dentro del artículo 138 del Código Penal que trata del homicidio y dentro del artículo 139.2. El artículo 139.2 habla del que matare a otro por precio, recompensa o promesa por lo que ese caso entraría dentro de este artículo.

El problema es distinguir el concurso de leyes de otra figura: el concurso de delitos. En el concurso de delitos el punto de partida es el mismo, hay un hecho que puede encajar en varias normas penales pero en este caso son necesarias todas las normas para poder valorar toda la ilicitud del hecho. Por ejemplo una persona que es víctima de un robo, el autor del robo además lo golpea y le causa lesiones graves. Entrarían varias leyes dentro de este supuesto, el artículo 237 sólo castiga el robo, el artículo 179 valora las lesiones pero no cubre el robo. Por tanto habrá que tener en cuenta los dos artículos para solucionar este caso. Hay muchos casos que no están tan claros, hay que solucionar caso por caso y eso da lugar a muchas discusiones. Hay una regla general no exacta, es orientativa que funciona en muchos casos pero no en todos: en los casos en los que esté implicado un solo bien jurídico lo normal es que sea un concurso de leyes. Sin embargo si entran varios bienes jurídicos se puede tratar de un concurso de delitos. En los casos anteriores, el artículo 138 y el 139.2 protegen el mismo bien jurídico que es la vida. Sin embargo el artículo 237 protege el patrimonio y el artículo 179 protege la integridad física. En otros casos no es tan claro.

¿Cómo se sabe que norma es la que sirve? La cuestión es compleja, el legislador del Código Penal vigente ha decidido dar unos criterios. El artículo 8 dice así: *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* y seguidamente se dan los cuatro principios para resolver el concurso de leyes que son:

1º) **principio de especialidad** – *el precepto especial se aplicará con preferencia al general, el precepto más específico, más concreto tendrá preferencia sobre el más amplio. El artículo 139.2 es el más concreto, el artículo 138 regula de forma general el homicidio. Ese precepto especial, el artículo 139.2 en este caso, sirve para agravar la pena, matar por precio es más grave que un asesinato y es más grave que un homicidio. En otros casos no agrava la pena, por ejemplo en casos de eutanasia en el que pueden concurrir el artículo 138, general y el artículo 143.4 *el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso en que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.* En este caso la norma más concreta impone una pena más leve.*

2º) **principio de subsidiaridad** – el legislador formula este principio en el artículo 8.2 diciendo que *el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiaridad, ya sea ésta tácitamente deducible.* El legislador parte de la idea de que hay una relación de dependencia entre varios preceptos y el subsidiario se aplica sólo en defecto del principal. Hay la **subsidiaridad expresa**, por ejemplo el artículo 229 que pena el abandono de menores o incapaces con pena de prisión de uno a dos años y si el abandono fuera realizado por los padres o tutores la pena será de dieciocho meses a tres años. Lo que se castiga es cuando el abandono supone un peligro para la vida del menor porque si lo abandonaran con la intención de que se muriera entonces ya sería homicidio o asesinato. El artículo 229 es norma subsidiaria sobre la principal, si el delito es más grave se aplicaría el otro precepto. Hay también la **subsidiaridad tácita** que es la misma relación de dependencia pero no viene señalada en la propia ley sino que hay que deducirla del contexto. Por ejemplo el artículo 226 castiga el delito de abandono de familia y dentro de las modalidades se castiga el no prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge que se hallen necesitados. Esta norma es subsidiaria de la ley penal en la que se castiga el caso de que el abandono cause un resultado grave, de asesinato. No se castigaría por los dos sino por el delito más grave, el asesinato.

3º) **principio de consunción** – se recoge en el artículo 8.3 que dice *el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.* Por ejemplo: una persona que entra a robar en una vivienda, en este caso entran en juego dos artículos, el artículo 241 que trata sobre el robo en casa habitada y el artículo 202 en el que se trata el allanamiento de morada. El delito del artículo 241 se castiga con más pena y por tanto absorbe al del artículo 202. No se castiga por los dos sino sólo por el más amplio. Por ejemplo cometer un robo rompiendo una puerta, se trataría de un robo con daños (robo + daños). Dentro de los delitos de robo hay un tipo recogido en el artículo 238 que es el *robo con fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido.* Este artículo absorbe ya el delito de daños. Dentro de este principio hay que hablar de **actos anteriores o posteriores impunes**. Son impunes porque quedan absorbidos por el delito principal. Por ejemplo: delitos contra la libertad sexual, artículos 178 y 179 que tratan sobre las agresiones sexuales previas a una violación, éstas quedan absorbidas por la violación consumada. Son actos anteriores impunes. Si la violación no se consumara entonces sí se castigarían como tales. Un ejemplo de actos posteriores impunes sería en los casos de delito de falsificación de monedas recogido en el artículo 386. Si esa persona que ha fabricado esa moneda falsa, luego la pone en circulación, el acto de ponerla en circulación sería un acto posterior impune. El delito principal es la fabricación, ponerla en circulación es posterior.

4º) **principio de alternatividad** – recogido en el artículo 8. 4 que establece *en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.* Este principio sólo es aplicable en defecto de los anteriores. Se podría dar en supuestos en los que el Código Penal regula el mismo hecho desde dos puntos de vista distintos. Cualquiera valdría para

regular el hecho. El profesor no conoce ningún caso con este código pero se podría dar en el Código Penal anterior en el caso de una mujer que mata a su marido con veneno. Sería un parricidio, dar muerte al cónyuge, con el agravante del veneno, regulado en el artículo 405. Otra posibilidad era el artículo 406 que regula el asesinato con el agravante del parentesco. Cualquiera de los dos artículos anteriores valdría pero como el artículo 406 era el más grave se aplicaba éste.

FIN

24-10-01

TEMA 3 – LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

I. Eficacia temporal de las leyes penales.

Se hace referencia en este tema a una serie de problemas sobre la eficacia temporal de las leyes penales. Un primer grupo de problemas son los que tratan sobre la vigencia formal de las leyes penales, los problemas relativos a la vida de la ley penal que son idénticos a los que se presentan en otros sectores del ordenamiento jurídico, la ley penal no presenta diferencias importantes. Un segundo grupo de problemas versa sobre la vigencia material de las leyes penales que sí son distintos a los de otros tipos de leyes, se separa de otros sectores del ordenamiento jurídico.

Vigencia formal.

Una ley penal está vigente desde el momento de su promulgación hasta su derogación, es el período de vida de una ley. Con arreglo al artículo 91 de la Constitución Española, el Rey sanciona las leyes aprobadas por las Cortes Generales, promulgándolas y ordenando su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Sin embargo, la eficacia de la ley no se produce hasta su entrada en vigor. En relación a ello el Código Civil, en su artículo 2.1, dice que *las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en el BOE, si en ellas no se dispone otra cosa*. Las leyes no entran en vigor en el momento de su publicación sino pasado ese tiempo llamado **VACATIO LEGIS**. Durante ese período de VACATIO LEGIS la ley no está en vigor, no produce ningún efecto. Lo habitual es que sea de 20 días pero el Código Civil deja abierta la posibilidad de que sea otro. El Código Penal estableció un período de 6 meses para su entrada en vigor, perfectamente justificables para que los organismos judiciales se adaptaran a esa ley tan extensa; incluso en opinión de algunos ese período debería ser de 1 año. Hay leyes que entran en vigor el mismo día o al día siguiente de su publicación. Ocurría por ejemplo con leyes de carácter excepcional.

En cuanto a la derogación, el Código Civil establece que las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes posteriores. Dentro de esto hay varias posibilidades:

- ◆ **derogación expresa con una variante: la expresa genérica**
- ◆ **derogación tácita**
- ◆ **derogación judicial**

En la disposición derogatoria única del Código Penal vigente, concretamente en el punto primero, se recoge una modalidad de derogación que es la expresa, el legislador manifiesta expresamente qué materias quiere derogar. Hay una posible variante que es la derogación expresa pero genérica; sería el punto segundo de la disposición derogatoria *quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código*. Una tercera posibilidad de derogación sería la derogación tácita, es decir, la propia ley lleva en sí misma un período de vigencia y una vez agotado ese período de vigencia la ley se deroga. Sería el caso de las leyes temporales dadas para una circunstancia concreta, leyes de excepción. Una posibilidad más de derogación es la que se conoce como derogación judicial que sería la realizada por el Tribunal Constitucional, en los casos en que el

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

II. El principio general: irretroactividad de la ley penal.

Vigencia material.

Los problemas relativos a la vigencia material de las leyes penales son los que versan sobre la aplicación de las leyes penales. ¿A qué hecho se aplica la ley penal? Hay un principio de derecho TEMPUS REGIT ACTUM (los hechos se rigen por la ley vigente). La ley penal se aplica sólo a los hechos cometidos durante su vigencia formal, es uno de los principios más clásicos de las leyes penales, es el principio de irretroactividad de las leyes penales por el cual éstas no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación. Una ley penal no se puede aplicar a hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la ley en cuestión. Este principio de irretroactividad es mucho más estricto en el Derecho penal que en otros sectores del ordenamiento jurídico (por ejemplo es más estricto que en derecho civil). El Código Civil dice que las leyes no serán retroactivas salvo que en ellas se disponga lo contrario, deja abierta la posibilidad de que una ley se conceda a sí misma la retroactividad. En el Derecho penal, una ley penal no puede disponerse a sí misma efectos retroactivos. Eso se produce por el peso del principio de legalidad, que un principio de garantía, de seguridad jurídica que traducida al campo del Derecho penal significa que las personas tienen que tener siempre la posibilidad de saber si una conducta que realizan es delito o no, y si es delito tiene que tener la posibilidad de saber qué pena se le puede imponer. Si el principio de legalidad trata de garantizar eso está unido al principio de irretroactividad. Desde la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, pasando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la legislación española, ... en todos se ha recogido este principio. Sin embargo el principio de irretroactividad tiene alguna excepción en Derecho penal:

%Las leyes penales tendrán efecto retroactivo cuando favorezcan al reo.

III. La excepción: retroactividad de la ley penal más favorable.

Esto es clásico, siempre se ha reconocido esta excepción. Se emplean dos puntos de vista sobre esta excepción:

1– **Argumento de justicia** – hay que aplicar retroactivamente la ley favorable al reo porque el cambio de ley refleja un cambio de valoración social y por tanto si la valoración social ha cambiado es normal que se le aplique al sujeto. Por ejemplo el adulterio en España era delito antes de 1978, en el año 1979 esa conducta se hace impune debido al cambio social.

2– **Criterio humanitario** –si se trata de favorecer al reo hay que aplicar siempre la ley más favorable.

El optar por uno u otro argumento puede tener consecuencias diferentes. Un ejemplo sería lo que puede ocurrir con las leyes penales intermedias que son las leyes penales que entran en vigor después de haber cometido el hecho delictivo y que se derogan antes de que se celebre el juicio.

DELITO LEY PENAL INTERMEDIA JUICIO

La conducta, penada por ley en el momento de cometerse pasa posteriormente con la ley penal intermedia a quedar impune. En el momento de celebrar el juicio esa conducta vuelve a estar penada pues la ley penal intermedia ha dejado de estar en vigor. En este caso está claro que la ley penal intermedia es la más favorable al reo. Con el argumento de justicia se ve claro que no tiene sentido aplicar esa ley penal intermedia porque no ha influido ni en el hecho cometido ni en el juicio a celebrar. Desde un punto de vista humanitario, si se trata de beneficiar al reo, sí se puede aplicar.

Lo mismo sucede en el caso de las leyes temporales, leyes que son normalmente dadas por alguna circunstancia concreta y tienen vigencia corta. Estas leyes temporales, en el 99% de los casos son leyes más severas que las ordinarias, con penas más altas. Por ejemplo si se trata de una persona que comete un delito durante la vigencia de una ley temporal y al extinguirse la ley temporal y entrar en vigor la ley ordinaria se celebra el juicio. Por tanto el juicio se celebra con la ley ordinaria, más favorable al reo. Desde el punto de vista de lógica jurídica no tiene sentido la aplicación de la ley favorable retroactiva porque sino no tendrían sentido las leyes temporales, no tendrían efecto pues al ser la justicia tan lenta los juicios siempre se acabarían celebrando con la ley ordinaria más favorable. Si se toma el criterio humanitario, sí se podría utilizar la retroactividad, si no se aplica le ley temporal es problema de la propia ley.

29-10-01

La legislación española regula la materia relativa a la irretroactividad de las leyes penales en dos niveles:

- ◆ a nivel constitucional
- ◆ en el propio Código Penal.

Es exactamente lo mismo que sucedía con el principio de legalidad pues el principio de irretroactividad está íntimamente ligado al principio de legalidad y al igual que sucedía con éste, la Constitución Española recoge una declaración genérica en el artículo 9.3 que declara que *la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*. Al lado de esta declaración genérica está el artículo 25.1 de la Constitución Española que contiene el precepto básico de legalidad al establecer: *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*. Esta exigencia expresa al momento de cometer el delito es lo que constituye la irretroactividad. El principio de irretroactividad aparece también en el artículo 1.1 del Código Penal *no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración* y en lo relativo a la pena en el artículo 2.1 del Código Penal *no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración e igual con las medidas de seguridad carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad*. También en la legislación española se menciona la excepción de la irretroactividad; ya en el artículo 9 de la Constitución Española *se garantiza la irretroactividad de las disposiciones no favorables*, es decir, las favorables sí. En el Código Penal está regulado en el artículo 2.2: *no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena* (hay que destacar que utiliza *tendrán no podrán tener*). Esto cubre tres posibles situaciones:

1.- Que el sujeto todavía no haya sido juzgado – no hay ningún problema en el momento del juicio. El tribunal tendrá en cuenta de oficio la modificación de la ley. Si el tribunal no se diera cuenta de ello para eso están los abogados del acusado.

2.– Que el sujeto ya hubiera sido condenado por sentencia firme, entonces el tribunal tiene necesariamente que revisar la sentencia.

3.– Que el sujeto ya esté cumpliendo la condena en el momento de aparición de la ley favorable. El tribunal tiene que modificar la sentencia y modificar, en su caso, todo lo que sea necesario modificar en relación con el procedimiento de ejecución de la pena.

El sistema que sigue el Código Penal español sobre la regulación de la irretroactividad es muy amplio, más amplio que la que siguen otros códigos penales de otros países. A lo largo de los años el legislador ha ido eliminando limitaciones. Un límite muy clásico en la legislación penal era que disposiciones favorables no se podían aplicar retroactivamente si el condenado ya estaba cumpliendo la condena pero fue desapareciendo. Otro límite que había era que la ley favorable no se podía aplicar retroactivamente a los delincuentes habituales. Este límite también ha desaparecido. Hoy la irretroactividad de la ley sancionadora se aplica a todos, no hay ningún límite.

El artículo 2.2 habla del caso en que *hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena*, y al que ya ha cumplido la condena, ¿se le aplica la ley favorable? Le interesa porque toda condena penal lleva muchas consecuencias añadidas como por ejemplo los antecedentes penales (las penas se hacen constar en un registro y si en un futuro comete otro delito se le puede agravar la pena). El problema es que si una persona ha sido condenada por un delito a 6 años por ejemplo, y ya ha cumplido la condena los antecedentes quedan anotados. Si luego esa conducta por la que ha sido condenado ya no es delito ¿qué ocurre con los antecedentes? La letra de la ley se para ahí y parece no alcanzar al que ya ha cumplido la condena. Sería muy injusto porque el que se beneficia de la aplicación de la ley favorable por estar cumpliendo la condena se le borran también los antecedentes. Una interpretación literal llevaría a situaciones injustas. Por ello se ha buscado hacer una interpretación extensiva que podría ser discutida pero que se apoya en la existencia de unas normas que se ocupan de borrar antecedentes, la Real orden de 1892 en la que se decía que se deben de borrar los antecedentes cuando la conducta por la que ha sido condenado ha dejado de ser delito. Lo que no se puede hacer es modificar o revisar la sentencia. Esto es importante porque significa que si es una persona que ha cumplido una condena de privación de libertad eso no se puede reparar, ni indemnizar y si fuera pena de multa tampoco se puede revisar, es decir, no se le devolvería el monto de la multa. Está en las disposiciones transitorias, fundamentalmente en la 6ª.

Podemos preguntarnos cuándo una ley favorece al reo. Si la ley posterior deja impune un hecho que antes era delito está claro que es favorable para el reo. Puede suceder que lo que hace la ley posterior es imponer una pena distinta que la que impone la anterior. Aquí también puede haber cosas fáciles de resolver:

- ◆ Si las penas que las leyes establecen son de la misma naturaleza se aplica la más favorable.
- ◆ Si las penas que las leyes establecen son de distinta naturaleza ya no está tan claro.
Supongamos que una ley impone una pena de privación de libertad muy corta y la ley posterior para el mismo delito impone una multa muy grave. Ahí ya dependerá de la situación económica del reo o bien de que puede darse el caso de que la privación de libertad muy corta se puede suspender y la multa no. En este sentido hay que señalar que el Código Penal dice que hay que aplicar las leyes que favorezcan al reo, es decir, no se trata de buscar la ley que en términos generales nos parezca a todos más favorable, más benigna sino de buscar la ley que favorezca a ese reo concreto. No hay por tanto ningún criterio general sino que depende de cada caso concreto. Lo más sencillo es preguntarle al reo y eso es lo que dice el Código Penal en parte en el artículo 2.2 *en caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo*. Es una norma muy tradicional en la legislación española pero hay que hacer dos matizaciones:

· *será oído* no quiere decir que se le escuche, no es el reo el que decide, decide

el tribunal, el reo opina, el tribunal decide.

· Sólo en caso de duda, si no hay duda ya no se le pregunta.

Hay dos puntos de vista sobre el fundamento de la excepción:

- la excepción de irretroactividad responde a un fundamento de justicia o ética penal

b) la excepción responde a un fundamento humanitario. Tanto la legislación española como los tribunales han resuelto siempre con el fundamento humanitario.

Por ejemplo un hecho que se comete en 1928, al llegar la 2ª República se anula el Código Penal de 1928 y vuelve el de 1870 que sería la ley penal intermedia. En el año 35 se establecía que siguiendo el fundamento humanitario se debía aplicar.

30-10-01

En cuanto a las leyes penales temporales hay que señalar que hasta la entrada en vigor de este Código Penal, como el fundamento era humanitario se aplica la ley penal más favorable al reo. Pero si se aplica la más favorable, las leyes penales temporales no se aplicarían. El Tribunal Supremo decía que eso era problema del legislador, lo que había que hacer era aplicar la ley ordinaria más favorable. Como al legislador, por supuesto, no le convencía esa opinión estableció una norma en el artículo 2.2 del Código Penal: *los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario*. En este caso no hay retroactividad de la ley ordinaria más beneficiosa.

Partiendo del principio de que los hechos se juzgan según la ley vigente en el momento de la comisión del delito es cuando nos podemos plantear la cuestión de ¿cuándo es el momento de la comisión del delito?

La cuestión no siempre es fácil de solucionar por lo que el legislador ha incluido una regla en el Código Penal. Un delito supone que hay una conducta que produce un resultado. Esa conducta puede ser de dos tipos:

- **activa**, de acción (por ejemplo disparar sobre otra persona)
- **omitiva**, de omisión (por ejemplo una persona que ve que otra se ahoga y no hace nada).

Sea acción u omisión el resultado es el mismo. A menudo sucede que la conducta y el resultado están muy próximos por lo que en ese caso no se plantearían problemas. En cambio puede suceder que entre la conducta y el resultado hay un período de tiempo muy prolongado y en ese período pueden pasar muchas cosas, se pueden derivar muchas consecuencias que veremos durante el curso. En este caso sólo nos interesa a efectos de saber la ley vigente. La cuestión es saber si la ley a aplicar es la vigente en el momento de la ejecución de la acción o si por el contrario se debe aplicar la vigente en el momento del resultado de esa acción suponiendo que entre ambas medie un espacio amplio de tiempo. Así el artículo 7 del Código Penal establece que: *a los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar*. Por lo tanto la ley aplicable en esos casos será la ley vigente en el momento en el que se realiza la conducta punitiva, la ley vigente en ese momento es la ley aplicable.

FIN

TEMA 4 – LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

Se estudian aquí los problemas que se pueden derivar de la comisión de un delito que puede afectar a varios países y al que se podrían aplicar las leyes de varios países. Por ejemplo un ciudadano español que comete un homicidio en Francia; la ciudadana española que va a abortar a Inglaterra; el caso Pinochet de Chile.

La regulación de toda esta materia no está en el Código Penal, éste no dice nada. Estos problemas están a medio camino entre la ley penal y la ley procesal; la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial son la legislación esencial en esta materia en cuanto a legislación española. Son también fundamentales en esta materia los convenios internacionales. En la práctica hay, aparte de las jurídicas, vías políticas.

I. Principios reguladores.

Hay un principio absolutamente básico en esta materia, común a todos los países que es el **principio de territorialidad**, como manifestación de la soberanía de los estados y eso traducido al Derecho penal quiere decir que un estado es competente para aplicar sus leyes penales a los hechos que se cometen en su territorio y por el contrario un estado no es competente para aplicar sus leyes penales a hechos que no se cometen en su territorio, todo ello independientemente de la nacionalidad de quien los haya cometido. Este principio de territorialidad significaría que la ley penal de un estado se aplica a todos los hechos cometidos en su territorio y no se aplica a ningún hecho cometido fuera. En los ejemplos puestos anteriormente no se aplicaría ni la homicidio cometido en Francia, ni a la española que va a abortar a Inglaterra, ni al caso Pinochet.

Pero al lado de ese principio básico y fundamental se permiten algunas excepciones que suponen **supuestos de extraterritorialidad**. Estos casos de extraterritorialidad podrían plantearse cuando sea aplicable alguno de los tres principios que se mencionan:

- **Principio de personalidad**.

Este principio se basa en la nacionalidad de las personas autoras del delito. Esa idea de nacionalidad traducida al campo penal quiere decir que un Estado puede perseguir los delitos cometidos por sus ciudadanos sea cual sea el lugar en que tales delitos fueran cometidos y no podría perseguir los delitos cometidos en España por ciudadanos de otra nacionalidad. En los ejemplos anteriores se podría perseguir tanto al homicida español que comete el delito en Francia como a la ciudadana española que va a abortar a Inglaterra pero no a Pinochet pues éste no es ciudadano español.

- **Principio real**.

Este principio se basa en el bien jurídico lesionado por el delito. Lo importante para establecer la competencia sería el bien jurídico lesionado. Un país sería competente para perseguir un delito cuando ese delito lesione un bien jurídico de especial importancia para el Estado que no es lo mismo que un bien jurídico importante pero de carácter individual. Así la vida de una persona es un bien jurídico importante individual pero no para el Estado; la vida del Jefe del Estado sí sería un bien jurídico de especial importancia para el Estado.

- **Principio de universalidad, universal**.

Es el principio más extremo, cualquier Estado sería competente para conocer de un delito sea cual sea el lugar, la persona, el bien jurídico. Este principio universal es el que más se aleja de la idea de soberanía, se habla de una **justicia universal** por eso es un principio políticamente muy difícil porque los estados se niegan a prescindir de su soberanía.

La legislación española se orienta a partir del principio de territorialidad como en todos los países y en este sentido el artículo 8 del Código Civil dice: *la leyes penales, ... obligan a todos los que se hallen en territorio español*. Esta declaración de territorialidad del Código Civil se concreta en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 23.1 en el que se dice *en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español*. El concepto de *territorio español* hay que matizarlo porque el punto de vista jurídico no se corresponde con el término geográfico que incluiría el territorio de la península y las islas. En el sentido jurídico *territorio español* es también el mar territorial, es decir, la franja de 12 millas náuticas desde la costa, aproximadamente unos 22,2 km. Eso significa que todos los delitos cometidos en el mar territorial español caen bajo la competencia de la justicia española (por ejemplo en los barcos, aunque estos tienen también un régimen especial). En relación a ese tema añade el artículo 23 *o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte*. Evidentemente tratados internacionales hay muchos y con muchos países y forman parte del derecho internacional público. Cuando se trata de delitos cometidos a bordo de buques españoles hay varias posibilidades:

1 –El buque es español y está en mar territorial español: en este caso sería competencia de la jurisdicción española.

2 –El barco es español y está en alta mar, mar libre, de ningún país: lo normal en este caso es que también se considere territorio español y se le aplique la legislación española.

3 –Delito cometido en un barco español que está en un mar territorial de otro país: lo decisivo es lo que digan los tratados internacionales. La orientación es que, en ese caso, si el delito cometido a bordo del buque español afecta a algún bien jurídico estrictamente español, lo normal es que se le apliquen las leyes penales españolas. Pero si afecta a bienes del Estado en cuyo mar territorial está, lo normal sería que se le aplicasen las leyes del país del mar en el que está.

Al término territorio hay que unirle el espacio aéreo que es el que se eleva sobre el espacio terrestre y el mar territorial. El espacio aéreo territorial no es ilimitado, llega solamente hasta el límite de la atmósfera, a partir de ahí es libre. Los delitos cometidos en el espacio aéreo español también caen bajo la competencia de los jueces españoles. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece la competencia de los órganos judiciales españoles aunque deja a salvo la posibilidad de que en los Tratados Internacionales pueda establecerse otra cosa.

Hay que hacer una mención especial al caso de la embajadas y consulados. Tradicionalmente se dice que las embajadas son parte del territorio del país al que representan. Esa es la idea general y según eso los delitos cometidos en cualquier embajada española serán competencia de la legislación española. Pero son un caso especial en el que chocan la legislación española con los tratados internacionales. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el juez si quiere investigar un delito en una embajada de otro país tiene que pedir la venia al representante de la embajada pero si no se la concede puede entrar igual. Así desaparece la idea de territorialidad. Eso choca con los convenios internacionales; el Convenio de Viena de 1979 establece la inviolabilidad de la embajadas, cuando se comete un delito en una embajada extranjera las autoridades tienen que dirigirse a ese país para que se juzgue a esas personas en ese país. Absoluta inviolabilidad de las embajadas extranjeras.

5–11–01

El principio dominante es el principio de territorialidad pero vamos a ver casos de extraterritorialidad, casos en los que España aplicaría sus leyes penales a hechos ocurridos fuera del territorio español. Para que pueda haber casos de extraterritorialidad es necesario que pueda entrar en juego alguno de esos tres principios: personal, real y universal. En ese caso sí sería posible que España pudiera aplicar

fuera sus leyes penales. Naturalmente cuando se dice que se trata de casos en que España puede aplicar sus leyes penales fuera se quiere decir siempre y cuando tenga en su poder a esa persona a la que se le va a aplicar esas leyes. Eso quiere decir que en la práctica supone que esa persona haya vuelto, después de cometer el delito, a España y es entonces cuando se le puede aplicar (no se trata de que hayan traído a esa persona). La posibilidad de que España pueda aplicar sus leyes penales en estos casos supone que entren en juego alguno de esos tres principios:

&Personalidad

Es el principio en virtud del cual la ley española puede ser aplicada a hechos cometidos por españoles en el extranjero. El primer dato es que el autor del delito sea español, por ejemplo un ciudadano español que comete un delito en Francia. En principio quien tiene la competencia para juzgarle, por el principio de territorialidad, es Francia. España quiere aplicarle las leyes penales españolas por ser español. Si sigue en Francia el ciudadano será juzgado en Francia. Si vuelve a España, España se plantea aplicarle sus leyes penales. De acuerdo con el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que los tribunales españoles puedan aplicar las leyes penales españolas a hechos cometidos fuera de España por españoles es necesario que se den una serie de requisitos:

- a) que el hecho sea delito en los dos países
- b) que la persona agraviada o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela por ese hecho 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 sólo se hubiere cumplido en parte se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

Así no se le podrían aplicar las leyes penales españolas a la española que va a abortar a Gran Bretaña y vuelve luego a España porque allí no es delito.

&Principio real

Con arreglo a este principio se reconoce competencia de los tribunales y aplicabilidad de la ley penal española a los delitos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio español, cuando atentan contra determinados bienes jurídicos que, genéricamente, pueden reconducirse a la protección del Estado. Se basa exclusivamente en el bien jurídico lesionado por el delito. Aquí no importa la nacionalidad del autor. Se trata de hechos penales cometidos en el extranjero y que se puedan juzgar con leyes penales españolas y para poder hacerlo hacen falta dos requisitos:

- que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo se hubiere cumplido en parte se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.
- Que se trate de algunos de los siguientes delitos relacionados en el artículo 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial entre ellos: delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado, delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente, delitos de rebelión y sedición, delitos de falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales, delitos de falsificación de moneda española y su expedición y cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, delitos de atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles, los delitos perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española, delitos relativos al control de cambios.

El bien jurídico lesionado es un bien jurídico importante para el Estado español, no se trata de un bien jurídico importante en sí mismo como lo sería la vida de una persona, sino de bien jurídico importantes para el Estado. Por esa razón el homicidio cometido en Francia se podría perseguir por el principio de personalidad pero no por el principio real. A un ciudadano australiano que mata al embajador español en Australia sí podría aplicársele las leyes penales españolas si viene un día a España.

&Principio de universalidad

Este principio da competencia a cualquier país para conocer de cualquier delito, sea cual sea la nacionalidad del autor, el bien jurídico lesionado y el lugar de comisión del delito. Lo que hace la legislación española es reducir la posibilidad de aplicar este principio a un número limitado de delitos porque en principio el legislador está pensando en delitos que interesan a toda la comunidad internacional. El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece dos condiciones para que pueda aplicarse este principio:

- Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo se hubiere cumplido en parte se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.
- Que se trate de alguno de los siguientes delitos: delitos de genocidio, de terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, delitos de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes y cualquier otro delito que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Si en algún momento viene a España se le podrían aplicar las leyes penales españolas. Por ejemplo en el primer caso del homicidio en Francia no se le podría aplicar el principio de universalidad por el tipo de delito. El caso más famoso fue el caso Pinochet en el que un chileno ha cometido una serie de delitos en su país, Chile. Por el principio de territorialidad Chile tendría que aplicarle sus leyes penales pero no lo hizo así. La nacionalidad de las víctimas no importa en absoluto. España, ¿podría aplicarle las leyes penales españolas? Si el autor no viene a España es imposible. Como estaba en otro país que no era el suyo, Gran Bretaña, se pretendió la extradición pero se frustró. España reclamaba el derecho a aplicar las leyes penales españolas porque se trataba de delitos de genocidio y terrorismo, delitos que sí entran dentro del principio de universalidad. Era muy discutible que todos esos delitos de torturas fueran delitos de terrorismo. Al final la Audiencia Nacional dijo que sí por lo tanto España sí podría ser competente. Gran Bretaña dijo que no era genocidio ni terrorismo, es decir, negó la extradición a España pero abrió otra vía. Esa nueva vía fue acusarle de torturas que sí estaba dentro de esa lista recogida por el tratado internacional y entonces sí se concede la extradición. Pero luego se producen una serie de circunstancias ajenas que hace que vuelva a Chile y ahí está.

Pese a todo este sistema todavía queda en la legislación española algún caso de impunidad bastante llamativo. Sería, por ejemplo, el caso de un ciudadano francés que en Francia mata a un ciudadano español y huyendo de la justicia francesa pasa a España y se refugia en la casa vecina de la familia de la víctima. El primer país competente es Francia, como el autor del delito ha huido a España, Francia debe pedir a España que lo detenga y que se lo entregue, pero si en este caso Francia no pide la extradición (por error, burocracia, olvido,...) esa persona tendría total impunidad en España porque las leyes españolas no se pueden aplicar de ninguna manera: por el principio de personalidad no puede ser porque no es un ciudadano español; el principio real tampoco porque no ha atacado un bien jurídico importante para el Estado español y el principio universal tampoco pues no se trata de ninguno de los delitos contenidos en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En España falta un principio, que sí tienen otros países, un principio de justicia supletoria que establece la competencia de un Estado cuando aquel Estado que tiene competencia preferente no puede o no

quiere hacerlo.

• Lugar de comisión del delito.

La jurisdicción competente para juzgar un delito en principio es el país en el que se cometió por el principio de territorialidad, principio básico. La pregunta es ¿cuál es el lugar de comisión de un delito? El problema es que un delito, la conducta se puede realizar en un lugar y la consecuencia puede ocurrir en otro lugar, en diferente país. Sería el caso de un paquete–bomba hecho en España y que se manda a Francia; o el caso de un sobre con ántrax que se manda a otro país. Se trata de un problema parecido al del momento de cometer el delito que estudiamos en la lección anterior. Con relación al problema del lugar el Código Penal no dice nada, no hay ninguna regla, ningún criterio y siempre ha sido una cuestión discutida. Se manejan habitualmente tres criterios distintos:

- 1.– **criterio de la actividad** – el lugar de comisión del delito es el lugar donde se realiza la conducta
- 2.– **criterio del resultado** – el lugar de comisión del delito es el lugar en que se obtiene el resultado
- 3.– **teoría de la ubicuidad** – significa que es indiferente que sea el lugar de la acción o del resultado, se puede tener en cuenta cualquiera, sería competente el que tuviera en su poder al delincuente, al que le sea más fácil juzgar al delincuente.

Tradicionalmente los tribunales españoles han venido utilizando la teoría del resultado porque había algunos preceptos en la ley orgánica anterior del poder judicial que podrían dar validez a ese criterio. Hoy el criterio que se está utilizando cada vez más es el criterio de ubicuidad, abandonando la del resultado, e inclinándose más por la de la ubicuidad.

6–11–01

• La extradición.

La extradición es el acto por el cual un gobierno entrega a un individuo, refugiado en su territorio, al gobierno de otro país que lo reclama por razón de delito para que sea juzgado allí o en su caso para que cumpla la pena que le ha sido impuesta. Es el concepto más sencillo. La extradición es una institución muy antigua y muy criticada y discutida. Lo que es cierto es que el fundamento, el sentido de la extradición ha cambiado mucho a lo largo del tiempo porque en sus orígenes la extradición era una colaboración entre soberanos que se entregaban unos a otros a personas que políticamente no les convenían tenerlas en su territorio. Eso ha cambiado porque la extradición hoy es una colaboración judicial para tratar de evitar posibles impunidades derivadas del principio de territorialidad y en esa colaboración están excluidos los delitos políticos. La extradición se limita hoy a la delincuencia común. Ese es el sentido que se le trata de dar hoy pero sigue siendo muy discutida por las siguientes razones:

- Siempre la extradición tiene un contenido político porque siempre intervienen los gobiernos de los países, siempre hay un contenido detrás con carga política.
- También es discutida porque el procedimiento de la extradición siempre es muy lento, tardío y complicado y por eso muchas veces es insatisfactorio, muy tardío y por eso hay una opinión muy extendida de que la extradición debería desaparecer por lo menos entre países que están en el mismo nivel político. En vez de extradición debía haber una entrega, sin necesidad de procedimiento. Pero eso también tiene un problema pues el procedimiento de extradición es un procedimiento de garantía, trata de garantizar que se realice la justicia, que se garanticen los derechos de la persona. Si se salta este procedimiento y se pasa a la entrega directa se pierde ese nivel de garantía. En todo caso como se haría entre países del mismo nivel, democráticos, la pérdida sería menor. Aún así se discute.

Antes de continuar hay que puntualizar que existen dos clases de extradición

a) Extradición activa – es la solicitud de entrega que un gobierno hace a otro para que le entregue a una persona que está en el territorio de éste.

b) Extradición pasiva – es la entrega de una persona a otro país para ser juzgada allí.

Hay otra clase de extradición que ha perdido toda su importancia que es la **extradición de tránsito**, que hace referencia a la solicitud que realiza un Estado a otro Estado para que deje pasar por su territorio a una persona que está siendo objeto de extradición. Tenía interés unos siglos atrás pero hoy con los aviones no tiene mucho sentido.

Otra modalidad es la **reextradición** que consiste en que un Estado al que se le ha entregado una persona para ser juzgada, una vez que esa persona está en su territorio, envía a dicha persona a otro país que lo solicita. Esto sí sucede. Por ejemplo España pide a Francia a D para ser juzgado aquí. Si luego aparece una solicitud de Italia y se considera que Italia tiene derecho preferente se enviaría a este país.

La extradición en la legislación española

Vamos a ver las dos modalidades básicas de extradición, activa y pasiva, desde el punto de vista de la legislación española. La extradición activa está regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que es una ley del siglo XIX, pendiente de revisión, y que se sitúa entre la ley penal y la procesal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal es la que señala las fuentes o normas por las que se rige la extradición activa. Estas fuentes son:

- **Los Tratados Internacionales.** Cuando se habla de Tratados Internacionales normalmente se hace referencia a tratados bilaterales, es decir, tratados que España va firmando con distintos países. Hay una larga lista de tratados bilaterales de extradición (el Código Penal contiene una larga lista de tratados). Además hay casos de tratados entre varios países: Convenio de extradición de la Unión Europea, que vincula a todos los países de la misma. Sea cual sea la forma hay que destacar que esos Tratados Internacionales son la primera fuente en materia de extradición activa.
- En defecto de Tratados Internacionales o de que estos no regulen esta materia, la segunda fuente es el derecho vigente en el país al que se le solicita la extradición.
- En defecto de todo lo anterior rige un principio muy importante que es el principio de reciprocidad, es el compromiso que firma España para corresponder en el futuro con la misma actitud con ese país.

¿En qué casos puede solicitar España a otro país la entrega de un delincuente, es decir, en qué casos puede España ejercer la extradición activa? La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge tres casos:

- Es el caso de un ciudadano español que ha cometido un delito en España y se ha refugiado en un país extranjero. Por ejemplo, España lo pide a Francia, por el principio de territorialidad.
- Es el caso de la persona española que ha cometido un delito en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado español y se ha refugiado en un país distinto de aquel en que cometió el delito. (Hoy casi ya no existen estos delitos, sería por ejemplo el caso de delito de traición contra España realizada en un país extranjero). Por ejemplo si un español comete un delito de traición contra España en Francia puede suceder:
- Es posible que ese delito sea también delito en Francia. Entonces la extradición no se puede pedir porque por el principio de territorialidad esa persona tendría que ser juzgada en Francia.
- Si ese hecho no es delito en Francia tampoco tiene sentido pedir la extradición porque hay un principio que exige que el hecho sea delito en los dos países.
- Si se refugia en otro país sí se puede pedir, porque ese país ya no tiene nada que ver con esa persona.

- Es el caso de un ciudadano extranjero que tiene que ser juzgado en España y se ha refugiado en un país distinto al suyo. Si hubiera huído a su país, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no permite a España pedir la extradición porque hay un principio clásico que es que los países no conceden la extradición de sus nacionales. Ese es un principio clásico pero como la ley es del siglo XIX eso ya ha cambiado un poco.

El procedimiento en cuanto a la extradición activa se inicia por el tribunal competente para juzgar el delito que normalmente es el tribunal del lugar de comisión del delito. El juez competente se dirige al gobierno español y éste hace la solicitud al gobierno del otro país (entrarían el Ministro de Justicia y el Ministro de Exteriores).

La otra modalidad, la extradición pasiva (entrega) está recogida en la Constitución Española. Es una institución muy tradicional, antigua, políticamente importante. El artículo 13.3 de la Constitución Española dice *la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad*. Ya en esa declaración están las fuentes de la extradición pasiva:

- Los Tratados Internacionales.
- La Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, en defecto de los Tratados Internacionales. Esa ley dice en el artículo 1 que la extradición pasiva se regirá por la presente ley salvo lo expresamente establecido por los tratados en los que España sea parte (por tanto primero los tratados y luego la ley).

En líneas generales lo que se puede decir es que en principio la extradición pasiva alcanza a toda clase de delincuentes. Sin embargo hay alguna excepción:

- Una es la excepción obvia, España no concederá la extradición a personas que tienen que ser juzgadas en territorio español. Eso significa un reflejo del principio de territorialidad, las personas que han cometido un delito en España tienen que ser juzgadas en España.
- Existe un principio clásico de la no entrega de los nacionales. España no entrega a los ciudadanos españoles para que sean juzgados en otro país. Pero esto es cada vez más complicado, discutido y menos cumplido. Tradicionalmente se vienen utilizando dos tipos de argumentos en defensa de este principio:
 - Desde el punto de vista político un Estado que entrega a sus ciudadanos es un Estado que renuncia de su soberanía sobre sus ciudadanos.
 - Desde el punto de vista procesal entregar a los ciudadanos nacionales para ser juzgados en otros país supone crear un peligro de un juicio injusto porque hay siempre un peligro de que el juicio sea parcial ya que puede haber discriminación por razón de nacionalidad, incrementado si además hay diferencia de raza, religión, ideología, ...

Frente a estos dos argumentos hoy se vienen manejando otros dos contrarios:

- Desde el punto de vista político, este principio del miedo a perder soberanía no tiene sentido entre países que pertenecen a un mismo ámbito político, por ejemplo entre países de la Unión Europea.
- Desde el punto de vista procesal se recuerda que hay un viejo principio básico en materia procesal que dice que el mejor lugar para juzgar un delito es el lugar de comisión del delito porque es donde están las pruebas, los testigos,... Además están los convenios internacionales, por lo que depende de cada caso concreto.

Por ejemplo el tratado de extradición entre España y la República Dominicana remite a la ley y esta no permite la extradición de nacionales. El tratado de extradición con Estados Unidos establece que ninguna de las partes tendrá la obligación de entregar a los nacionales pero el poder ejecutivo tendrá la facultad, es decir podrá hacerlo, si lo estima procedente.

% En el caso de que España no entregue a un ciudadano español a un país que lo reclame, no significa que quede impune sino que será juzgado en España por las leyes españolas.

% La Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva recoge en su artículo 5 la posibilidad de que no se conceda la extradición *cuando la persona reclamada sea menor de dieciocho años en el momento de la demanda de extradición y teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su reinserción social, sin perjuicio de adoptar, de acuerdo con las autoridades del Estado requirente, las medidas más apropiadas.* (Se desconocen esas medidas más apropiadas).

% La tercera excepción es que no se concede la extradición por delitos perseguibles a instancia de parte – privados en general– es decir aquellos que solo son perseguibles por los tribunales si existe una denuncia de la víctima del delito o su representante legal. Si no hay denuncia por parte de la víctima, si ésta no quiere perseguir al autor del delito, queda impune ese delito. Hay delitos sí perseguibles: violación, estupro, rapto, *abusos deshonestos* – no existe en la legislación vigente penal–, son las *agresiones sexuales* que no están exentas de extradición.

Hay pocos delitos por los que no se conceda extradición a instancia de parte: calumnias e injurias, abandono de familia (sólo en parte), daños (en parte), etc. Son pocos casos.

% Otra excepción es que no se concede extradición por delitos con penas no privativas de libertad como la pena de multa. Y en el caso de penas privativas de libertad tampoco se concede la extradición si la pena es inferior a un año, es decir, por los delitos menos graves. En los últimos tiempos España ha firmado convenios y acuerdos con distintos países por los que se ha acordado la entrega de autores de delitos de poca gravedad, inferiores a un año que antes quedaban fuera del ámbito de la extradición.

% Otra excepción a la concesión de la extradición es que no la concede España por delitos políticos. Es también un principio muy antiguo dentro de esta idea tradicional de la extradición, recogido en la propia Constitución Española, en el artículo 13.3 *quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.* Pero cada vez se reduce más, este trato de favor está siendo reducido, el concepto de delito político es difícil. En líneas generales hay dos opiniones tradicionales sobre lo que es delito político:

1) Concepto objetivo. Delito político es el que objetivamente atenta contra la organización política del Estado. El Bien Jurídico protegido sería la Seguridad del Estado. Por ejemplo el delito de propaganda ilegal. Este concepto objetivo es muy limitado porque evidentemente en países democráticos hay pocas posibilidades de que se de este delito, no suelen existir, no tienen sentido. No existe en el Código Penal la propaganda ilegal como delito. Prescinde del móvil del autor y permite el trato de favor.

2) Concepto subjetivo. Delito político sería toda conducta guiada por móviles políticos lo que supone que sería delito político cualquier atentado contra cualquier Bien Jurídico Común si está guiado por móvil político. Aquí surge el problema del terrorismo ya que se trata de conductas contra Bienes Jurídicos Comunes, con motivación política y por lo tanto se le estaría dando un trato de favor innecesario por esa supuesta motivación política.

Con el tiempo se impone el concepto mixto de delito político, reflejo de la tendencia a reducir el concepto de delito político porque el concepto mixto es una suma de los dos conceptos, subjetivo y objetivo. El delito político es el que atenta contra la organización política del Estado, guiado además

por un móvil político, desapareciendo prácticamente como tal en los países de nuestro entorno.

% La Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva no concede la extradición por delitos políticos. No considera como tales los actos de terrorismo, los crímenes contra la humanidad o el atentado contra el Jefe del Estado o alguien de su familia.

% Otra excepción de la Ley de Extradición Pasiva es que no concede la extradición por delitos militares según la legislación española, el Código Penal Militar Español. Los delitos militares son los delitos cometidos por militares que atentan contra el honor, disciplina y los fines y medios de las Fuerzas Armadas. Hay tendencia contraria a esta limitación, sobre todo porque hay tendencia favorable a concederla entre países con alianzas militares comunes, países de la OTAN por ejemplo. Aparte de esto se tiene en cuenta otros casos, como el delito de desertión, delito militar típico. Se concede generalmente la extradición por convenios bilaterales. Es especialmente intenso en los desertores de la marina, con convenios, por ejemplo con Portugal, que conceden la entrega inmediata, sin trámites.

% La última excepción es que no se concede la extradición por delitos cometidos a través de los Mass Media en el ejercicio de la libertad de expresión ya sea en prensa, radio, televisión, etc.

Principios básicos que rigen la extradición pasiva:

% Principio de identidad o doble incriminación que quiere decir que España sólo concede la extradición si el hecho es delito en los dos países

% Principio NE BIS IN IDEM que significa que España no concede la extradición cuando la persona reclamada fue juzgada en España o está siendo juzgada por los mismos hechos por los que se le reclama.

% Principio de especialidad que consiste en que sólo se concede la extradición para que la persona sea juzgada por los hechos que han servido de base para su concesión. Es un principio muy importante pero con problemas al llevarlo a la práctica. Si Francia solicita la extradición de una persona por delito de robo y España la concede, sólo se puede juzgar a esa persona por delito de robo. En estos casos si el país solicitante quiere ampliar el proceso para más delitos debe volver a realizar la solicitud y revisarse el procedimiento.

% Hay una lista de condiciones para la extradición:

- Que no se imponga la pena de muerte.
- Que se garantice que la persona no será sometida a penas contra su integridad corporal, ni a tratos inhumanos o degradantes.
- Que no sea juzgada por un tribunal de excepción, deben ser tribunales ordinarios.
- España puede denegar la extradición cuando existan razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones.
- Tampoco se concede la extradición cuando la persona tenga la condición de asilado, se deniega en estos casos por la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

Procedimiento de extradición

Es complejo, largo y laborioso. Es procedimiento mixto porque intervienen el poder judicial y el

poder ejecutivo. No es estrictamente judicial, tiene restos de contenido político. En general el procedimiento de extradición pasiva se desenvuelve ante la Audiencia Nacional, órgano judicial competente para la extradición pasiva. En un proceso de extradición se discute, no la culpabilidad del delito sino si se puede o no conceder la extradición. En la Audiencia Nacional se comprueban los indicios racionales de culpabilidad, debe existir la posibilidad de culpabilidad por los hechos de que se le acusa.

La Audiencia Nacional decide si procede o no a la extradición y así según el artículo 6 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo de Extradición Pasiva:

- Si dice que no procede la extradición, esa decisión es vinculante para el gobierno y no se puede extraditar a esa persona.
- Si la resolución es afirmativa, el gobierno puede decidir si entrega o no a esa persona, tiene la última palabra el gobierno pudiendo rechazarla por cuestiones de soberanía, reciprocidad, interés de seguridad, etc.

27-11-01

IV. Derecho penal internacional.

El Derecho penal internacional hace referencia a los intentos de establecer una legislación penal emanada de la Comunidad Internacional a la que estén sometidos directamente los ciudadanos de todos los países. Además esta legislación tendría por objetivo proteger intereses de toda la Comunidad Internacional y sería una legislación aplicable por los tribunales internacionales. Esto sería una descripción rápida de lo que pretende ser el Derecho penal internacional. Hay que distinguir este Derecho penal internacional del principio de universalidad que hace referencia a la posibilidad que tiene un Estado de aplicar las leyes penales por sus tribunales penales a hechos cometidos fuera de su territorio, dar una competencia universal para aplicar sus leyes penales por sus tribunales penales. En cambio lo que dice el Derecho penal internacional es que sería un tribunal internacional. Así por ejemplo por el principio de universalidad España podría juzgar hechos cometidos en Chile. Por el Derecho penal internacional sería un tribunal internacional el que juzgaría esos delitos.

El Derecho penal internacional es una materia muy reciente porque el origen se sitúa a finales de la II Guerra Mundial cuando en 1945 se crea el Tribunal de Nuremberg que juzga a los altos cargos del nazismo y ese es el origen de los tribunales internacionales. Desde esos años de la posguerra, el Derecho penal internacional ha progresado muy poco, se han creado algunos tribunales penales internacionales para algún caso concreto como por ejemplo para Ruanda, Yugoslavia. En el año 1998 por el Convenio de Roma se establecía la creación de un Tribunal penal internacional fijo, estable pero este Convenio exige la ratificación de los Parlamentos de los países firmantes y eso aún no se ha hecho.

FIN

TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

TEMA 5.- EL DELITO

I. Concepto del delito

El delito se puede definir desde diferentes puntos de vista, aquí nos interesa el concepto jurídico. El concepto más sencillo es un concepto puramente formal del delito y así delito sería lo que la ley define como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Es un concepto sencillo pero

su virtud es que recuerda la importancia del principio de legalidad: sólo la ley define el delito. A partir de este punto se utiliza ya un concepto material de delito que es un concepto universalmente utilizado en todas partes o por lo menos en los países de nuestro entorno y ámbito cultural: **delito es una acción (u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible**. Según este concepto material el delito se puede definir según cinco elementos:

- ◆ **Acción (u omisión)**
- ◆ **Típica**
- ◆ **Antijurídica**
- ◆ **Culpable**
- ◆ **Punible**

1.– Que el delito es, en primer lugar, una acción significa:

- ◆ primero que el delito es una conducta humana, lo que es muy obvio hoy, sólo son delito los daños causados por la persona humana, no por animales o por la naturaleza.
- ◆ En segundo lugar hay que entender que al derecho penal sólo le interesan las conductas, no las ideas u opiniones.

Hay que tener en cuenta que la palabra acción comprende

- ◆ las conductas activas, las acciones en sentido estricto. Por ejemplo la persona que dispara sobre otra.
- ◆ Las conductas pasivas, las de omisión de la acción. Por ejemplo la omisión de socorro, ya que desde el punto de vista del delito también es una acción.

2.– Decir que la acción sea típica quiere decir que es una conducta descrita en el Código Penal, que está tipificada en el Código Penal. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que sólo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege* pero también del principio de intervención mínima, por cuanto generalmente sólo se tipifican los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes.

3.– Literalmente antijurídica quiere decir que es una acción contraria a derecho, esto es, que la conducta es contraria a derecho porque lesiona o por lo menos pone en peligro un bien jurídico. La antijuricidad significa que estamos haciendo un juicio de valor sobre esa conducta, un juicio de valor negativo. En principio como criterio general se hace referencia a lo que podemos llamar parte objetiva del delito. En principio es un juicio de valor que se hace exclusivamente sobre la conducta realizada, nada más, no se tiene en cuenta al autor, por ahora.

4.– . Hasta ahora no había aparecido el autor que entra en este cuarto elemento, que la conducta típica y antijurídica sea realizada culpablemente. Esto quiere decir que el autor o sujeto por lo menos tiene que tener capacidad de comprender el sentido de su conducta. Una persona es culpable porque ha realizado una conducta antijurídica pudiendo haber actuado de otra manera, sería un juicio de reproche personal y da la culpabilidad frente a la antijurídica que hacía referencia a la parte objetiva del delito. Tiene que tener conciencia de lo que hace si no, no se le podría reprochar.

5.– El quinto elemento es que esa acción típica, antijurídica, culpable sea punible, es decir que esa conducta esté penada por la ley, por el legislador.

Para que pueda hablarse de delito, para que pueda darse responsabilidad penal tienen que darse los cinco elementos, si falta uno ya no lo es. El orden es un orden lógico pero no indica nada. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible.

Casos en los que faltan esos elementos

El elemento acción falta en muy pocos casos porque en sentido penal la acción es una conducta humana voluntaria y en Derecho penal el término voluntario es tan amplio que quedan muy pocas posibilidades de que las acciones sean involuntarias. Las conductas humanas no voluntarias son únicamente aquellas en las que el autor actúa forzado físicamente a realizar una conducta. Por ejemplo en el caso de una amenaza como si no realizas una determinada conducta, te mato, desde el punto de vista penal es una conducta voluntaria porque tiene alternativa de hacer otra cosa frente a la amenaza. Desde ese momento existe acción pero luego se verá que no es culpable, tendrá eximentes, etc. Aunque esté condicionada moralmente, es voluntaria penalmente. Los casos en los que falta la acción son sólo los casos en los que existe fuerza física irresistible, cuando se impide a una persona realizar una actividad.

El segundo elemento que la conducta sea típica, que esté descrita por la ley penal, no existe este elemento cuando esa conducta no encaja exactamente en algún precepto del Código Penal. Sería una conducta atípica y no sería delito.

Si la conducta es típica, está descrita en el Código Penal es porque es contraria a derecho, es antijurídica. En principio toda conducta típica es contraria a derecho. Es así por regla general pero en casos concretos puede no ser así, puede suceder que una conducta típica no sea contraria a derecho. Sucede si en el caso concreto existe alguna causa de justificación. Las causas de justificación hacen que una conducta típica, por ejemplo matar a otra persona, no sea contraria a derecho, por ejemplo si se hace en legítima defensa, ese derecho de defensa puede llegar hasta la muerte del agresor que con determinadas condiciones y requisitos puede llegar a ser una conducta justa. Esos requisitos hacen que esa conducta sea aprobada por el ordenamiento jurídico.

El elemento culpabilidad puede faltar cuando la persona no tenga capacidad, por ejemplo si padece esquizofrenia esa persona no tiene capacidad para comprender el sentido de sus actos y por tanto no se le puede reprochar penalmente su conducta y por consiguiente esa persona no será culpable.

Las consecuencias son distintas si comparamos la falta de los dos elementos anteriores:

- ◆ en el caso del que comete una acción típica en legítima defensa, esa persona realiza una conducta lícita, no hay ninguna responsabilidad
- ◆ en el caso del esquizofrénico, éste no realiza una conducta lícita, no es una conducta justa, no se la justifica sino que se la disculpa, hay causas de exculpación. Aunque no tiene responsabilidad penal sí tiene responsabilidad civil, tiene obligación de indemnizar. Además se le pueden imponer unas medidas de seguridad como por ejemplo el internamiento en un centro de salud mental.

La punibilidad puede faltar en aquellos casos en los que el legislador reconoce los cuatro elementos anteriores pero decide no imponerle pena al acusado. Fundamentalmente son casos de utilidad porque al legislador le parece más conveniente, por pragmatismo, por afán práctico, no imponerle pena al culpable en algunos casos concretos.

10-12-01

Para poder decir que una persona es culpable son necesarios tres factores:

1. – Imputabilidad lo que significa que esa persona tiene capacidad de entender y de querer, capacidad de comprender el sentido de sus actos.

2. – Hace falta que existan las formas de culpabilidad que son dos, bien por dolo, bien por culpa:

- ◆ **dolo** que sería algo parecido a intención

- ♦ **culpa** que sería imprudencia, negligencia.

Si faltan se entraría en el llamado caso fortuito al no haber por parte del autor ni dolo ni culpa.

3.– Exigibilidad, exigibilidad de una conducta distinta a la que se ha realizado. Esto quiere decir que en aquellos casos en que una persona comete un delito pero no se le podría exigir otra cosa, esa persona no sería culpable. Sería, por ejemplo, los casos de miedo insuperable, casos en los que una persona que en una situación de miedo insuperable y una vez probada esa situación, por supuesto, los tribunales acuerdan que no se le podría exigir a esa persona un comportamiento distinto y por tanto esa persona no es culpable.

Es importante distinguir estos casos de aquellos casos en los que existe una causa de justificación porque los efectos son distintos. Supongamos una persona que comete un delito:

- ♦ si se trata de legítima defensa, la conducta realizada por la persona sería conforme a derecho, no se trataría siquiera de una conducta reprochable.
- ♦ Si se trata de una situación de miedo insuperable, la conducta sigue siendo no conforme a derecho pero se la disculpa.

El concepto de delito fue creado por la doctrina alemana y habría, por tanto, que ver si se corresponde con lo que dice nuestro ordenamiento jurídico, con lo que dice nuestro Código Penal. El artículo 10 del Código Penal dice: *Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*. Esta definición recoge el primer elemento acciones y omisiones. La expresión que utiliza el Código Penal *penadas por la Ley* expresa la punibilidad pero también se puede entender recogida la tipicidad ya que cuando la ley decide penar una acción es porque la está describiendo y esto incluye también la antijuridicidad. Recoge también parte de la culpabilidad. El resto del contenido de la culpabilidad hay que buscarlo en el artículo 20 del Código Penal en el que se establecen las causas que eximen de responsabilidad criminal y que pueden responder a diferentes razones, bien porque falta la imputabilidad, bien porque falta la exigibilidad. Esto quiere decir que el elemento culpabilidad hay que buscarlo en el artículo 10 y el resto hay que deducirlo del artículo 20 que establece:

Están exentos de responsabilidad criminal:

1º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida

inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5° El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

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

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6° El que obre impulsado por miedo insuperable.

7° El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.

II. Sujetos y objetos del delito.

• Sujeto activo y pasivo

Cuando hablamos de sujetos estamos hablando de sujeto activo y pasivo. Sujeto activo es quien realiza la acción típica, es decir, la acción descrita en el precepto penal correspondiente. No se debe confundir sujeto activo con autor del delito pues son dos conceptos distintos aunque la mayoría de los casos coinciden. La distinción parte de que mientras sujeto activo es el que realiza la acción, autor del delito es la persona criminalmente responsable.

Ejemplo: una persona que mata a otra en una situación de un proceso psíquico grave. El sujeto activo es esa persona pero el autor del delito no es él porque padece un desequilibrio psíquico.

Hay sin embargo personas que no son sujetos activos y sí son autores del delito. Es el caso del **autor mediato**, figura bastante compleja que representa al que realiza el delito por medio de otra persona a la que utiliza como instrumento.

Ejemplo: D le entrega a un amigo M una maleta para que se la lleve al extranjero. M no sabe lo que contiene la maleta pero en ella hay droga. M es el sujeto activo, es el que materialmente comete el delito de tráfico de drogas. D que solamente entrega la maleta a M no ejecuta la acción, es el autor mediato, es el responsable, autor del delito, responsable penalmente.

Otro problema es el derivado del hecho de que sujeto activo del delito puede ser sólo la persona humana y esto plantea problemas graves. Se trata de los delitos cometidos por personas jurídicas (empresas mercantiles, sociedades, ...). Suelen ser delitos de graves consecuencias, con repercusiones económicas muy graves. Sujeto activo solo puede ser la persona física, nunca puede ser la persona jurídica, hay un viejo principio que se basa en que las sociedades no delinquen, no pueden cometer delitos (pero sí sus directivos). La cuestión es bastante compleja porque los códigos penales están siempre con la idea de que las sociedades no pueden cometer delitos y están pensados para el

delincuente individual y eso traducido a la delincuencia económica supone que estaría pensado para los pequeños comerciantes que en caso de quiebra responden con sus bienes pero no para las grandes sociedades que si quiebran, quien quiebra es la sociedad, no los gerentes de las mismas que muy por el contrario suelen beneficiarse de ello. El problema es que una enorme S.A. cuando quiebra, los directivos de esa S.A. no quiebran con su dinero sino que quiebran con el dinero de los accionistas de esa S.A. y eso no entra dentro del sistema del Código Penal, el Código Penal no tiene recursos para hacer frente a esa delincuencia económica, es muy difícil en un caso de estos pedir responsabilidad penal y por eso se ha incorporado el artículo 31 del Código Penal, sin cuya existencia sería imposible pedir responsabilidad a esas personas. Dicho artículo 31 del Código Penal establece:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en el las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido que es lesionado o puesto en peligro por el delito. En un delito contra el patrimonio como es el robo, el sujeto pasivo es el titular de la propiedad de la cosa que se ve perjudicada.

Hay que hacer una matización importante que es distinguir entre sujeto pasivo y perjudicado pues a veces no coinciden. Perjudicado es el que sufre los perjuicios derivados del delito. En el caso del robo, el sujeto pasivo y el perjudicado es el mismo. Sin embargo en el caso del homicidio, el sujeto pasivo es la persona a la que se le ha dado muerte y perjudicado, desde el punto de vista jurídico, es la familia de la víctima. El perjudicado es la persona que tiene derecho a la responsabilidad civil ya que un delito además de llevar aparejada la responsabilidad criminal lleva también la responsabilidad civil, es decir, la posibilidad de solicitar una indemnización.

Otro problema que hay que mencionar es lo que se conoce con el nombre de sujeto pasivo masa que aparece en los delitos masa, delito que se dirige contra una cantidad elevada de personas, contra una serie indeterminada de personas, una amplia cantidad de destinatarios, no precisados en muchos casos. A efectos penales se considera que forman un único sujeto pasivo, un sujeto pasivo masa.

Sería el caso, por ejemplo, de las estafas en las gasolineras, una gran cantidad de pequeñas estafas individuales con un amplio abanico de sujetos pasivos pero que a efectos penales se considera como un único sujeto pasivo y por lo tanto se juzga como un único delito por la cantidad total, sumadas todas las estafas individuales.

8-01-02

• Objeto material y jurídico

El objeto del delito puede ser material o jurídico:

- ◆ el **objeto material** es la persona o cosa sobre la que recae la acción delictiva. A veces coincide el objeto material con el sujeto pasivo pero no tiene por que ser así. Coincide por ejemplo en el homicidio pues el sujeto pasivo es la persona a la que se le quita la vida y el objeto material también es la víctima, pero en otro tipo de delitos no coincide. Por ejemplo en el robo el sujeto pasivo es la persona que sufre el robo y el objeto material es la cosa robada en sí.
- ◆ El **objeto jurídico** es el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito. Es ese concepto de bien jurídico ya mencionado, es decir, un bien jurídico es aquel bien que tiene un

valor muy importante socialmente considerado.

III . Clasificaciones del delito.

Hay varios criterios de clasificación pero nos vamos a limitar a los más prácticos.

1) Atendiendo a la gravedad del delito tenemos:

◆ delitos

◆ faltas

Normalmente todos utilizamos el término delito en sentido genérico incluyendo a todo a los delitos y a las faltas pero ambas cosas son diferentes. Técnicamente habría que hablar de infracciones penales en vez de delito cuando se hable en sentido genérico. En el Código Penal vigente, en el artículo 13 se definen tres categorías:

– delitos graves

– delitos menos graves

– faltas

Así el artículo 13 del Código Penal establece:

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

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

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

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

Es una distinción puramente cuantitativa que se basa únicamente en la gravedad del delito y no hay otra distinción. En esencia los delitos y las faltas son iguales, deben de tener los mismos elementos, la única diferencia es que unas son más graves que las otras y ello se reflejará en la pena. El artículo 33 del Código Penal es el que contiene todas las penas que se pueden imponer en el sistema penal vigente. Evidentemente el Derecho penal se limita a intervenir contra las conductas más reprobables tal y como expresa el principio de intervención mínima. El problema es que al llegar a las faltas, en los códigos penales españoles tradicionalmente, nos encontramos con muchas infracciones que realmente tenían muy poca gravedad y por tanto era discutible si había que acudir al Código Penal para castigar esas conductas. En los últimos años y con las últimas reformas cada vez se van eliminando más faltas y por tanto aparecen ya muy pocas en el Código Penal vigente.

2) En función del sujeto activo, del que realiza la conducta delictiva tenemos:

◆ **delitos comunes:** tienen un sujeto activo indiferenciado

◆ **delitos especiales:** tienen un sujeto activo diferenciado

Los delitos comunes son los que tienen un sujeto activo indiferenciado, lo que quiere decir que son delitos que puede cometerlos cualquiera, puede ser sujeto activo de ese delito cualquier persona pues el Código Penal no establece ninguna condición. Por ejemplo, el homicidio es un delito común.

Los delitos especiales son aquellos que tienen un sujeto activo diferenciado, es decir, el Código Penal establece algunos requisitos, condiciones para poder ser sujeto activo y sólo puede serlo el que reúna

esos requisitos o condiciones. Por ejemplo, el artículo 446 del Código Penal que castiga al *Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta*, exige que el sujeto activo sea juez, sino no se trataría de este delito.

Dentro de los delitos especiales se distingue a su vez entre dos:

- ◆ **delitos especiales impropios:** son aquellos que tienen correspondencia con algún delito común. Por ejemplo el artículo 180.4 del Código Penal que regula el delito de agresión sexual cuando concurre la circunstancia: *Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*. El Código Penal regula aquí un caso en el que el legislador establece una condición especial, exige el dato específico de parentesco, pero es impropio porque es paralelo al delito común de agresiones sexuales.
- ◆ **delitos especiales propios:** son aquellos que no tienen correspondencia con ningún delito común. Por ejemplo la prevaricación del artículo 446 mencionada anteriormente es un delito especial y propio porque no hay en el Código Penal ningún delito común parecido que sea prevaricación.

Cuando son varias las personas que intervienen en un delito es cuando surgen los problemas pues puede ser que algunas personas reúnan las condiciones y otras no para el tipo de delito.

3) Por la acción y el resultado tenemos:

– **delitos de mera conducta**, también llamados **de mera actividad o formales**

– **delitos de resultado o materiales**

Los delitos de mera conducta, de mera actividad o formales son aquellos que se consuman por la simple realización de un determinado comportamiento o conducta. El ejemplo más clásico es el delito de tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, es decir, la tenencia ilícita de armas, regulado en el artículo 564 del Código Penal. No es necesario que se utilice el arma sino que constituye delito la simple tenencia del arma.

Los delitos de resultado o materiales son aquellos que exigen para la consumación del delito que como consecuencia del comportamiento del sujeto se produzca un determinado resultado. Son la inmensa mayoría de los recogidos en el Código Penal: homicidio, robo, ...

La distinción es una distinción que se refleja a veces en que en los delitos de mera conducta normalmente no son posibles las formas imperfectas de ejecución como la **tentativa**.

4) En función del ataque al bien jurídico se distingue entre:

– **delitos de lesión**

– **delitos de peligro**

Los delitos de lesión son los que exigen para su consumación que se produzca un daño efectivo. Por ejemplo, en el caso del artículo 138 del Código Penal que regula el homicidio hace falta que se produzca ese daño. La mayor parte de los delitos del Código Penal son delitos de lesión.

Los delitos de peligro son los delitos que para la consumación requieren solamente que la conducta suponga la probabilidad de un daño, que la conducta suponga un peligro. Esto supone un peligro ya

que hay una tendencia constante al aumento de los delitos de peligro, lo que refleja la tendencia intervencionista del Estado en la medida en que lo que hacen es adelantar las barreras penales antes de que se produzca el daño. Dentro de estos delitos de peligro tenemos:

– **delitos de peligro concreto** que son los que exigen la creación real de un peligro. El ejemplo más clásico es el artículo 381 del Código Penal que establece:

El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

Se exige que haya supuesto un peligro para la integridad de alguien. Eso supone que para castigar esa conducta hay que probar que ese peligro real ha existido. Como precisamente esos delitos de peligro concreto exigen la prueba de ese peligro es por lo que ha ido apareciendo otro tipo de delitos de peligro que son

– **delitos de peligro abstracto** que son para los que la ley presume que una determinada conducta es peligrosa, puede suponer un peligro. El artículo 379 del Código Penal contiene un delito de peligro abstracto:

El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Aquí hay un problema pues el Derecho penal interviene contra conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico y por definición en los delitos de peligro abstracto no se establece que la conducta ponga en peligro nada, por lo menos no es necesario probarla. Por eso ha sido una figura muy criticada y por eso han llevado a la creación de una variante de delitos de peligro abstracto. Esa figura conocida como **delitos de peligro hipotético o potencial** exige, para la consumación, que la conducta sea apta para causar un daño. Así el artículo 359 del Código Penal establece:

El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años.

Este artículo 359 exige la prueba, hay que probar que la conducta es idónea para producir un resultado dañoso.

En el delito de peligro abstracto no hay que probar nada, en el delito de peligro concreto sí que hay que probar.

9-01-02

5) Por razón del modo de persecución se distinguen fundamentalmente dos grandes grupos de delitos:

– **delitos públicos:** perseguibles de oficio

– **delitos privados:** perseguibles a instancia de parte

Los delitos públicos son aquellos cuya persecución corresponde de oficio al poder judicial desde el momento en que el mismo tenga conocimiento de su comisión. En el sistema procesal español, los jueces, el poder judicial tiene la obligación de perseguir todos los delitos de los que tenga conocimiento. El sistema procesal español se rige por el principio de legalidad, desde que la ley dice que esa conducta es delito, los tribunales tienen que perseguirla. En EEUU el sistema procesal se rige por el principio de oportunidad, se persigue un delito si es oportuno. En España, teóricamente al menos, eso no es posible. La mayoría de los delitos contenidos en el Código Penal son delitos públicos, aunque la persona afectada no quiera perseguirlo, el poder judicial tiene la obligación de hacerlo.

Los delitos privados, también llamados delitos perseguibles a instancia de parte, son aquellos que solamente la persona afectada o su representante legal puede iniciar la persecución de tal forma que si por la razón que sea no quiere hacerlo, entonces ese delito nadie puede perseguirlo. Los delitos privados tienen un origen que ha ido cambiando a lo largo del tiempo. Tradicionalmente eran los delitos que afectaban a aspectos muy personales (por ejemplo delitos contra el honor, las injurias, las calumnias, delitos contra la libertad sexual,...). La explicación tradicional de por qué existen delitos privados es porque afectan a aspectos de la personalidad pero dado que los procesos penales suponen la publicidad de ese delito, eso podría suponer un perjuicio añadido ya que además de sufrir los daños del delito, sufriría también los de la difusión del mismo. Por tanto se consideraba que debía dejarse la decisión, de acudir a los tribunales a denunciar dicho delito o no acudir, a la persona afectada. Hoy las cosas han cambiado bastante, en los Códigos Penales actuales y en el Código Penal español se observa un incremento del número de delitos privados y eso ocurre por una simple razón de economía procesal porque si depende del particular afectado la persecución del delito eso supone que habrá casos en los que la persona afectada no quiera perseguirlo lo que repercutirá en menos trabajo para los juzgados que ya están bastante saturados. Se trata de economía procesal. El número de delitos privados crece pero nunca alcanzan esta categoría los delitos más graves. Hay también una presión social muy fuerte a la reducción de delitos privados por varios argumentos:

- ◆ los delitos privados tienen siempre un riesgo de someter a la víctima a una situación de presión muy fuerte para que no denuncie
- ◆ por otro lado, dejar en manos de la persona afectada la persecución o no de un delito puede dar lugar a una concepción comercial del proceso penal ya que la víctima puede hacer negocio con el demandado, renunciando a denunciarlo si le entrega xx cantidad de dinero, por ejemplo.

En esta situación lo que sucede es que en el Código Penal español se ha empezado a utilizar la solución intermedia que es la categoría que se conoce como **delitos semi-públicos**. Se puede ver con un ejemplo, el artículo 191.1 del Código Penal que dice:

Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

Por tanto para proceder por el delito de agresiones en principio le corresponde la decisión a la víctima. Si la víctima no quiere perseguir esos delitos, el Ministerio Fiscal puede decidir si intervenir o no. Esto es lo que los convierte en delitos semi-públicos. El poder judicial en los delitos públicos tiene la obligación de perseguirlos y en estos tiene la posibilidad, puede perseguirlos o no.

El número de delitos privados que contiene el Código Penal vigente ha crecido bastante en el sentido que, por ejemplo, hoy pertenecen al campo de los delitos privados los cometidos por una sociedad

anónima, los delitos contra el patrimonio por daños imprudentes, las faltas pasan a tener la consideración de privadas. Los delitos privados se pueden perseguir mediante denuncia o querrela. Lo normal y más corriente es una denuncia. La diferencia entre ambas es de tipo formal: la querrela requiere un escrito firmado por un abogado y un procurador mientras que la denuncia no necesita un escrito con tantas formalidades.

FIN

TEMA 6 .– LA ACCIÓN

I. FORMAS DE LA ACCIÓN: ACCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO Y OMISIÓN

II. LAS DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN

Uno de los elementos del delito es la acción ya que definíamos el delito como una acción típica, antijurídica, culpable y punible. El concepto de acción que vamos a ver es el concepto causal de acción. Hay otro concepto de acción, el concepto final de acción, más exacto, más moderno, más técnico pero mucho más complejo. El concepto causal de acción parte de decir que la acción, desde el punto de vista penal es una conducta humana voluntaria. Conducta humana, no ideas ni pensamientos. Conducta humana, no de un animal ni de una cosa. En cuanto al concepto de voluntaria hay que matizar que hay que entenderla en sentido amplio: conducta humana no forzada. En el momento en que hay una mínima capacidad de decisión, desde ese momento es voluntaria. Lo que se quiere decir es que existe acción no que tenga responsabilidad. Eso es lo que en Derecho penal se llama comprobar que existe un **IMPULSO DE VOLUNTAD**. Eso quiere decir:

- 1) El contenido de esa voluntad no interesa, no interesa saber lo que el sujeto quería o pretendía.
- 2) La mayoría de los delitos son delitos de resultado y entonces se puede decir que la acción es una conducta humana voluntaria que causa un resultado (el nombre de concepción causal de la acción viene de ahí). Tiene que existir una relación de causalidad entre esa conducta humana voluntaria y el resultado, tiene que poder decirse que esa conducta humana voluntaria ha provocado ese resultado para que exista acción.

III. LA ACCIÓN Y SUS ELEMENTOS

Los dos elementos de la acción que hemos visto son:

- 1) que exista una voluntad
- 2) que exista una manifestación de esa voluntad, que se manifieste al exterior de alguna manera.

Estos dos elementos serían suficientes para decir que existe acción en esos delitos de mera conducta o formales. Pero la inmensa mayoría de los delitos contenidos en el Código Penal son del tipo de delitos de resultado y para eso hace falta un tercer elemento

- 3) que exista un resultado que se entiende de la forma posible, cualquier modificación puede ser un resultado.

Y un cuarto elemento

- 4) tiene que haber un nexo causal entre la conducta y el resultado. La determinación de ese nexo causal es muy compleja y ha dado lugar a una amplia jurisprudencia.

Vamos a ver varios casos de ejemplos:

- 1) caso de una persona que mata a otra de un disparo con escopeta a 3 m de distancia. El nexo causal es claro en este caso.
- 2) caso de una conducción de un coche con conducta imprudente que tiene el resultado de un peatón muerto. También hay nexo causal claro. Se plantea, sin embargo, un problema: la acción es conducta humana voluntaria y en la conducta de ese conductor no hay voluntad de atropellar a ese peatón pero cuando se dice conducta humana voluntaria no se quiere decir la voluntad de causar un resultado sino que en este caso sí realiza una conducta voluntaria: conducir de forma imprudente o conducir a más velocidad de la permitida sí son acciones voluntarias.
- 3) Caso de una discusión entre dos personas, llegan a las manos y uno de ellos le da un golpe al otro en el estómago (un golpe que de por sí no causaría la muerte) con el resultado de que éste muere. En la autopsia se ve que la persona murió por un fallo del corazón pues esa persona ya padecía esa enfermedad. El nexo causal no está claro.
- 4) Caso de un enfermo que es trasladado en una ambulancia al hospital. En el trayecto la ambulancia tiene un accidente y el enfermo muere a causa de ese accidente. Caso que se planteó en Alemania.

14-01-02

Una enorme cantidad de sentencias de los tribunales se basa en el nexo de causalidad. Es un problema que interesa mucho a los tribunales, no es fácil de resolver. Hay muchos criterios que tratan de resolver este nexo de causalidad. Vamos a ver dos de esos criterios.

1) **Teoría de la equivalencia de las condiciones o teoría de la condición.** Es el criterio más clásico, más extendido durante años y más sencillo. Esta teoría se caracteriza porque utiliza un concepto estrictamente jurídico. De acuerdo con eso todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado tienen el valor de causa de ese resultado, todas las condiciones son equivalentes y naturalmente si suprimimos mentalmente una de esas condiciones, entonces el resultado no se habría producido. Traducido esto a los casos de Derecho penal significa que una determinada conducta será causa de un resultado cuando si suprimimos mentalmente esa conducta no se habría producido ese resultado.

En el caso de los golpes, los golpes son consecuencia de ese resultado, si no le hubiera dado los golpes no se habría producido el resultado. Hay una relación de causalidad entre la consecuencia y el resultado.

Es esta una teoría amplísima que se puede llevar hasta el infinito.

Por ejemplo en el caso del que dispara con una escopeta provocando la muerte de una persona, el nexo causal es claro, si no le hubiera disparado no le hubiera provocado la muerte a esa persona. Pero además si vamos hacia atrás si no le hubieran vendido esa escopeta tampoco se habría producido dicho resultado,..... y así hasta el infinito.

Los tribunales que utilizan esta teoría se dan cuenta del problema que implica el uso de la misma. Conviene recordar que de lo que se trata es de saber si existe acción o no; el decir que existe nexo causal no quiere decir más que existe una acción pero no quiere decir que el que realiza esa acción sea penalmente responsable del delito, eso habrá que verlo después, si hay culpabilidad o no. Sólo es una teoría para examinar si existe acción o no. No siempre es fácil o posible hacer esa reducción en el plano de la culpabilidad, es una teoría muy clara en la teoría pero no tanto en la práctica.

2) **Teoría de la imputación objetiva.** Es el segundo criterio que se utiliza, más complejo. Parte de la misma idea, el mismo concepto de causa: todas las condiciones pueden ser causa del resultado. Lo que dice esta teoría es que decir que existe nexo causal (es decir, una conducta ha producido un resultado) no es suficiente para decir que existe acción. Para que exista acción es preciso que ese resultado materialmente causado, concreto, pueda ser imputado objetivamente al autor. Esa imputación objetiva se puede hacer fundamentalmente sobre dos ideas:

&Sobre la idea de la creación de un riesgo no permitido

&Sobre la idea del incremento del riesgo.

%No existirá acción en aquellas conductas inadecuadas para causar el resultado porque ese resultado no ha podido ser previsto por el hombre prudente, por el hombre medio.

Sería en el caso de la muerte del enfermo en la ambulancia, el resultado final de muerte no puede ser imputado objetivamente al sujeto porque ninguna persona prudente hubiera previsto esa posibilidad.

%No existirá acción en conductas peligrosas ejecutadas de forma prudente aunque haya relación de causalidad con el imputado, aunque haya provocado el resultado. Son los **casos de riesgo permitido**: casos, muy corrientes, de accidentes de tráfico.

Sería el caso de un conductor que circula prudentemente pero tiene un accidente y atropella a alguien. Aunque haya relación de causalidad clara ese resultado no le será imputado objetivamente, no será responsable penalmente.

%Existen también los **casos de riesgo no permitido**: la conducta peligrosa se realiza de forma imprudente. En principio el resultado producido sí podrá ser imputado objetivamente. Tenemos el conductor imprudente que causa un daño, hay relación de causalidad y además es responsable penalmente. Hay casos en los que el resultado no le será imputado objetivamente al sujeto, serán casos excepcionales en los que el resultado producido no está dentro de los que la norma trata de evitar.

Sería el caso de un conductor de camión que circula a velocidad excesiva (riesgo no permitido). Una persona que se quería suicidar se atraviesa delante del camión y muere. Ese resultado de muerte no le puede ser imputado objetivamente al conductor del camión porque ese resultado de daño producido no está dentro de los riesgos a evitar. En este caso las normas de tráfico no están para evitar suicidios, están para otra cosa.

%Un tercer caso es que tampoco existe acción en aquellos casos en los que se puede establecer que el resultado producido por la conducta incorrecta se habría producido exactamente igual aunque la conducta hubiera sido correcta. Todos estos casos son muy frecuentes en la práctica, son **casos de incremento del riesgo** lo que significa que para que exista acción es preciso que la conducta del sujeto haya supuesto un incremento del riesgo.

Sería el caso en que se declara probado que el ciclista conducía de forma zigzagueante, sin luces a las 12 de la noche. Un camión adelanta al ciclista de forma no reglamentaria pues había línea continua en ese tramo. Al adelantar le da la caja del camión al ciclista muriendo éste.

Hay relación de causalidad pero ese resultado de muerte no se puede imputar objetivamente al camionero porque aunque la maniobra se hubiese hecho reglamentariamente, es decir, sin pisar la línea continua, el resultado hubiera sido el mismo. Responderá el camionero por conducción temeraria pero no por el resultado de muerte.

¿Qué dicen los tribunales? El Código Penal no dice nada, no establece ninguno de estos criterios, todo es elaboración de los tribunales. Los tribunales españoles, el Tribunal Supremo en concreto, tradicionalmente y hasta hace pocos años ha mantenido siempre la Teoría de la equivalencia de las condiciones. En los últimos años, sin embargo, han empezado a introducir algún otro criterio y más últimamente sobre todo la Teoría de imputación objetiva. La mayoría de las sentencias seguían la Teoría de la equivalencia de las condiciones que la formulaban de la siguiente forma: **CAUSA CAUSAE CAUSA CAUSATI**, es decir, la causa de la causa es causa del mal causado. Lo que ha tratado siempre el Tribunal Supremo es limitar de alguna forma el alcance de la Teoría de la equivalencia de las condiciones y normalmente para ello acude a la idea de **accidente extraño**. Dice el Tribunal Supremo que no hay nexo causal en aquellos casos en los que el resultado es debido a un accidente extraño. Pero ¿qué es un accidente extraño? Depende de los casos, puede decirse que el Tribunal Supremo considera que no es accidente extraño, por tanto no se rompe el nexo causal y por tanto existe acción cuando hay factores extraordinariamente persistentes a la acción. Serían por ejemplo lesiones orgánicas anteriores como en el caso del que se muere con unos pequeños golpes porque ya padecía del corazón.

Por el contrario sí son accidente extraño, es decir, rompen el nexo causal y por tanto no existe acción: los hechos posteriores a la acción, sean de la propia víctima o de un tercero siempre que sean intencionales.

Sería un caso de principios del siglo XX, un problema entre dos vecinos por una finca. Uno de ellos le causó heridas leves al otro y este último con la idea de perjudicar al vecino que lo agredió se aplicó arañas en las heridas para causar una infección con el resultado de muerte. En ese caso el Tribunal Supremo lo considera como accidente extraño rompiendo por tanto el nexo causal.

Hay algunas sentencias de los tribunales que consideran accidente extraño las conductas posteriores de la víctima o de un tercero imprudentes. Depende del caso, son muy frecuentes, por ejemplo en los casos de conducta negligente de la víctima al no seguir correctamente el tratamiento o conducta negligente del médico.

También hay sentencias que consideran que rompen el nexo causal las circunstancias posteriores fortuitas sobrevenidas. Aquí también hay variedad de sentencias, por ejemplo el caso alemán de la ambulancia que tiene un accidente de tráfico.

15-01-02

IV. LA OMISIÓN: CONCEPTO Y NATURALEZA

Vamos a ver la diferencia entre dos casos planteados:

- 1) El caso de un conductor que se encuentra a una persona herida de gravedad pero el conductor decide no hacer nada, seguir adelante y el herido se muere.
- 2) El caso de una mujer que da a luz a un hijo y por ciertas razones, que no vienen al caso, esta mujer no le da ningún alimento ni cuidado y el bebé se muere.

Pueden parecer dos casos similares pero son profundamente distintos y por lo tanto tienen consecuencias jurídicas diferentes. En el fondo resultan parecidos porque los dos casos pertenecen al campo de los delitos de omisión pero son distintos porque ambos casos reflejan las dos clases fundamentales de omisión que dan lugar a consecuencias muy distintas. Estamos dentro de la acción y ese término acción tiene dos sentidos.

- ◆ estricto– indica una conducta activa
- ◆ más amplio– incluye tanto la conducta activa como la omisión que supone un no hacer algo que está impuesto por la ley.

Es importante tener en cuenta que una acción es sentido estricto supone la infracción de una norma prohibitiva: una persona que dispara sobre otra está infringiendo una norma que prohíbe matar e históricamente el Derecho penal estaba construido siempre como **normas prohibitivas**. Desde hace ya unos años empezaron a aparecer por los códigos penales otros tipos de normas: las **normas preceptivas**, normas que obligan a comportarse de una determinada forma. El tipo de conducta que corresponde a la infracción de esas normas constituye delito. Por ejemplo el artículo 195 del Código Penal vigente es un artículo que bajo la amenaza de una pena obliga a socorrer a las personas que se encuentran en peligro siempre que no suponga un riesgo para la persona que ayuda. Esa es la naturaleza de la omisión y cada vez con más frecuencia van apareciendo por los códigos penales.

V. LAS CLASES DE OMISIÓN

Hay dos clases de omisión:

- ◆ omisión simple
- ◆ la comisión por omisión (omisión impropia)

A) La omisión simple

La omisión simple consiste exactamente en no hacer algo establecido por la ley. La omisión simple es una manifestación más de los delitos de mera conducta que son los que se consuman simplemente con la conducta, se consuman con la simple conducta sin que haya resultado material, por ejemplo, la tenencia ilícita de armas, o también los delitos de simple inactividad, el no hacer nada. Eso traducido a la práctica quiere decir que para que exista un delito de omisión simple sólo hacen falta dos elementos:

- ◆ que exista una voluntad
- ◆ que exista una manifestación de esa voluntad (en ese caso, no hacer nada)

Ya no exige ningún resultado más.

En el primer caso, el del automovilista que pasa de largo, el delito se consuma con la inactividad pero el resultado final, la muerte o no del herido, no se tiene en cuenta a la hora del castigo. Se le castiga solamente por incumplimiento del deber de solidaridad, el resultado final no se le imputa.

B) La comisión por omisión

Los casos de omisión impropia, que es el nombre importado de Alemania, se conoce en España con el nombre de comisión por omisión. La comisión por omisión supone que:

1º –el sujeto no realiza una conducta que tiene el deber de realizar.

2º –como consecuencia (es importante) de esa inactividad se produce un resultado que el sujeto tenía el deber de evitar.

Esto ya se corresponde con los delitos de resultado, hacen falta cuatro elementos:

1 –voluntad

2 –manifestación de la voluntad

3 –resultado

4 –nexo causal

Significa que en la práctica los delitos de comisión por omisión son delitos equiparables a los delitos de resultado: al sujeto se le puede imputar, es decir hacer responsable, del resultado producido. La madre que deja morir a su hijo recién nacido se la considera responsable de un delito de homicidio igual que si lo hubiera matado con una conducta activa.

¿Por qué hay esa diferencia entre la omisión simple y la omisión impropia? Evidentemente la razón está en que en el segundo caso, en realidad, la madre está incumpliendo un deber esencial de evitar la muerte de ese hijo, se castiga el incumplimiento de un deber especial, por su vinculación con la víctima (vínculo madre–hijo) que no existe en el otro caso. Eso en Derecho penal se explica diciendo que en los delitos de omisión impropia, en los que existe una situación de garantía, el sujeto tiene un deber especial de garantizar que no se producirá un resultado dañoso. Entonces ese resultado dañoso le podrá ser imputado. La madre está en situación de garantía y por tanto sí se la hace responsable del hijo.

Por ejemplo, un caso en el que se está ahogando un individuo en una piscina. En el borde hay dos personas, una es un cliente de la piscina y otro un socorrista de esa piscina. Ninguno hace nada. De los dos:

- ◆ el bañista no está en situación de garantía (se le castigará por incumplimiento del deber de socorro pero no se le imputa el resultado)
- ◆ el socorrista sí está en situación de garantía, tiene un deber especial de evitar esas cosas. Si no hace nada se le hará responsable por el resultado producido: la muerte de la persona.

Lo que es importante aclarar es que ese especial deber de garantía en ningún caso se trata de un deber moral sino que tiene que ser un deber jurídico. Atendiendo a eso las situaciones de garantía posibles según la legislación vigente pueden nacer únicamente de tres fuentes distintas que son:

1º –la ley: en los casos en los que la propia ley es la que establece esos deberes jurídicos. El Código Civil es el que establece los deberes de los padres con respecto a sus hijos. El deber de garantía de esa madre nace del Código Civil, no es un deber moral.

2º –el contrato: hay determinados contratos que imponen esa especial obligación de impedir el resultado. El contrato del socorrista por el que se le paga le obliga a impedir que alguien se ahogue.

3º –lo que se conoce con el nombre de una actuación precedente del sujeto el principio de injerencia: en aquellos casos en los que una persona ha creado una situación de peligro entonces esa persona está, en principio, en situación de garantía, tiene un especial deber de evitar que como consecuencia de esa situación de peligro se produzca un resultado dañoso. Por ejemplo es el caso del dominguero que hace un fuego en el monte, tiene la obligación de vigilarlo para evitar resultados dañosos, por ejemplo, un incendio.

Así el artículo 11 del Código Penal dice:

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*

- *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*

VI. AUSENCIA DE ACCIÓN

Los casos de ausencia de acción son aquellos en los que falta el primero de los elementos del delito: **no hay acción ni omisión. Si la acción es una conducta humana voluntaria, falta la acción cuando se trate de una conducta humana que no sea voluntaria. Desde el punto de vista penal, el concepto de voluntario se interpreta en el sentido más amplio posible. Voluntario es todo lo que no es absolutamente forzado. Mientras que haya una mínima capacidad de decisión la conducta será voluntaria.**

Por ejemplo, una conducta realizada bajo amenaza es conducta voluntaria porque el sujeto siempre tiene una mínima capacidad de oponerse a la acción. Si existe capacidad de decisión, aunque sea mínima, la conducta es voluntaria.

Hay pocos casos posibles de ausencia de acción, la mayoría son puramente teóricos:

- **movimientos reflejos**
- **estados de inconsciencia**
- **casos de fuerza irresistible**

A) Movimientos reflejos

Son respuestas automáticas a un estímulo y en la medida en que son automáticos se supone que no interviene la voluntad del sujeto. Por ejemplo, si una persona retira la mano de un hierro al rojo vivo y en esa retirada rompe un objeto valioso, no sería acción voluntaria. Otro caso es el de una sentencia del Tribunal Constitucional en el que se trata sobre un procesado y la víctima que después de beber unas copas se trasladan a la bodega de uno de ellos ...

B) Estados de plena inconsciencia

Las conductas realizadas en estado de inconsciencia no constituyen ilícito penal. Serían los casos de sonambulismo o hipnosis. En estos casos tampoco hay voluntad por parte del sujeto.

16-01-02

C) Fuerza irresistible

Los casos de fuerza irresistible son una causa de ausencia de acción que sí aparece con frecuencia. La fuerza irresistible es una causa de ausencia de acción porque se entiende que no existe voluntad por parte del sujeto, la voluntad está anulada. El Código Penal no dice nada de estos casos, por tanto hay que deducirlo de las sentencias de los tribunales que han ido elaborando una idea de lo que es fuerza irresistible. Para poder hablar de fuerza irresistible:

% ha de tratarse de una **fuerza** que tenga un origen **exterior** al sujeto. No se consideran casos de fuerza irresistible, los casos muy frecuentes, en los que se dice que el acusado actuó movido por una fuerza interior que no podía dominar, incontrolable, irresistible. Estos casos nunca se consideran como fuerza irresistible. En esos casos los tribunales entienden que en sujeto hay capacidad de voluntad, la voluntad existe pero está alterada. En esos casos existe acción pero al llegar a la culpabilidad se verá en que medida es culpable o no.

% ha de tratarse **fuerza física** de origen exterior. Con ello lo que hacen los tribunales es excluir todos los casos que se incluyen dentro de fuerza moral, aunque esa sea muy intensa. En todos esos casos de fuerza moral los tribunales entienden que el sujeto siempre tiene un margen de decisión, por tanto existe acción y al llegar a la culpabilidad se verá en que medida es culpable o no. Se planteó a veces la posibilidad de incluir aquí los casos de hipnosis como caso de fuerza irresistible pero en todos ellos se resolvió que no.

% ha de ser una **fuerza de carácter personal**, lo que hacen los tribunales es decir que solo es fuerza irresistible la fuerza causada por otra persona.

Por ejemplo, el caso de un conductor de un tranvía que al fallar la luz no puede controlar el tranvía y se produce un accidente con heridos. El tribunal entendió que no podía hablarse de fuerza irresistible porque existía acción pero la conducta era fortuita, era un hecho fortuito y por tanto no había responsabilidad ninguna.

En los casos de fuerza indirecta, casos en los que la fuerza proviene indirectamente de una persona se discute a veces teóricamente. Por ejemplo, hay un caso de la persona que le rompe los frenos al coche de otra persona. Cuando le fallan los frenos a esa persona, antes de caer por un precipicio, choca con alguien. Lo que se entiende en esos casos es que sí se podría considerar fuerza irresistible pues actuó una persona, pero todo esto es teórico de momento pues no se ha dado en la práctica.

% la **fuerza** ha de ser **irresistible**, que no se pueda resistir. Lo que se quiere decir es que esa fuerza tiene que anular por completo la voluntad del sujeto. En los casos en los que la fuerza sea irresistible, lo que hacen los tribunales es considerar que existe acción y al analizar la culpabilidad lo que hacen es en esos casos es alegar que concurre miedo insuperable. La responsabilidad criminal recae en la persona que ejerce la fuerza, es la criminalmente responsable. En los casos en los que aparece con más frecuencia la fuerza irresistible es en los delitos de omisión: es más probable que se le impida hacer algo ... a que se le obligue a hacer algo.

FIN

TEMA 7.– LA TIPICIDAD – ANTIJURIDICIDAD

I. LA TIPICIDAD

A) Concepto

Hay que recordar dos cosas:

- 1.– que el Derecho penal tiene carácter fragmentario lo que quiere decir que el ordenamiento penal no protege todos los bienes jurídicos sino que tiene que limitarse a proteger los más importantes.
- 2.– que incluso esos bienes esenciales no se pueden proteger contra todos los ataques posibles sino contra los ataques más reprobables.

Además de recordar la importancia del carácter fragmentario del Derecho penal hay que recordar que el principio de legalidad implica que todas las personas tengan la posibilidad de conocer, de saber cuáles son las conductas prohibidas y con qué pena se castigan; es la seguridad jurídica. Esos dos aspectos esenciales son los aspectos que se recogen en la tipicidad. Lo que hace el legislador es describir cuáles son las conductas prohibidas y las consecuencias jurídicas y eso es la tipicidad:

- ◆ descripción de las conductas prohibidas

◆ descripción de sus consecuencias jurídicas

El Derecho penal se compone de tipos, el libro II es un catálogo de tipos penales que son descripciones de conductas. Para que una conducta sea delito es imprescindible que sea tipo. Si no es así, si no está descrita, por muy grave que nos pueda parecer, esas conductas no son delito, no se pueden castigar.

De los muchos sentidos que tiene la palabra tipo el que nos interesa aquí es el de tipo de injusto, es el conjunto de características de acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad. Al describir una conducta nos está indicando que esa conducta es contraria a derecho. Se puede decir que un tipo penal tiene básicamente dos funciones:

- ◆ una **función de garantía**: un tipo penal es el instrumento necesario para recoger las garantías derivadas del principio de legalidad, recoger la existencia de seguridad jurídica
- ◆ una **función indiciaria**: una conducta que está descrita en un tipo penal indica que esa conducta es contraria a derecho, es antijurídica.

B) Elementos

El contenido de los tipos penales, fundamentalmente, puede (no tiene) contener dos clases de elementos:

1.– elementos descriptivos: exigen al juez una simple comprobación del hecho. Pueden, a su vez, ser de dos tipos:

– **elementos descriptivos objetivos** que son los que se refieren a datos o circunstancias del mundo exterior que son directamente perceptibles (artículo 346 del Código Penal: larga lista de elementos descriptivos objetivos sobre explosiones)

– **elementos descriptivos subjetivos** que son aquellos que se refieren al mundo psíquico del sujeto (puede ser que se refieran no al del sujeto sino al de una tercera persona). Por ejemplo el artículo 234 del Código Penal, parte del tipo penal del hurto, contiene elementos subjetivos, el ánimo de lucro a comprobar por el juez,....

2.– elementos normativos: elementos que están necesitados de una valoración por parte del juez (no comprobación). Puede haberlos de muchas clases. Lo importante es el criterio que tiene que utilizar el juez para hacer esa valoración del elemento normativo.

' Un primer grupo de elementos normativos es la que se hace en base a **criterios de experiencia**. Por ejemplo el artículo 382 del Código Penal:

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a ocho meses el que origine un grave riesgo de alguna de las siguientes formas:

1º Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización, o por cualquier otro medio.

2º No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.

Esa expresión *grave riesgo* es un elemento normativo, el juez tiene que valorar en cada caso concreto si se ha creado un riesgo y si eso es o no grave (gravedad gradual).

' Un segundo grupo de elementos normativos son aquellos en que la valoración se hace con **criterios**

jurídicos. Por ejemplo, el artículo 252 de Código Penal, que castiga el delito de apropiación indebida:

Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.

Cuando habla de *depósito necesario o miserable*, el juez tiene que valorar si existe ese depósito miserable y necesario. Para ello tiene que acudir al Código Civil.

' El tercer grupo de elementos normativos es aquel en que la valoración hay que hacerla de acuerdo con **criterios culturales**. Por ejemplo en el artículo 186 del Código Penal:

El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de seis a doce meses.

Cuando se habla de *material pornográfico* el juez es el que tiene que valorar lo que entiende por material pornográfico, se valorará el carácter de pornografía con criterios culturales, algo que varía según tiempo, lugar o costumbres.

Los tipos penales que contienen elementos normativos se conocen con el nombre de **tipos abiertos** porque se trata de tipos en los que el legislador no describe toda la conducta que quiere castigar, no da una descripción cerrada, es el juez el que tiene que completar la descripción de la conducta, deja al juez un margen para completarla. Los tipos abiertos suponen siempre un cierto peligro para el principio de legalidad. Por ejemplo, se castiga la venta de *material pornográfico*, esa expresión no es exacta, para un juez será una cosa y para otro, otra distinta. Son muy discutibles desde la perspectiva del principio de legalidad, son inseguros pero son también inevitables, en un Código Penal es imposible dar descripciones cerradas de todas las conductas.

22-01-02

Estructura de los tipos penales:

- a) sujetos y objetos del delito –ya se habló
- b) consecuencia jurídica –se verá más adelante
- c) conducta típica –es el núcleo del tipo penal, el núcleo esencial.

Existen tipos simples con una única conducta y tipos compuestos que contienen varias conductas.

Tipos simples: Se encuentran tipos básicos, cualificados o privilegiados.

1 –Tipos básicos: describen la forma más elemental de la conducta que se quiere castigar. Por ejemplo el artículo 138 del Código Penal sobre el homicidio: *El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.*

2 –Tipos cualificados: a la conducta del tipo básico le añaden algunos elementos que hacen que la conducta sea más rechazable y más grave. Por ejemplo el artículo 139 del Código Penal: *Será*

castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Con alevosía.

2ª Por precio, recompensa o promesa.

3ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

3 –Tipos privilegiados: a la conducta básica le añaden un elemento que hace la conducta menos reprochable. Por ejemplo el artículo 143 del Código Penal que habla de la eutanasia, la pena es menor que la del tipo básico.

Tipos compuestos: contienen varias conductas. Hay dos clases:

1 –Tipos complejos: con varias conductas en teoría, generalmente dos; que cada conducta por sí misma sería delito y el legislador las une y forma un solo delito y una única pena que no tiene por que ser la suma de las dos. El Código Penal vigente no tiene casos como el anterior. Por ejemplo el artículo 241 del Código Penal sobre robo y allanamiento de morada es un único delito con una única pena que no es la suma de dos penas.

2 –Tipos mixtos: con uso de conjunción o. Hay dos modalidades:

a) Tipos mixtos alternativos: las distintas modalidades de conductas son intercambiables, es indiferente que realice una, dos o todas, en cualquier caso, se impone sólo una pena. Por ejemplo el artículo 197 del Código Penal en el que hay una larga serie de conductas sobre el delito de descubrimiento y revelación de secretos que vulneren la intimidad de una persona, que afecten a datos de carácter personal; a efectos penales es indiferente que realice una o todas las conductas señaladas.

b) Tipos mixtos acumulativos: cada modalidad constituye por sí misma una unidad delictiva. El sujeto realiza tantos delitos como conductas realiza. No hay muchos ejemplos, uno de ellos es el artículo 432 del Código Penal sobre malversación de caudales públicos o consiente la sustracción. Si hace las dos conductas comete dos delitos.

II. AUSENCIA DE TIPICIDAD

En estos casos no hay delito, si la conducta es atípica no es punible. El artículo 4.2 del Código Penal dice: *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.*

Si un tribunal juzga una conducta no típica debe abstenerse (archiva el caso) y pide reforma al Gobierno del Código Penal.

No es típica una conducta cuando no encaja en ningún precepto del Código Penal y no se puede castigar. Hay algunos casos recientes, por ejemplo un delito fiscal del artículo 305 que castiga al que defrauda a la Hacienda Pública, si es por valor de 15 millones es delito, si es por valor de 14.999.999 es atípica, no es un delito de fraude a Hacienda y por tanto no se castiga penalmente, es una infracción administrativa con sanción económica considerable. En el Código Penal anterior no era típica la conducta de personas que ocupan viviendas abandonadas, sin causar daños ni violencia. Actualmente el artículo 245.2 sí la contempla: *El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o*

edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. Sobre las Comisiones de investigación del Parlamento se pidió crear el delito de falso testimonio por eso aparece recogido en el artículo 502.3 del Código Penal: El que convocado ante una Comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

III. LA ANTIJURIDICIDAD: CONCEPTO. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO.

Antijuridicidad significa literalmente contrario a derecho. Es el concepto formal, pero no indica nada sobre el contenido de esa conducta.

Un concepto material de antijuridicidad sería decir que una conducta es antijurídica cuando lesiona o pone en peligro bienes jurídicos.

La antijuridicidad, en realidad, consiste en un juicio de valor negativo – desvalor –. Además es un juicio de valor impersonal y objetivo, porque en principio el juicio de antijuridicidad se hace exclusivamente sobre el dato objetivo de la conducta. No se tienen en cuenta las circunstancias o datos del sujeto. Tipicidad y antijuridicidad son, en realidad, un único elemento. En principio toda conducta típica es antijurídica, conviene separarlas porque hay importantes excepciones en casos concretos.

Como juicio de valor objetivo hay excepciones en casos en los que para determinar si una conducta es contraria a derecho o no, es imprescindible contar con elementos subjetivos, que son los que hacen referencia a circunstancias del autor, son los **elementos subjetivos del injusto** porque forman parte del tipo de injusto. Si en un caso no existe desaparece el tipo de injusto. Por ejemplo dos conductas objetivamente iguales: coger dos paraguas ajenos, pero una persona lo hace por error y otra porque le gusta. Las conductas son iguales con un elemento, la intención del sujeto, que las hace distintas. Esta es la función de los elementos subjetivos del injusto, por eso interesa saber la intención del sujeto en algunos casos.

29-01-02

Los tipos penales que exigen elementos subjetivos del injusto se reúnen en tres grandes grupos:

1.- **Delitos de intención:** son aquellos que se caracterizan porque requieren un ánimo específico o una intención específica del sujeto. Por ejemplo el artículo 234 del Código Penal que castiga el apoderamiento de lo ajeno con ánimo de lucro, es hurto. Si no hay lucro, desaparece el elemento de lo injusto. Para la consumación no se exige la realización efectiva del ánimo de lucro, basta con realizar la conducta con la intención sin que llegue a obtener el lucro que se buscaba. Si estos elementos subjetivos no existen, la conducta ya no es típica, aunque ello no significa que la conducta sea correcta, por lo que puede haber responsabilidad civil, administrativa, ...Dentro de estos delitos hay algunas clases especiales:

1.1.- Delitos mutilados en dos actos: el sujeto realiza la conducta como medio para realizar él mismo otro acto posterior. Ese nombre viene de ese delito que se consuma en el primer acto, no hace falta el segundo. El ejemplo más claro de delito mutilado de dos actos es el artículo 386 del Código Penal que castiga a la persona que adquiere moneda falsa con el fin de ponerla en circulación. El sujeto realiza una primera conducta que es la adquisición de moneda falsa. El delito se consuma con la simple adquisición de la moneda falsa sin que sea necesario el segundo acto que es la finalidad: ponerla en circulación o distribuirla.

1.2.– Delitos de resultado cortado: se alude a los casos en los que el sujeto realiza una conducta con la idea de que produzcan unas consecuencias ulteriores. Es un delito de resultado cortado porque también se consuma con la realización de una conducta sin esperar a las consecuencias posteriores. En los delitos mutilados de dos actos el sujeto realiza una conducta para después él mismo realizar otra. En los delitos de resultado cortado el sujeto realiza una conducta para que después se produzcan unas consecuencias no realizadas por él. El ejemplo más sencillo es el artículo 284 que castiga a los que *difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación.* El sujeto realiza una conducta para que se produzcan consecuencias posteriores que no dependen de él directamente sino del mercado (por ejemplo difundir rumores de una empresa para influir en el valor de unas acciones que cotizan en bolsa y sacar algún tipo de beneficio). Se consuma el delito con la simple realización de la conducta inicial, no se precisan las consecuencias.

2.– **Delitos de tendencia**: son aquellos en los que la conducta expresa alguna tendencia interna del sujeto. El ejemplo más claro es el artículo 181 del Código Penal que castiga los delitos de agresiones sexuales.

3.– **Delitos de expresión**: son aquellos en los que hay una contradicción intencional entre lo que el sujeto hace y lo que el sujeto piensa. El ejemplo más claro es el artículo 458 del Código Penal que castiga el delito de falso testimonio, es decir el que declara en falso en un juicio intencionadamente: *El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.*

IV. Ausencia de antijuridicidad

Tipicidad y antijuridicidad son lo mismo porque en principio toda conducta típica es antijurídica, contraria a derecho. Pero esa regla general puede tener excepciones cuando en algún caso concreto existe alguna causa de justificación, en ese caso esa conducta típica deja de ser antijurídica, cuando hay una causa de justificación esa conducta deja de ser antijurídica pues le falta el elemento antijuridicidad y la consecuencia es que esa conducta deja de ser delito. Cuando existe una causa de justificación la conducta es plenamente lícita, justa y eso tiene consecuencias muy importantes. El hecho de que la conducta sea perfectamente lícita quiere decir que tampoco existe responsabilidad civil. Si la conducta es perfectamente lícita tampoco hay responsabilidad de ningún tipo por parte de las personas que participan en ese hecho. Cuando una persona actúa bajo una causa de justificación no tiene responsabilidad ni el sujeto ni las personas que actúan con él.

Las causas de justificación están recogidas en el artículo 20 de Código Penal y son :

- La legítima defensa (artículo 20.4)
- Estado de necesidad (artículo 20.5)
- Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de derecho,oficio o cargo(artículo 20.7)

Estas causas de justificación están recogidas en esos puntos del artículo 20, los otros puntos de este mismo artículo recogen causas que también eximen de la responsabilidad criminal pero por motivos distintos. Las otras causas que eximen de responsabilidad criminal no se basan en que la conducta no es lícita sino en que el sujeto no es culpable (por ejemplo por padecer de trastornos mentales) y por lo tanto tiene consecuencias distintas. Aunque en ambos casos no existe responsabilidad criminal, en el caso de los trastornos mentales puede tener responsabilidad civil mientras que en las causas de justificación de los puntos 4, 5 y 7 no. En el caso de los trastornos mentales, las personas que le ayudan sí tienen responsabilidad criminal aunque el sujeto no la tenga porque sigue siendo conducta

ilícita. En los casos de los puntos 4, 5 y 7 la conducta es lícita y eso también tiene otra consecuencia práctica importante que es que para considerar que una conducta típica sea justa se exigen unos determinados requisitos. No es fácil considerar justa una conducta típica, sólo si reúne las condiciones y requisitos establecidos puede apreciarse que esa conducta típica sea lícita.

En cuanto al fundamento de las causas de justificación hay que decir que tradicionalmente se han utilizado dos criterios:

% **Principio de ausencia de intereses.** Según este principio la acción típica se considera lícita porque en el caso concreto no existe un interés a proteger, no atenta contra un interés protegido.

% **Principio de interés preponderante.** Este principio parte de la idea de que en el fondo de las causas de justificación existe un conflicto de intereses. Cuando uno de esos dos intereses en conflicto tiene más valor que otro se dice que es lícito sacrificar el bien de menor valor para salvar el bien de mayor valor. Esta idea es la que en los últimos tiempos se dice que inspira todas las causas de justificación contenidas en el Código Penal.

Al margen de todo esto sí podemos decir que es cierto que detrás de toda causa de justificación siempre hay un choque de intereses.

A) Legítima Defensa

Legítima defensa es la defensa que es necesaria para rechazar una agresión injusta contra la persona, bienes o derechos de quien se defiende o de un tercero. Se regula en el artículo 20.4 del Código Penal.

Podemos preguntarnos por qué la legítima defensa es una causa de justificación. En la legítima defensa hay conflicto de intereses entre la persona que realiza la agresión, la que ataca que es el bien de menor valor y la persona que sufre la lesión injusta que es el bien de valor preponderante. En una situación de defensa legítima hay dos cosas:

- ◆ defensa de un interés particular privado: la vida, el patrimonio,...
- ◆ defensa del orden jurídico pues la persona que ejerce la legítima defensa está defendiendo el ordenamiento jurídico porque se defiende contra una situación injusta, está haciendo un papel que le correspondería hacer al Estado porque si un representante del Estado estuviera presente defendería a la persona que está siendo víctima de la agresión injusta. Por eso la conducta de legítima defensa es conducta lícita, aprobada por el Estado. Es lícita siempre que reúna los requisitos y condiciones especiales.

Esos requisitos exigidos por el Código Penal son tres:

- 1.- que exista una agresión ilegítima
- 2.- necesidad racional del medio empleado para la defensa
- 3.- falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende

Hay mucha jurisprudencia sobre estos casos de legítima defensa.

30-01-02

1.- Que exista una agresión ilegítima

En cuanto al primer requisito que exige el Código Penal para apreciar la existencia de legítima

defensa, es absolutamente obvio que la agresión ilegítima es la base esencial de la legítima defensa, sin agresión no hay defensa. Aunque es obvio tampoco es tan claro pues plantea algunos problemas como por ejemplo lo que los tribunales entienden por agresión ilegítima. Los tribunales españoles, tradicionalmente y durante muchos años, han entendido la palabra agresión en el sentido más reducido. Los tribunales, tradicionalmente, consideraban agresión solo la agresión física, el acometimiento, únicamente esto era considerado como agresión a efectos de legítima defensa. Sin embargo, desde hace algún tiempo hay una tendencia muy marcada a ir ampliando el sentido de la agresión y cada vez más. Hoy la gran mayoría de sentencias consideran como agresión cualquier conducta que ponga en peligro un bien jurídico. Es la idea dominante en la jurisprudencia. Por ejemplo una injuria se puede considerar como agresión a efectos de legítima defensa. Hoy aparece otro problema que es si para poder hablar de agresión, ha de ser siempre la agresión intencional o si son posibles también las agresiones imprudentes que crean un peligro para un bien jurídico. Se discute si estas son también agresiones o por el contrario si se exige la intención de lesionar. Esto no tiene una solución fácil. La gran mayoría de sentencias considera que solo las agresiones dolosas pueden considerarse como agresión. Un caso que muy frecuentemente aparece en los manuales es el siguiente: en una ciudad en la que se celebraba una feria de antigüedades y por una de las calles avanza un ciclista haciendo esas. Al verlo uno de los que regenta un anticuario y ante el peligro de que resulten dañadas sus antigüedades le da un empujón al ciclista, causándole lesiones al mismo. La conducta del ciclista era conducta imprudente, poniendo en peligro un bien, sin embargo, no se consideró agresión y por tanto no se podría esgrimir la legítima defensa. Aunque estos casos no intencionales no se consideren agresión a efectos de legítima defensa eso no quiere decir necesariamente que la persona que sufre esa agresión imprudente quede indefensa. Seguramente no se le admitiría la legítima defensa pero si queda abierta la posibilidad de que aplique cualquier otra causa de justificación como por ejemplo, estado de necesidad.

Otro problema es que los tribunales vienen exigiendo constantemente que la agresión, para dar lugar a legítima defensa tiene que ser actual o por lo menos inminente. Que sea actual es lógico porque si ya se ha consumado ya no hay posibilidad de defensa, habría venganza pero no defensa. Pero en la práctica esto plantea muchos problemas, por ejemplo, en el caso de delitos de hurto o robo, de la persona que le saca la cartera a otro y huye. Esa agresión del que está huyendo ¿es actual o ya ha pasado? No es sencillo de resolver porque todo depende de cuando se consideren consumados esos delitos. Existen dos puntos de vista sobre ese tema:

% Según uno de estos puntos de vista se entienden consumados con el simple apoderamiento. Así en el caso del ladrón que huye con la cartera en la mano ya no se puede alegar legítima defensa.

% Según el otro punto de vista esos delitos se consuman no en el momento del apoderamiento sino cuando se produce la disposición. Así en el caso anterior, el delito está sucediendo, el ladrón mientras huye aún no ha tenido tiempo de disponer de la cosa robada y por lo tanto podría alegarse legítima defensa.

Con la exigencia de que la agresión sea inminente lo que quieren evitar los tribunales es que la defensa se lance demasiado al ataque. Los ejemplos más claros en los que se plantea más son los casos de violencia doméstica en los que hay una persona que sufre agresiones reiteradas graves en el seno familiar. En esa situación el que sufre esas agresiones llega un día en que se cansa de aguantarlas y aprovechando el descuido del agresor va y lo mata. En esos casos se alega por parte de la defensa una situación de legítima defensa. Los tribunales en líneas generales entienden que no es legítima defensa porque no había agresión actual, ya había pasado pero esa víctima pensaba que iba a venir otra agresión aunque tampoco consta que haya una agresión en el futuro, tampoco es inminente. Normalmente los tribunales no vienen apreciando en esos casos legítima defensa porque entienden que la agresión no es actual ni inminente.

La agresión tiene que ser ilegítima lo que significa agresión antijurídica, contraria a derecho. Eso quiere decir que no se exige que se realice *un delito completo*, no se exige que se den los cinco elementos (acción, típica, antijurídica, culpable y punible), no hace falta la culpabilidad. Esto tiene varias consecuencias importantes ya que significa que una persona que por ejemplo padece una alteración psíquica grave o un menor pueden realizar agresiones ilegítimas. En cambio no realizan agresiones ilegítimas las personas que actúan conforme a derecho, por ejemplo un funcionario de policía que tiene que practicar una detención y lo hace siguiendo la normativa legal aunque tenga que hacer uso de la fuerza, no pudiendo alegarse en este caso legítima defensa. Otra cosa es que no siga las normas, abuse de la fuerza, etc., entonces sí podría alegarse legítima defensa.

Otro caso son las personas que no tienen responsabilidad criminal aunque realicen una conducta antijurídica: **cláusulas personales de exclusión de la pena** (por ejemplo el Jefe del Estado no tiene responsabilidad criminal aunque la conducta que realice sea antijurídica y cabería la legítima defensa).

El Código Penal dice solo agresión ilegítima, no concreta más. El Código Penal lo único que hace es recoger dos casos concretos de agresiones ilegítimas:

- ◆ Una de ellas se da en el caso de ataque a los bienes
- ◆ Otro caso es el caso del ataque a la morada.

Hay que aclarar que cuando el artículo 20.4 del Código Penal dice *en caso de defensa de los bienes* hay que entender en caso de los bienes patrimoniales porque la agresión ilegítima cabe contra toda clase de bienes o derechos (cada vez es más amplio el concepto de agresión, es posible la agresión contra toda clase de bienes y toda clase de derechos). De acuerdo con la regulación del Código Penal solo cabe la legítima defensa contra los bienes y derechos individuales. No cabe agresión ilegítima y por tanto no es factible la legítima defensa contra los bienes, intereses o derechos colectivos. Lo que hace el legislador es decir que para que haya agresión ilegítima contra bienes patrimoniales es preciso:

1– que el ataque constituya delito o falta: el legislador considera que un ataque contra el patrimonio que constituya falta (de poca gravedad) son también agresión ilegítima y por tanto contra ellos cabe legítima defensa. Es una novedad del Código Penal de 1995, ahora también la falta es una agresión ilegítima.

2– que esa conducta los ponga en peligro grave de pérdida o deterioro inminente. Ha de ser un peligro grave.

El otro ejemplo que utiliza el artículo 20.4 es la defensa de la morada lo que es sinónimo de allanamiento de morada. Es una fórmula que utiliza el Tribunal Supremo que dice que morada es el espacio aislado del mundo exterior que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas y destinado a actividades propias de la vida privada. Es indiferente que se utilice permanentemente o no. Prácticamente morada es todo lo que no es local público para el Tribunal Supremo a estos efectos.

Cuando se parte de una situación de riña mutuamente aceptada los tribunales consideran que ya no hay agresión ilegítima y por tanto no cabe alegar legítima defensa.

4–02–02

2.– Necesidad racional del medio empleado para la defensa

El segundo requisito de la legítima defensa es la necesidad racional del medio empleado en la defensa lo que plantea en la práctica muchos problemas. Primero hay que hacer una advertencia sobre la

necesidad racional del medio empleado que significa que la agresión ilegítima plantea algún peligro para algún bien jurídico, si no hay peligro para un bien jurídico no hay necesidad racional. El problema existe porque los tribunales vienen exigiendo que ese peligro sea grave y esa es una exigencia, la mayor o menor gravedad, que no aparece en el Código Penal. El Código Penal solo habla de que sea grave en caso de agresión contra bienes patrimoniales (artículo 20.4). Lo que han hecho los tribunales es extender esa exigencia para todos los demás casos de ataque contra todos los bienes.

El problema central de este segundo requisito es que el medio de defensa debe ser racionalmente necesario. Literalmente eso significa que debe ser un medio suficiente para rechazar la lesión, no más. Dada la hipótesis de que una persona tuviera la posibilidad de utilizar muchos medios tendría que utilizar el menos grave, el que causara menos daños posibles. Eso también quiere decir que si una persona tiene un único medio, ese es el medio racionalmente necesario. En la práctica significa que la legítima defensa es absolutamente ilimitada. Para evitar ese absurdo lo que hacen los tribunales es interpretar la expresión racionalmente necesario como equivalente a proporcional, que el medio de defensa sea proporcional al medio de ataque. El problema es que los tribunales tienden a aplicar esto de forma demasiado rígida. Por ejemplo si se produce un ataque con una navaja, la defensa solo puede ser con una navaja y si es con otra cosa ya no vale. Eso no es totalmente correcto porque esa proporcionalidad no depende solo de la proporcionalidad entre ataque y defensa sino que hay muchas más cosas a valorar. Eso da lugar a sentencias de legítima defensa un poco extrañas. Pero en líneas generales la postura de la jurisprudencia es comprensible porque lo que se quiere es limitar un poco la legítima defensa ya que hoy no se puede considerar justa una defensa ilimitada (por ejemplo un ataque contra la propiedad no puede acabar con la muerte del atacante porque el bien jurídico de la vida es mucho más importante que el de la propiedad). La proporcionalidad no se puede aplicar de forma tan rígida, la legítima defensa tiene que tener un cierto margen de flexibilidad que en los tribunales no siempre se ve.

Se plantea la vieja cuestión de si la persona que sufre el ataque tiene que defenderse siempre o se le puede exigir que rehuya el ataque. Es una cuestión que viene de viejo y los tribunales tradicionalmente han mantenido la postura de que nadie está obligado a huir (a nadie le es exigible pasar al poco decoroso estado de la huida). Esta postura de la jurisprudencia está cambiando y consideran que falta este requisito en esos casos y sentencian que debió huir en vez de defenderse del agresor. Se da sobre todo cuando la realizan personas no culpables: menores de edad, personas con alteraciones psíquicas,... Hay sentencias que dicen que en vez de repeler la agresión, en un caso de esos, debió huir.

3.- Falta de provocación por parte de quien se defiende

El tercer requisito es la falta de provocación suficiente por parte del defensor, es decir, que el defensor no haya provocado la agresión. Provocación suficiente es una expresión que los tribunales la interpretan de la forma más amplia: cualquier conducta socialmente rechazable que previsiblemente de lugar a la agresión. Hay muchas sentencias sobre estos casos y ejemplos de provocación suficiente: reírse de una persona, insultos, ... Lo que dice el Código Penal es que falte provocación suficiente, que el defensor no haya provocado el ataque, existe la legítima defensa en los casos en que el ataque venga de una tercera persona. Por ejemplo una persona que realiza una agresión a otra, por ejemplo C provoca a B y B ataca a A; A se defiende; A estará amparado por legítima defensa. Sin embargo si es A el que provoca a B y B ataca a A y A se defiende, en este caso A no estará amparado por legítima defensa porque ha sido él el que ha provocado.

Existen situaciones de eximente incompleta. La legítima defensa está contenida dentro del artículo 20 y todos los casos de ese artículo son causas que eximen de responsabilidad criminal. Cuando a una de estas eximentes le falta algún requisito, esta eximente incompleta se convierte en atenuante (en

términos generales toda eximente a la que le falta algún requisito se convierte en atenuante). El sujeto tendrá responsabilidad criminal pero será atenuada, en estos casos el juez rebajará la pena en 1 ó 2 grados. El problema es que los tribunales han ido interpretando esto de forma que no todos los requisitos de las eximentes son iguales porque hay unos que son esenciales y otros que no lo son. Los requisitos esenciales no pueden faltar nunca; si faltan sería responsabilidad criminal plena. Entonces hay que ver cuáles son esenciales y cuáles no. En el caso de la legítima defensa existe acuerdo en que la agresión ilegítima es un requisito esencial de legítima defensa, si falta ese primer requisito existe responsabilidad criminal plena. Si lo que falta es la necesidad, no hay peligro relevante (tiene que ser grave) tampoco hay ningún tipo de eximente.

En cuanto al segundo requisito, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Cuando el sujeto se excede en la defensa, emplea un medio excesivo o desproporcionado, son los casos típicos de la eximente incompleta. Hay dos clases de interpretaciones por parte de los tribunales:

- ◆ los tribunales hablan de **exceso extensivo** en los casos en los que la defensa se anticipa demasiado al ataque o casos en los que la defensa se produce cuando el ataque ya ha pasado. Los tribunales consideran que es una defensa absolutamente innecesaria y esos excesos de defensa impiden la eximente incompleta.
- ◆ Los tribunales consideran que hay **exceso intensivo** cuando hay necesidad de defensa pero esta va más allá de lo necesario, es decir, existe desproporción entre medio de ataque y medio de defensa o bien hay desproporción entre el bien jurídico que pone en peligro el ataque y el bien jurídico que lesiona la defensa. Por ejemplo un pequeño ataque a la propiedad y el dueño de la misma responde causándole daños graves o incluso la muerte del atacante.

El tercer requisito, la falta de provocación suficiente por parte del defensor, no se considera un requisito esencial y por tanto en los casos en los que falta, los tribunales lo consideran legítima defensa incompleta.

La **legítima defensa putativa** hace referencia a aquellos casos en los que el sujeto piensa que está en situación de legítima defensa cuando en realidad no es así, objetivamente no sufre ninguna agresión ilegítima. En estos casos los tribunales, tradicionalmente lo resolvían como un caso de exceso en la defensa y como tal aplicaban la rebaja de pena (eximente incompleta). Esa solución, técnicamente, no era correcta porque es difícil decir que hay exceso en la defensa porque no hay ataque objetivo y por eso han ido cambiando ese punto de vista y dicen que esos casos se pueden regular por el artículo 14.3 del Código Penal con las reglas de error, lo que supone una posibilidad de rebajar la pena en 1 ó 2 grados.

Rebajar la pena en uno o dos grados significa que, por ejemplo, en una pena de privación de libertad, por homicidio, de 10 a 15 años, se toma el límite mínimo y se divide por dos ($10/2=5$) y ese es el límite mínimo de la rebaja, quedando así la pena entre 10 y 5 años. Si se rebaja en 2 grados sería dividir ese límite mínimo entre 2 ($5/2=2$ años y 6 meses). Quedaría así la pena entre 2 años y medio y 5 años.

5-02-02

B) Estado de necesidad

La segunda causa de justificación es el estado de necesidad recogido en el artículo 20.5 del Código Penal. La forma más breve de describirlo es: el estado de necesidad consiste en una situación de conflicto entre dos bienes en la que para salvar uno de ellos hay que sacrificar el otro. Es una descripción rápida e imprecisa. Sería muy difícil distinguirla de otras causas de justificación. Entonces a esta descripción rápida hay que añadirle un dato que establece el artículo 20.5: se exige

que el mal causado no sea mayor que el mal que se trata de evitar. Eso quiere decir que ese mal causado puede ser **igual o menor** que el que se trata de evitar (matiz importante porque los tribunales españoles ha venido haciendo distinción entre dos clases de estado de necesidad :

1- aquellos casos en los que el mal causado es menor que el mal que se trata de evitar y lo llaman **estado de necesidad objetivo**. Estos casos son para los tribunales los casos en que el estado de necesidad es causa de justificación.

2- en los otros casos en que el mal causado es igual que el mal que se trata de evitar para los tribunales son casos de **estado de necesidad subjetivo**. En estos casos los tribunales consideran que ahí el estado de necesidad ya no es causa de justificación (sigue siendo eximente) sino que actúa como causa de exclusión de la culpabilidad.

La explicación es que en los casos de estado de necesidad objetivo como el conflicto es entre bienes de distinto valor, el ordenamiento jurídico aprueba que se sacrifique un bien para salvar a otro que vale más, se considera justo, se considera que esa conducta típica es conforme a derecho (caso de unos toros bravos que se escapan y una persona para salvar su vida les dispara).

En los casos de estado de necesidad subjetivo los tribunales entienden que si los bienes son de igual valor el ordenamiento jurídico no puede aprobar que se sacrifique uno en beneficio de otro porque sería como inclinarse por uno de ellos, tomar partido por uno de ellos. Lo más que puede hacer el ordenamiento jurídico es disculpar al sujeto activo (por ejemplo dos naufrágos que solo tienen un salvavidas, sólo uno se puede salvar). El ordenamiento jurídico no puede justificar esa conducta, no puede considerar justa esa conducta. Aunque es lógica esa argumentación del Tribunal Supremo, en la práctica puede presentar muchos problemas. La doctrina constante de los tribunales es esa y es lo que vamos a seguir aquí pero técnicamente no es demasiado satisfactoria.

No es criminalmente responsable quien para salvar un bien jurídico lesiona otro bien jurídico de entidad igual o menor. La diferencia con la legítima defensa está:

1º) en el origen porque en el origen de la legítima defensa está siempre una agresión ilegítima, la legítima defensa nace siempre de una agresión ilegítima. Esa diferencia de origen es la razón fundamental por la que la legítima defensa en teoría es ilimitada mientras que el estado de necesidad es limitado por ese valor de los bienes.

2º) La legítima defensa es siempre defensa contra un agresor mientras que el estado de necesidad no, en el estado de necesidad se pueden sacrificar bienes de terceros ajenos, terceras personas inocentes que no han creado la situación de peligro. Esto tiene una consecuencia práctica que es la que explica que el estado de necesidad es la única causa de justificación en la que puede haber responsabilidad civil.

Por principio en ninguna causa de justificación hay responsabilidad criminal ni obligación de indemnizar pero en el estado de necesidad sí puede haber esa obligación de indemnizar porque el daño lo puede sufrir una tercera persona que nada tiene que ver y no tiene por qué sufrir esa pérdida. Por ejemplo en el caso de que un barco de carga se encuentre en peligro de naufragio y para salvarse tiran por la borda la carga; habrá que indemnizar al dueño de la carga pues no tuvo nada que ver y no tiene por qué sufrir esa pérdida.

Los elementos básicos que definen el estado de necesidad son:

1- Para hablar de estado de necesidad es preciso que exista peligro para un bien jurídico que es evidentemente la probabilidad de que se produzca un mal. Los tribunales dicen que ha de ser una

probabilidad inminente y además ha de ser grave, son las notas seguidas constantemente por los tribunales. Para que se pueda hablar de mal tiene que tratarse de algo que socialmente está considerado como negativo porque los tribunales no consideran en ese sentido en aquellos casos que solo el interesado juzga como negativo.

2– **que el sujeto lesione otro bien jurídico**, para evitar un mal el sujeto causa otro mal. Con relación a este mal hay que decir que los tribunales vienen exigiendo siempre que la necesidad de causar ese mal sea absoluta. Lo que quieren decir los tribunales es que no debe haber otro medio para salir de esa situación de peligro que causar ese mal. Si hay otra posibilidad de salir de esa situación de peligro lo más normal es que los tribunales no apliquen el estado de necesidad. Hay muchas sentencias que giran en torno al robo con intimidación que cometen personas que están bajo el síndrome de abstinencia, hay varias sentencias del Tribunal Supremo que se repiten: reconocen que en estos casos existe un peligro inminente para la vida de estas personas pero el robo con intimidación no es el único medio ni el menos malo para salvar esa situación ya que tienen otras opciones (ir a curas de desintoxicación,...).

La nota a tener en cuenta sobre el estado de necesidad es que este comprende tanto la conducta de quien actúa ante un riesgo propio como cuando una persona actúa para salvar a otra. Estos casos se conocen como de **auxilio necesario**.

Hay que decir también que dentro del estado de necesidad se comprenden casos en los que no solo se causa un mal sino que comprende también casos en los que el sujeto para evitar un peligro infringe un deber. En este sentido son relativamente frecuentes **casos de colisión de deberes**, casos en los que una persona tiene que elegir entre dos deberes, cumplir un deber supone incumplir el otro. Son casos de personas que para cumplir con el deber de socorro (penalmente exigible) por ejemplo desobedecen la orden de un superior, hay colisión de deberes. Esa es una situación de estado de necesidad.

Los requisitos que exige el Código Penal para apreciar el estado de necesidad son:

1– **que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar** (artículo 20.5 del Código Penal). Para los tribunales que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar. Con respecto al problema de la comparación existe el problema del exceso en el estado de necesidad que hace referencia a aquellos casos en los que el sujeto causa un mal mayor del necesario pero sigue siendo menor que el que le amenazaba. En esos casos de exceso en el estado de necesidad, los tribunales no aplican el estado de necesidad con relación al exceso porque con respecto a ese exceso no había necesidad, pero sí se aplica con respecto a los necesarios.

2– El segundo requisito es que **la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto**, es un requisito parecido al estudiado para la legítima defensa, puede ser un tercero el que lo haya provocado. El aspecto problemático es lo de que no haya sido provocada *intencionadamente* por el sujeto, de forma dolosa (no imprudente). Se plantean muchas veces en materia de tráfico situaciones por ejemplo del que conduce ocupando el lado izquierdo de la calzada y viene un coche de frente que para evitar el choque da un volantazo y atropella a un peatón. Los tribunales no tienen fácil solución, lo que hacen es olvidarse de que existe un estado de necesidad y se detienen en el momento anterior: el de la conducta imprudente y se le castiga por conducción imprudente con resultado de daños a un tercero.

6-02-02

3– El tercer requisito del estado de necesidad (artículo 20.5 del Código Penal) consiste en **que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse**. Con respecto a esta obligación de sacrificio hay que decir que esto hace referencia al hecho de que determinados profesionales

exigen un mayor nivel de riesgo, mayor que otras (por ejemplo bomberos, médicos, marinos,...). Sin embargo hay que decir que esa obligación de sacrificio hay que interpretarla de forma restrictiva porque

% en primer lugar cuando el Código Penal habla de obligación de sacrificio quiere decir obligación legal de sacrificarse, se trata de un **deber jurídico no moral**, tiene que estar establecido por las normas legales que rigen esa profesión

% la obligación de sacrificio lo que quiere decir es que lo único que hay es una **obligación de correr más riesgo**, soportar más peligro que las demás personas.

Este es el sentido que vienen entendiendo los tribunales. Hay sentencias que condicionan la obligación de sacrificio a **que sea útil**. Nadie está obligado a correr riesgos inútiles. En los casos en que se hunde un barco, lo que establece la legislación, en este caso las leyes mercantiles, es que el capitán tiene que permanecer a bordo hasta perder la última esperanza de salvarlo (no tiene ninguna utilidad que se hunda con el barco).

% Los tribunales limitan esa obligación de sacrificio en el sentido de que una persona solo tiene la obligación de **sufrir el peligro que sea humanamente exigible**. Lo que quieren decir los tribunales es que por ejemplo a un bombero no se le puede exigir que arriesgue su vida para salvar un bien patrimonial.

Este requisito, que es tradicional, hay que entenderlo siempre de forma muy reducida.

En el estado de necesidad también se puede hablar de **estado de necesidad putativo** que sucede cuando el sujeto cree que está en un estado de necesidad cuando objetivamente no es así. Se regula exactamente igual que los casos de legítima defensa putativa (en estos casos los tribunales la **rebaja de pena, eximente incompleta**). Esa solución, técnicamente, no era correcta y por eso han ido cambiando ese punto de vista y dicen que esos casos se pueden regular por el artículo 14.3 del Código Penal con las reglas de error, lo que supone una **posibilidad de rebajar la pena en 1 ó 2 grados**).

En cuanto a la **eximente incompleta** del estado de necesidad se regula por los principios ya vistos, no pueden faltar los requisitos esenciales. Lo esencial en un estado de necesidad es que exista una situación de estado de necesidad y la nota esencial es **que exista un peligro inminente y grave para un bien jurídico**. Hay que decir que en los últimos años están apareciendo sentencias que consideran que existe estado de necesidad de eximente incompleta en casos en los que el peligro no es inminente: en casos de delitos patrimoniales cometidos por personas en muy mala situación económica (no suelen ser delitos de mucha gravedad). En estos casos los tribunales consideran que hay un peligro para la vida de esas personas, peligro grave pero no inminente y por tanto aplican un estado de necesidad incompleto. También se aprecia estado de necesidad incompleto en aquellos casos en los que el sujeto pudo emplear un medio menos lesivo, menos dañoso. También se aprecia la eximente incompleta de estado de necesidad casos en los que hay una ligera desproporción entre los bienes.

Hay que añadir que **el estado de necesidad es la única de las causas de justificación que puede llevar aparejada responsabilidad civil**. Así lo establece el artículo 118.1.3ª del Código Penal:

En el caso del número 5º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.

C) Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

El artículo 20.7 del Código Penal comprende cuatro causas de justificación diferentes pero todas tienen una base común: la situación de la que parten, una persona lesiona un bien jurídico (realiza una conducta típica) en una actuación legítima. Si es una actuación legítima la conducta es justa. El problema es determinar cuando la actuación es legítima o no.

1ª) Obrar en cumplimiento de un deber

Se hace referencia a casos en los que las normas legales imponen a una persona una obligación de actuar. En esa actuación esa persona puede lesionar un bien jurídico. Por ejemplo la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone a todas las personas la obligación de declarar como testigos cuando son llamados. Puede ser que en cumplimiento de ese deber legal una persona relate hechos que puedan suponer algo deshonoroso para otra persona. En otra situación sería objeto de delito de injurias, sin embargo en estas circunstancias pasan a ser justificadas siempre y cuando sean declaraciones necesarias, no gratuitas.

2ª) Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho

Se trata de que las leyes no imponen un deber sino que otorgan una facultad de actuar, conceden un derecho, es una facultad que una persona puede ejercer o no. Estará justificada esa conducta si se mantiene dentro de las normas legales. El ejemplo más discutido es lo que se conoce con el nombre de derecho de corrección, lo que se trata en estos casos es determinar en qué medida el ejercicio de ese derecho se mantiene dentro de los cauces legítimos. Los cauces legítimos básicos están establecidos por el Código Civil que habla de la facultad que tienen los padres y tutores de corregir moderada y razonablemente a sus hijos o pupilos. Los requisitos que establece el Código Civil son requisitos de necesidad y proporcionalidad en orden a la finalidad educativa. De ahí se deduce que para poder hablar de derecho de corrección debe haber esa finalidad educativa.

La segunda nota es que sea razonable y moderado. Es ahí donde entra en juego la costumbre para delimitar el ámbito del derecho de corrección. La costumbre tiene un papel indirecto para intervenir en los preceptos del Código Penal. La costumbre es especialmente importante porque lo que se ha considerado límites en el ámbito del derecho de corrección han cambiado mucho a lo largo de los tiempos. Hoy causar unas lesiones no se puede considerar en ningún caso como un ejercicio moderado y razonable del derecho de corrección. Los tribunales lo vienen considerando sólo en casos de faltas muy leves y se considera como eximente incompleta, casos de exceso en el derecho de corrección que admiten una reducción de la pena.

Hace años también se planteaba el derecho de corrección del marido sobre la mujer pero se ha eliminado con la entrada en vigor de la Constitución Española ya que con ella desapareció el deber de obediencia de la mujer respeto al marido. Se planteaban problemas curiosos: derecho del marido para fijar el domicilio familiar, se planteaba la posible existencia de delitos de coacciones pero solo si existían malos tratos innecesarios.

3ª) Ejercicio legítimo de una profesión u oficio

Son los casos en los que se plantea un tratamiento médico, los casos en los que el ejercicio de una actividad profesional suponga la realización de una conducta típica pero esa conducta típica estaría justificada siempre que sea en el ejercicio legítimo de la profesión. Si el resultado final son lesiones o muerte del paciente, ¿en qué casos puede hablarse de ejercicio legítimo? Siempre que la actividad se desarrolle según la LEX ARTIS. Dentro de las reglas de las intervenciones está la exigencia del consentimiento de la víctima. Ese consentimiento ayuda a definir lo que es la LEX ARTIS. Si la intervención quirúrgica no se desarrolla de acuerdo con las normas de la LEX ARTIS, si hay negligencia, fallos,... aunque haya consentimiento del paciente no habrá ejercicio legítimo en ningún

caso, habrá conducta imprudente.

Si lo que falta es el consentimiento puede existir un delito de coacciones salvo que pueda considerarse que existe un estado de necesidad en cuyo caso estará justificado por la existencia de estado de necesidad por el ejercicio de la profesión.

El problema son las intervenciones no estrictamente curativas o terapéuticas, la no existencia de finalidad curativa ya hace que las cosas se planteen de otra forma.

4ª) Ejercicio legítimo del cargo

Cuando se habla de ejercicio legítimo del cargo, en la práctica se está hablando siempre del ejercicio legítimo de un cargo por la autoridad. Se puede plantear en aquellos casos en los que la autoridad actúa en el ejercicio de su cargo y realiza una conducta típica. Por ejemplo un policía que tiene que practicar una detención para la cual tiene que emplear la violencia. La cuestión es si está justificada o no.

13-02-02

Se habla de ejercicio legítimo del cargo cuando la actuación se desenvuelve dentro del marco legal que será la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado del año 1986, en su artículo 5. ¿Cuándo se realiza de acuerdo con las normas? Es difícil porque en la práctica hay muchos casos variados. Teóricamente se puede decir que el ejercicio legítimo del cargo gira en torno a tres puntos:

1) **Necesidad del empleo de la violencia.** Los tribunales distinguen dos posibilidades:

a) **la necesidad en abstracto:** falta cuando en ese caso no era necesario emplear ninguna violencia. En estos casos los tribunales lo que hacen es rechazar esa exigente, la causa de justificación del artículo 20.7 del Código Penal.

b) **La necesidad en concreto:** en estos casos lo que indican los tribunales es que era necesario emplear algún tipo de violencia pero el agente se excedió, es un caso de exceso en una causa de justificación. Lo que hacen los tribunales es *aplicar la exigente incompleta* de ejercicio legítimo del cargo. El agente tiene responsabilidad criminal pero atenuada.

2) **La proporcionalidad** es otro elemento esencial. Lo que dicen los tribunales es que la violencia que emplee el agente tiene que ser proporcionada a la gravedad del caso. Si se trata de practicar una detención por una infracción muy leve quizá no se considere justificado, por ejemplo, ejercer ningún tipo de violencia.

3) El agente de la autoridad **tiene que estar en el ejercicio del cargo**, no puede actuar por motivos particulares sino en el ejercicio de la función pública, tiene que estar de servicio y en el lugar en el que tenga competencia.

Todo esto está en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en su artículo 5.

D) El consentimiento del ofendido.

Se trata de establecer que eficacia puede tener el consentimiento de víctima, si hace que la conducta deje de ser típica. Hay que tener en cuenta que el consentimiento ha tenido siempre un nivel de eficacia mucho más reducido que el que tiene en otros sectores del ordenamiento jurídico, en Derecho penal no es así. El Derecho penal protege en muchos casos intereses colectivos, los casos en los que la

conducta atenta contra un bien jurídico colectivo; por ello el consentimiento de una persona no puede tener ninguna relevancia. En los delitos contra el medio ambiente, por ejemplo se puede dar el caso de una persona que por dinero consiente en que una industria deposite residuos tóxicos en su finca. Ese consentimiento es irrelevante, el delito ecológico se comete igual. Eso en los casos en que el Derecho penal protege derechos colectivos.

En los casos en los que el Derecho penal protege intereses particulares hay que tener en cuenta que aún en esos casos a toda la sociedad le afecta. Por ejemplo la vida de las personas es privada pero le interesa a toda la sociedad que la vida de los individuos esté protegida. Incluso aquí el consentimiento del ofendido puede no tener demasiada eficacia.

Un principio básico del Derecho penal es que el consentimiento del ofendido tiene escasa eficacia pero cada vez es mayor la tendencia a conceder una mayor eficacia al consentimiento. Se manifiesta fundamentalmente porque en algunos delitos, en el propio tipo de injusto, se hace constar esa referencia al consentimiento, cuando se dice en el Código Penal por ejemplo, que la conducta se ha de realizar contra la voluntad del sujeto. Los ejemplos más claros son los delitos contra la libertad sexual que sólo son delitos si son cometidos contra la voluntad de la víctima.

En los delitos contra la vida aunque haya consentimiento siguen siendo delitos, lo que hay es una rebaja de pena. El legislador aún no reconoce la capacidad de la persona para decidir sobre su propia vida.

Hay otra posibilidad de eficacia del consentimiento pero es una eficacia indirecta, más reducida que se plantea en los casos en los que el consentimiento de la víctima actúa a través de una causa de justificación. El consentimiento puede actuar por ejemplo definiendo lo que es un ejercicio legítimo de una profesión u oficio. El ejercicio legítimo de la actividad médica exige el consentimiento de la víctima.

FIN

8.- LA CULPABILIDAD

I. Concepto y estructura.

El nombre de culpabilidad está siendo abandonado y se pasa a utilizar el nombre de imputación subjetiva porque se dice que culpabilidad tiene una carga moralizante, es más neutro lo de imputación subjetiva. La definición más clásica es que culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de su conducta antijurídica. La culpabilidad o imputación subjetiva es un juicio de reproche personal porque el sujeto ha actuado en contra del derecho y se hace sobre tres elementos o factores. Esos tres presupuestos que son necesarios para decir que una persona es culpable son:

1- la imputabilidad

2- que exista una de las formas de culpabilidad que son

- el dolo

- imprudencia o culpa

3- que al sujeto le sea exigible una conducta distinta.

Antes de seguir hay que hacer dos observaciones previas:

1ª) Para que una persona sea culpable, para que tenga responsabilidad penal es preciso que actúe bien con dolo, bien con imprudencia o culpa. Tradicionalmente han existido los delitos cualificados por el resultado que eran los que hacían referencia a casos en los que la simple producción de resultado dañoso da lugar al nacimiento de responsabilidad aunque no haya dolo ni imprudencia, el resultado final se produce de forma fortuita pero se le hace responder al sujeto. Estos delitos son una representación de la responsabilidad objetiva que es a su vez una traducción de un principio medieval que desde entonces viene sobreviviendo: **VERSARI IN RE ILICITA**, el que actúa en un asunto ilícito responde de todas las consecuencias derivadas de ello aunque no hubiese querido ni hubiera imprudencia. Se planteaba en muchos casos con conductas de aborto ilegal, podía suceder que como consecuencia de ese aborto se produjera, de forma fortuita, sin dolo ni imprudencia, la muerte de la mujer. Entonces se castigaba al autor del aborto por esa muerte. Precisamente uno de los objetivos de la reforma del 95 era el de evitar estos delitos cualificados por el resultado. Así no hay pena sin dolo ni imprudencia, no pueden existir los delitos cualificados por el resultado.

2ª) La culpabilidad es un juicio de reproche que se hace exclusivamente a partir de la realización de una conducta típica y antijurídica; tiene que existir siempre una conducta típica. Nadie es culpable por un modo de ser o por un modo general de comportarse, si no ha realizado una conducta típica y antijurídica no es culpable. La culpabilidad es siempre una culpabilidad jurídica, una persona es culpable porque ha actuado en contra del derecho. En Derecho penal no existe culpabilidad moral, es exclusivamente jurídica. Eso es así porque además si fuera un juicio moral no se podría considerar culpables nunca a los conocidos como delincuentes por convicción que son los que creen que hacen lo correcto, no se sienten culpables de nada. Hay casos en los que sí se tienen en cuenta aspectos personales pero se tienen en cuenta para concretar la pena. No es culpable por la circunstancias personales sino que una vez que es culpable se tiene en cuenta esa circunstancia para graduar la pena. Sí hay en cambio problemas con otras instituciones penales que tienen muy en cuenta las circunstancias personales como son las medidas de seguridad que sí se basan en la peligrosidad del sujeto. En principio las medidas de seguridad son una institución diferente.

II. Naturaleza: concepción psicológica y concepción normativa.

NO

18-02-02

III. La imputabilidad: Concepto, Momento de la imputabilidad: Acciones liberae in causa.

La imputabilidad o exigencia de imputabilidad parte de la base de que para que se pueda reprochar una conducta típica y antijurídica, lo primero que hay que tener en cuenta es que esa persona tenga capacidad para ser responsable de sus actos. Eso es lo que se llama imputabilidad y se traduce como la capacidad de entender y de querer. La capacidad de entender y de querer significa dos cosas:

- 1) la capacidad de comprender que el acto que se realiza es ilícito
- 2) la capacidad de actuar conforme a ese entendimiento.

El primero de estos elementos faltará en aquellos casos en los que el sujeto está en una situación mental que no le permite advertir que su acto es ilícito. Por ejemplo un persona que padece una

oligofrenia profunda.

El segundo aspecto faltará en aquellos casos en los que el sujeto aunque comprende perfectamente que su acto es ilícito, sin embargo es incapaz de autodeterminarse, es incapaz de organizar su voluntad de acuerdo con ese conocimiento. Por ejemplo los casos graves de esquizofrenia.

Si falta alguno de los dos o los dos la persona no será imputable, será inimputable, esa persona ya no sería culpable, ya no tiene responsabilidad penal. Esto supone dos cosas:

1) En estos casos en los que falta la imputabilidad, esa persona no es culpable aunque ha realizado una conducta típica y antijurídica voluntaria. No se le puede imponer una pena pues no tiene responsabilidad penal pero habrá que tener en cuenta la posibilidad de responsabilidad civil que es la obligación de indemnizar o de reparar en lo posible el daño causado y que en ciertos casos puede alcanzar sumas importantes de dinero.

2) En segundo lugar, en estos casos de inimputabilidad es donde puede entrar en juego otra parte del sistema de sanciones, el Derecho penal cuenta con lo que se llaman las medidas de seguridad. Esto significa que la inimputabilidad puede delatar un estado de peligrosidad, es decir, el juez advierte que esa persona tiene una alta probabilidad de cometer algún otro delito, pronóstico que puede ser cierto o no. Si esa persona ha cometido un homicidio, por ejemplo, pero el juez considera que no es peligrosa no le impondrá ninguna pena ni medida de seguridad. Para estas personas que cometen delitos con inimputabilidad es para las que están ideadas las medidas de seguridad.

El momento de la imputabilidad, el momento de determinar si una persona es imputable o no es el momento en que ha realizado la conducta. Sin embargo hay excepciones a esta regla básica y son muy frecuentes: son los casos en los que en el momento de la ejecución del hecho el sujeto era casi inimputable (por ejemplo una persona que sufre ataques epilépticos y que al emborracharse se vuelve agresivo y comete un delito). Es lo que en Derecho penal se llama *Acciones liberae in causa* que son las acciones que son libres en su origen pero que están condicionadas en el momento de la ejecución. La conducta en el momento de la ejecución no era libre pero si era libre en el momento en el que el sujeto se colocó en situación de inimputabilidad. Es un excepción a la regla básica, el momento de la imputabilidad se adelanta al momento anterior.

IV. Ausencia de imputabilidad:

Las causa de inimputabilidad están contenidas en el artículo 20 del Código Penal. El artículo 19 del Código Penal contiene una causa de exención de inimputabilidad que es la de ser menor de edad.

A) Anomalía o alteración psíquica. Trastorno mental transitorio.

El artículo 20.1 del Código Penal que contiene la primera de las causas de inimputabilidad, dice lo siguiente: *El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*. Esta fórmula que ha utilizado el legislador es una fórmula mixta de inimputabilidad porque el legislador lo que ha hecho es combinar dos elementos:

- ◆ por una parte para decir que una persona es imputable se exige un elemento biológico: que esa persona padezca una alteración psíquica, es un dato interno del sujeto.

- ◆ Se exige además un elemento psicológico: que esa anomalía psíquica produzca un efecto psicológico de incapacidad para comprender la ilicitud del hecho.

Lo que quiso el legislador es evitar los problemas que tradicionalmente se venían presentando a la hora de aplicar esta eximente: se planteaba una discusión sobre como podía denominarse cierta anomalía psíquica que padecía ese sujeto. Hoy lo que hay que probar es que esa persona padece una anomalía psíquica y que esa anomalía no le permite comprender la ilicitud del hecho y no entrar en discusiones técnicas sobre cómo se denomina la enfermedad que padece. Tradicionalmente los tribunales rechazaban la oligofrenia; ahora es perfectamente posible incluirla aquí. El único problema al que el Código Penal no da ninguna solución y que sigue sin resolverse el caso de los psicópatas pues es imposible que entren dentro de esta categoría ya que no son alteraciones mentales, no son anomalías psíquicas sino trastornos de personalidad, de carácter... . Los casos más claros son los que tradicionalmente los criminólogos llamaban los *locos morales* (psicópatas): personas que cometen delitos muy graves con absoluta indiferencia, sin que haya un razonamiento. El problema de las psicopatías es que tienen muy difícil encaje en el sistema penal, no se pueden incluir en el artículo 20.1. El problema es que se les trata como delincuentes normales, imponiéndoles penas aunque atenuadas a veces y al cumplir su condena salen a la calle tan psicópatas o más que antes.

Cualquier tipo de anomalía psíquica con perturbación plena de las facultades psíquicas puede entrar en el artículo 20.1 prescindiendo de los psicópatas. Cuando la perturbación no es plena entra en juego la eximente incompleta, la pena será rebajada. En una eximente completa el sujeto no es culpable, no hay responsabilidad penal y el juez tiene que valorar si esa persona es peligrosa o no. Si considera que no es peligrosa no le impondrá nada. Si el juez considera que esa persona es peligrosa le impondrá una medida de seguridad. En este caso el juez tiene dos opciones:

- imponerle una medida de seguridad de internamiento. El internamiento será en un centro adecuado al problema que padezca el sujeto. Existen dos limitaciones:

1ª– esa medida de seguridad de internamiento sólo se puede imponer si el delito cometido tiene previsto una pena de privación de libertad.

2ª– El internamiento en ningún caso podrá durar más que la pena prevista para el delito cometido. Por ejemplo si ha cometido un homicidio para el cual la pena es de 10 a 15 años de privación de libertad, el internamiento no puede durar más de 15 años.

Las medidas de seguridad deberían ser de duración indeterminada pero eso sería inconstitucional. Siempre tienen que tener un límite máximo y en este caso el legislador ha decidido ponerle el mismo límite que a la pena.

El sistema de las medidas de seguridad es un sistema muy flexible, mucho más flexible que las penas. Esto quiere decir que el juez tiene el deber de controlar la ejecución de esa medida de seguridad. Ese deber de control significa que en cualquier momento si el juez aprecia que esa persona ya no necesita esa medida de internamiento, puede suspenderla o bien cambiarla por otra que no implique internamiento como por ejemplo pasar un control cada ciertos días, un tratamiento ambulatorio, Eso en los casos de eximente completa (perturbación total de las facultades psíquicas). En el caso de eximente incompleta (perturbación parcial de las facultades psíquicas) el juez le declara culpable y le condena a una pena pero rebajada. Pero además como padece esa perturbación parcial se le puede considerar peligrosa y por tanto cabe imponerle también una medida de seguridad para lo cual el juez tiene otra vez la posibilidad de elegir entre una medida de seguridad de internamiento y otra que no lo sea. La medida de seguridad de internamiento sólo se puede imponer si el delito tiene previsto una pena privativa de libertad

y la duración máxima es igual a la de la pena. Por ejemplo una persona condenada por homicidio que se le castiga con 6 años de privación de libertad mas una medida de seguridad de internamiento con un máximo de 15 años. Las dos a la vez no las puede cumplir. El Código Penal tiene previsto para estos casos un sistema vicarial de ejecución que consiste en que la medida de seguridad sustituya a la pena. El sujeto comienza cumpliendo siempre la medida de seguridad, o sea, internado en un centro psiquiátrico. El tiempo de internamiento se cuenta siempre también para el cumplimiento de la pena. El problema es que las medidas de seguridad son muy flexibles y es posible que cuando lleve 3 años cumpliendo una medida de seguridad, el juez considere que ya no es peligroso y por tanto ya no tiene que estar internado. Así, al terminar el internamiento en el centro psiquiátrico, el juez puede tomar varias decisiones:

- que pase a una prisión a cumplir los (3 años) restantes en prisión.
- Que considere que no necesita ni internamiento en un centro psiquiátrico ni prisión, puede quedar por tanto en libertad sometido a medidas de seguridad de no internamiento como tratamientos médicos, ...
- Puede suspender cualquier medida de seguridad, con la pena suspendida en previsión hasta comprobar si ya está curado o bien en libertad completa.

Es un sistema complejo.

- Imponerle una medida de seguridad que no sea de internamiento, como por ejemplo un tratamiento médico ambulatorio, pasar un control cada ciertos días,...

19-02-02

Lo que importa realmente es que el sujeto padezca una anomalía que perturbe plenamente sus facultades psíquicas. Si la perturbación no es plena entra en juego la eximente incompleta, el sujeto será imputable pero la responsabilidad criminal estará atenuada. Si la perturbación es de poca intensidad puede entrar en juego la atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal que es la atenuante que se basa en la identidad de sentido con alguna de las atenuantes anteriores, es decir, las del artículo 20.1 del Código Penal. La eximente incompleta actúa rebajando la pena en uno o dos grados.

Otro tema que se plantea frecuentemente ante los tribunales es lo que se llama intervalos lúcidos. Existe la posibilidad en una anomalía psíquica de larga duración que existan momentos en los que la persona no padezca, por lo menos aparentemente, una perturbación plena de sus facultades mentales. Si una persona comete un delito durante esos intervalos lúcidos se presenta el problema de que los tribunales y los psiquiatras, que son los encargados de asesorar a los jueces, suelen tener opiniones distintas. Para los psiquiatras los intervalos lúcidos no existen, no son mas que remisiones aparentes de la enfermedad pero la enfermedad sigue existiendo. Sin embargo los tribunales consideran que lo importante no es discutir sobre qué enfermedad tiene el sujeto, no le importa el diagnóstico, sino que lo que importa es si la persona en el momento de la ejecución del hecho tiene o no perturbadas sus facultades. Si los tribunales consideran que en el momento de la ejecución del hecho no tenía las facultades perturbadas por encontrarse en uno de esos intervalos lúcidos, se le considera imputable, tendrá responsabilidad criminal y se le condenará con la consiguiente protesta del psiquiatra. Pero es muy difícil determinar si en el momento de cometer el hecho delictivo el sujeto estaba en uno de esos intervalos lúcidos o no.

Puede ser que la alteración psíquica se presente en una fase posterior a que se dicte la condena. Como lo que importa es el momento de la ejecución del hecho no afectará para nada a la condena impuesta pero en estos casos se suspende la ejecución de la condena y el sujeto pasa a ser sometido a un sistema de tratamiento adecuado. Así lo establece el artículo 60.1 del Código

Penal:

Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el Juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa.

Se establecía que en el momento en que esa persona se curara pasaría a cumplir el resto de la condena. Como ese sistema no era obviamente muy justo lo que hizo el Código Penal de 1995 fue establecer la posibilidad de que el juez, por razones de equidad, pueda decidir si esa persona debe cumplir el resto de la condena o no tiene que cumplir nada, es una posibilidad que queda abierta. Así lo establece el artículo 60.2 del Código Penal:

Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

Un último dato importante a tener en cuenta sobre esta eximente es que en estos casos puede existir responsabilidad civil según establece el artículo 118.1 del Código Penal:

La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

1ª En los casos de los números 1º y 3º, son también responsable por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujeto.

En estos casos esa responsabilidad civil puede extenderse a las personas que tienen a su cargo a esa persona inimputable.

En este artículo 20.1 se menciona además el caso del trastorno mental transitorio que aparece con enorme frecuencia ante los tribunales. El trastorno mental transitorio es una situación idéntica al caso de la anomalía psíquica, consiste en una perturbación plena de las facultades psíquicas. La diferencia está en el carácter transitorio, el trastorno mental transitorio es de breve duración mientras que la otra eximente es de duración prolongada. No sólo es de breve duración sino que pasa sin dejar huella y además es una perturbación de origen externo al sujeto. En el caso de la anomalía existía un dato biológico, interno mientras que en el trastorno mental transitorio no tiene porque haber una base patológica. Los efectos o consecuencias jurídico-penales son las mismas:

- ◆ hay posibilidad de imponer una medida de seguridad
- ◆ si no es plena se aplica la eximente incompleta más las medidas de seguridad
- ◆ también se puede aplicar la atenuante analógica

El trastorno mental transitorio en el lugar que se puede dar es en de las acciones liberae in causa. Precisamente lo que dice el Código Penal en el artículo 20.1 es que *el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de*

cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. El legislador cubre dos posibilidades. Cuando el Código Penal dice *hubiera previsto o debido prever su comisión* hace referencia a acciones liberae in causa imprudentes. Sería por ejemplo el caso que se planteó hace muchos años en relación con un encargado de cambiar a mano las vías del tren. Como hacía mucho frío el encargado se cerró en su caseta con una caja de bebidas para entrar en calor y se olvidó de cambiar las vías produciéndose entonces un gravísimo accidente de trenes con muchos muertos. Sería el caso de una acción liberae in causa imprudente y por tanto no se le exime de pena ya que debió prever la consecuencia cuando se llevó la caja de bebida, aquí se adelanta el momento de la imputabilidad, no hace referencia al momento del hecho sino al momento anterior.

B) Intoxicación plena por bebidas alcohólicas o drogas. Síndrome de abstinencia.

El artículo 20.2 del Código Penal establece:

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

El legislador recoge en este artículo otras dos causas de inimputabilidad:

- ◆ la intoxicación plena por bebidas alcohólicas o drogas
- ◆ el síndrome de abstinencia a causa de la dependencia de esas drogas.

Cualquiera de estas dos eximentes son supuestos de trastorno mental transitorio y realmente no haría falta mencionarlas aquí. Si aparecen recogidas independientemente es porque antes planteaba problemas en la jurisprudencia el trastorno mental transitorio por causa de alcohol y ante esas dificultades el legislador decidió incluirlos expresamente. Precisamente también por eso el legislador en caso de intoxicación plena introdujo las acciones liberae in causa.

Para que cualquiera de los dos estados exima de pena tienen que producir ese efecto de perturbación plena de las facultades y también son idénticas todas las consecuencias jurídicas:

- ◆ perturbación plena: eximente total con posibles medidas de seguridad en centros adecuados
- ◆ perturbación no plena: eximente incompleta, medidas de seguridad
- ◆ atenuante analógica con rebaja de pena.

También en este caso puede haber responsabilidad civil según establece el artículo 118.2 del Código Penal: *Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2º.* Falta aquí el que está bajo el síndrome de abstinencia pero debemos entender que sí quedaría incluido ya que se trata de uno de esos típicos olvidos del legislador producido porque el síndrome de abstinencia fue incluido en el artículo 20 a última hora.

- **Alteración grave de la conciencia de la realidad.**

El artículo 20.3 del Código Penal contiene la tercera causa de inimputabilidad:

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

Hay muy poca jurisprudencia sobre este punto. La eximente del artículo 20.3 es también una eximente mixta en la medida en que se combinan dos factores:

- ◆ **uno en principio biológico:** que el sujeto presente una alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, algún defecto de tipo sensorial que impida la percepción del mundo (ceguera, sordera, mudez, sordomudez, retraso mental,...), es decir, que se encuentre aislado del mundo. Se podría incluir no solo los casos de los que están aislados sino también los que han sido aislados del mundo (por ejemplo cerrados en una habitación durante años atados a la pata de la cama)
- ◆ **otro que es un elemento psicológico:** que esa persona por padecer esa alteración en la percepción tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad, la persona es incapaz de comprender las reglas y los valores sociales a causa de ese aislamiento padecido, es incapaz de comprender el sentido antijurídico de esa conducta.

Por supuesto en cualquier caso las consecuencias jurídicas son las mismas que en los casos anteriores: la eximente completa, incompleta y la atenuante analógica. Si una persona es ese estado realiza una conducta típica, no será culpable, aunque podrá imponérsele alguna medida de seguridad.

Antes solo se aplicaba a los sordomudos desde la infancia y con falta de instrucción pero hoy el campo se ha abierto mucho más.

20-02-02

V. La responsabilidad penal del menor.

Está basada en la idea de imputabilidad pero es algo distinto y por eso el legislador la recoge en un artículo aparte, en el artículo 19 del Código Penal. En su origen, un origen lejano ya que es una eximente con muchos años de vida, esta eximente partía de la idea de que algunas personas por su corta edad no estaban en condiciones de ser responsables de sus actos. Naturalmente en ese origen se estaba pensando en los niños de muy corta edad, de 10-11 años. Esto está asociado a la falta de imputabilidad. Esta eximente ha ido cambiando mucho de sentido porque poco a poco se ha introducido la idea de que para estas personas, que todavía no han alcanzado la madurez psicológica, era contraproducente introducirlas en el sistema penal. Se pensaba que era mejor mantenerlas al margen. Esto implicaba que podía abarcar edades más altas: 15, 16, 17 años pero ya no se puede sostener que una persona de esa edad no tenga sentido de sus actos. Por eso esta eximente ha ido perdiendo mucho, el derecho los considera como si fueran inimputables aunque de hecho no lo son, se considera que es más beneficioso mantenerlos al margen del sistema penal ya que aún están en fase de socialización. Se aparta bastante de lo que es la inimputabilidad.

Casi todas las legislaciones lo que hacen es establecer unos límites rígidos de edad: por debajo de esa edad que se fija no se es responsable penalmente y por encima de esa edad sí. La idea de fijar límites rígidos de edad siempre es algo arbitrario. El legislador español, **en el Código Penal de 1995 lo ha puesto en 18 años**. El artículo 19 del Código Penal dice:

Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Es por lo tanto un criterio totalmente objetivo, depende exclusivamente de que el sujeto en el momento de cometer el hecho delictivo haya cumplido los dieciocho años. Precisamente hay algunas sentencias muy conocidas de cuando estaba vigente el Código Penal anterior, que establecía la edad en dieciseis años, que aunque al menor le faltaran solo unas horas para cumplir los dieciseis no se consideraba criminalmente responsable. Cuando un menor de 18 años comete un delito se le aplica la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, no entra en el sistema penal sino en el sistema penal del

menor que es distinto del ordinario. El artículo 19 del Código Penal dice:

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 de Responsabilidad Penal del Menor, aprobada en enero del año 2000 y que entró en vigor en enero del año 2001 lo que hace es establecer un procedimiento completamente distinto del procedimiento penal ordinario con el fin de garantizar los derechos esenciales de las personas sometidas a ella. Lo que dice la ley es que la finalidad de todo ese procedimiento es una finalidad educativa. **La Ley de Responsabilidad Penal del Menor se aplica a las personas que cometen delitos entre los 14 y los 18 años.** A los que cometen delitos antes de cumplir los 14 años no se les aplica ni el Código Penal ni la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, se les aplicarían normas no penales, fundamentalmente normas civiles, administrativas,...

En principio el límite por arriba son los 18 años porque esta ley prevé la posibilidad de que pueda aplicarse también hasta los 21 años, a los que denomina jóvenes, en determinados casos, cuando se trate de delitos de poca gravedad y no tengan antecedentes penales. Hay todavía otra edad más que son los 16 años, que se puede tener en cuenta para algunas agravaciones, para algunos problemas concretos.

Para el menor que ha cometido un delito la Ley de Responsabilidad Penal del Menor establece una serie de medidas (técnicamente no son medidas de seguridad) que empezando por la más grave que es la de internamiento serían, entre otras, las siguientes:

- ◆ internamiento en régimen cerrado
- ◆ internamiento en régimen semiabierto (de día se le permite salir aunque su residencia es en ese centro)
- ◆ internamiento en régimen abierto (permite unas salidas regulares aunque tiene que volver)
- ◆ internamiento terapéutico

Otras medidas sin internamiento son:

- ◆ tratamiento ambulatorio, externo
- ◆ libertad vigilada
- ◆ convivencia con otra familia distinta de la del sujeto
- ◆ prestaciones en beneficio de la comunidad
- ◆ realización de tareas socio-educativas

La ley tiene prevista para todas estas medidas una duración determinada. La duración máxima para estas medidas es de **2 años** pero en casos graves y si el menor tiene ya los 16 años podrá elevarse hasta los 5 años. Y si los casos son muy graves todavía se le puede añadir a esos 5 años de internamiento otros 5 de libertad vigilada.

FIN

TEMA 9.– LA CULPABILIDAD (CONTINUACIÓN)

V. Las formas de culpabilidad

Supongamos que tenemos a una persona imputable que comete un delito, para ser culpable esa persona tiene que haber actuado bien con dolo bien con culpa.

A) El dolo: Concepto. Elementos. Clases

Es la más grave. Existe dolo cuando existe una voluntad conscientemente dirigida a la realización de una conducta típica y antijurídica. El dolo exige:

1º) un conocimiento de que la conducta es antijurídica. Es el **elemento intelectual del dolo**. Este primer elemento significa que el sujeto tiene que conocer todos los hechos relativos a la acción: tiene que conocer que existe una persona viva y que esa conducta que va a realizar le puede causar la muerte. Por ejemplo en algunos delitos sexuales en los que la víctima tiene que pasar de 13 años, ese dato tiene que conocerlo el sujeto para poder decir que actúa con dolo. El sujeto tiene que conocer la significación de su acción, tiene que conocer los elementos normativos del tipo, pero no con precisión. Por ejemplo en alguna modalidad de agresión sexual se exige alguna anomalía psíquica, se exige que el sujeto sepa que la víctima padecía esa anomalía. El sujeto tiene que conocer la significación antijurídica de la conducta, que es una conducta contraria a derecho, que está prohibida.

2º) La voluntad de realizar esa conducta antijurídica. Es el **elemento volitivo del dolo**.

Este segundo elemento hace referencia a la voluntad del sujeto de realizar esa conducta. Como la gran mayoría de los delitos del Código Penal son delito de resultado, **el dolo consiste en querer la acción y querer el resultado**. Los tribunales lo que hacen normalmente, es decir, que existe un dolo continuado aunque haya algún momento en el que no haya intención. Por ejemplo el caso de la pelea entre el marido y el amante de la esposa:

- ◆ en el primer momento sólo hay unas lesiones dolosas (pelea entre marido y amante).
- ◆ En el segundo momento en el que interviene la mujer hay una intención clara de matar. Ahí hay un homicidio doloso pero falla por tanto es un homicidio doloso en grado de tentativa (la esposa le coloca una cuerda al cuello y tira de él causándole lesiones leves).
- ◆ En el tercer momento, convencidos de que el marido estaba muerto es cuando queriendo simular su ahorcamiento, le produce la muerte por ahogamiento. Aquí no hay intención de matar porque estaban convencidos de que estaba muerto. Sería homicidio culposo consumado.

25-02-02

Hay que matizar el concepto de dolo. La jurisprudencia ha ido elaborando la distinción entre dos grandes clases de dolo:

1- **dolo directo**, dentro del cual la jurisprudencia distingue:

- dolo directo de primer grado
- dolo directo de segundo grado

2- **dolo eventual**

El **dolo directo de primer grado** es totalmente diferente del homicidio en primer grado que sale en las películas americanas que equivaldría, en español, a un asesinato. Dolo directo de primer grado es querer la acción y querer el resultado. El resultado es el fin que el sujeto perseguía.

En el **dolo directo de segundo grado**, el resultado no es querido por el sujeto pero va unido necesariamente al resultado que el sujeto quería. Es lo que en jurisprudencia se conoce como **dolo necesario**. Por ejemplo, una persona que quiere matar a otra y pone una bomba en el avión en el que viaja esa persona causando muchas muertes. La muerte de la persona a la que quería matar es dolo directo de primer grado. La muerte de los demás viajeros es dolo directo de segundo grado.

Del **dolo eventual** se empezó a hablar a partir de fines del siglo XIX. Hubo una sentencia famosa en este sentido que fue el caso de los mendigos rusos. Se trataba de un grupo de mendigos rusos que se encontraban en una ciudad alemana que para pedir limosna utilizaban a niños a los que mutilaban para mover más a la compasión. Una vez se les murió uno de los niños y luego hubo una segunda vez en la que se les murió otro niño. Con respecto a la muerte del segundo niño los tribunales dijeron que era un homicidio pero no practicado con dolo directo de primer grado pues desde luego ellos no querían que el niño muriese, todo lo contrario. Tampoco había dolo directo de segundo grado porque la muerte no iba unida a la mutilación, de hecho habían mutilado a muchos niños y sólo había muerto uno. Para explicarlo penalmente se utilizó la figura del dolo eventual que hace referencia a los casos en los que el sujeto advierte la probabilidad de que se produzca el resultado y sin embargo actúa.

Ahora dolo no sólo es querer la acción y querer el resultado sino que abarca también los casos en los que el sujeto no quiere ese resultado pero si se produce lo acepta. Por ejemplo el caso del que envía un paquete-bomba y éste explota antes de tiempo, en las manos del mensajero. El sujeto que envía el paquete advierte la probabilidad del resultado y lo acepta.

El Código Penal no dice nada de esto, para el Código Penal español todas las clases de dolo son iguales a efectos penales. Un homicidio es igual cometido con dolo directo en primer grado que en segundo, que con dolo eventual, son delitos dolosos los tres, exactamente iguales.

B) La culpa: Concepto y clases.

La culpa o imprudencia es la forma más leve de culpabilidad. Se ha utilizado siempre la palabra culpa y en el Código Penal vigente se utiliza **imprudencia**.

La imprudencia consiste en que el sujeto infringe un deber de cuidado, el sujeto obra sin la diligencia debida. La imprudencia tiene que ir referida siempre hacia una acción típica y antijurídica. Actúa con imprudencia el que infringe un deber de cuidado y como consecuencia de esa infracción realiza un hecho típico y antijurídico que era previsible y evitable. Su imprudencia produce un resultado dañoso. Si el sujeto hubiese actuado de forma diligente el resultado típico no se habría producido, se habría evitado el resultado, lo que quiere decir que el resultado era previsible y evitable. Si el resultado no fuese previsible difícilmente se hubiese podido evitar, no se podría entonces castigar por conducta imprudente. Para que haya imprudencia tiene que haber una falta del deber de cuidado. Tiene que haber además una relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado. En la imprudencia también hay voluntad. La conducta imprudente es una conducta involuntaria. En el dolo hay una voluntad dirigida al resultado en cambio en la imprudencia hay también voluntad pero esta no va dirigida al resultado, la conducta es voluntaria. Por ejemplo el caso de un conductor imprudente que causa la muerte de un peatón, se trata de un homicidio imprudente ya que el conductor no tenía la voluntad de matar a nadie. Por eso el dolo es más grave que la imprudencia. ¿Por qué se castiga penalmente a los conductores imprudentes? Hay muchas respuestas, la más extendida es:

- ◆ la conducta imprudente demuestra que el bien jurídico protegido no tenía para el sujeto la importancia que debía tener. Entonces el castigar tendría la función de reforzar en las personas la importancia, el interés por los bienes jurídicos.

Esto se ha matizado recientemente, se parte de la misma idea, la falta de interés por esos bienes esenciales pero esa falta de interés no es por un bien jurídico concreto sino que es una forma de ser de esa persona. Entonces a esa persona se le castiga, no por esa manera de ser, por su carácter, por ser persona imprudente sino porque su imprudencia ha producido un resultado dañoso.

Dentro de la imprudencia o culpa los tribunales distinguen:

- ◆ la **imprudencia o culpa consciente** que también se llama culpa con representación del

resultado. El sujeto se representa la posibilidad del resultado y sin embargo actúa.

- ♦ **Culpa inconsciente** en la que el sujeto ni siquiera se representa la posibilidad del resultado cuando debía o podía habérselo representado.

Esta distinción no quiere decir nada sobre su gravedad. El problema está en que la culpa consciente se aproxima mucho a la definición de dolo eventual, son dos figuras muy parecidas, difíciles de distinguir. Si se trata de un homicidio con dolo eventual se castigará como homicidio doloso. Si se trata de un homicidio con culpa inconsciente se castiga como homicidio pero mucho menos grave. Los tribunales manejan dos criterios para distinguir entre ambas según el sujeto acepte o no el resultado:

1) La **teoría del consentimiento** que dice que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa inconsciente está en que en el dolo eventual el sujeto acepta o no la producción del resultado, en el dolo eventual se produzca o no el resultado el sujeto actuaría igual. En la culpa inconsciente el sujeto advierte la posibilidad, advierte el peligro pero confía en que el resultado no se produzca.

Esta teoría del consentimiento tiene el problema de que es una teoría totalmente subjetiva, se basa exclusivamente en una actitud interna del autor y por ello habrá muchos casos en los que será bastante difícil ponerse en la situación del autor. Tiene además otro inconveniente pues en el fondo toda persona que realiza una actividad peligrosa sabiendo que lo es en el fondo esa persona está aceptando el resultado o por lo menos está mostrando mucha indiferencia por el resultado.

2) La otra es la **teoría de la probabilidad** que dice que la diferencia está en el grado de probabilidad de producción del resultado. El dolo eventual se da en aquellos casos en los que la probabilidad de producción del resultado es alto. En la culpa inconsciente es baja. El dolo eventual se presenta en los casos en los que el sujeto ve el resultado como probable y la culpa inconsciente se presenta en los casos en los que el sujeto ve el resultado como posible.

Esta es una teoría totalmente objetiva, no hay análisis interno pero evidentemente tiene algún inconveniente como por ejemplo que es muy imprecisa.

Estas dos son las teorías que los tribunales españoles utilizan para resolver los casos. De las dos una gran mayoría de sentencias se inclinan por la teoría del consentimiento.

26-02-02

La imprudencia es una conducta voluntaria no con respecto al resultado pero sí en cuanto a la conducta, la conducta es libre.

Los tribunales utilizan generalmente la palabra **malicia**, el dolo se caracteriza por una voluntad maliciosa mientras que la imprudencia no. Esa es la razón de que el dolo sea una forma de culpabilidad más grave que la imprudencia.

Las clases de culpa que hemos visto, consciente e inconsciente, no indican nada sobre la gravedad, no tiene relevancia desde ese punto de vista. El Código Penal vigente distingue dos clases de imprudencia distintas a la de consciente e inconsciente; distingue entre:

- **imprudencia grave**
- **imprudencia leve**

El problema es distinguirlas en la práctica y eso es algo que tienen que valorar los jueces.

Los códigos penales anteriores hablaban de:

- imprudencia temeraria
- imprudencia simple

Pero el problema era el mismo a la hora de valorarlas.

Vamos a ver dos casos del Código Penal anterior:

1) una sentencia en la que es procesado un médico que pensando que era un tumor maligno y sin realizar las pruebas pertinentes extirpó la carótida y el nervio facial a un paciente. Al realizar luego las pruebas se comprobó que el tumor era benigno. El paciente quedó con importantes lesiones que le impedían ver bien, comer,... Los tribunales consideraron que era imprudencia grave.

2) un médico realiza a una paciente de 16 años una operación por unos defectos de nacimiento en las piernas. A las pocas horas sufre fuertes dolores en las piernas debido a la escayola que estaba demasiado apretada. Se le produjo necrosis por lo que tuvieron que cortarles los miembros. Los tribunales consideraron que era una imprudencia leve, una infracción del deber de cuidado.

El profesor no se explica la razón por la que los tribunales consideran una como grave y la otra como leve, no ve la diferencia. Yo tampoco.

En el Código Penal de 1995 hay dos clases de imprudencia: una grave y otra leve. Lo primero que hay que decir es que solo se castiga, cuando hay imprudencia:

1- los hechos constitutivos de delito, no los constitutivos de falta

2- no se castigan todos los hechos constitutivos de delito sino solo en aquellos casos en los que el legislador lo dice expresamente.

El legislador de 1995 ha decidido que los delitos imprudentes sólo se castiguen en algunos delitos concretos. Cuando hablamos de los delitos que aparecen en el Código Penal siempre se trata de delitos dolosos pero en algunos casos concretos el legislador ha decidido castigarlos también cuando se han realizado por imprudencia. Por ejemplo el homicidio con imprudencia grave del artículo 142 del Código Penal: *El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años*. Cuando el Código Penal no dice nada ese delito por imprudencia queda impune. A simple vista habrá unos 20 o unos pocos más delitos castigados por imprudencia. Este principio de no castigar los delitos cometidos por imprudencia es una consecuencia del principio de intervención mínima: el Derecho penal no protege a todos los bienes jurídicos y cuando los protege sólo lo hace contra las acciones más graves. El legislador lo que ha hecho es seleccionar algunos delitos que atentan contra los bienes jurídicos más importantes y ha decidido castigarlos también cuando se cometen por imprudencia. A partir de este punto tenemos dos posibilidades:

En los casos de hechos constitutivos de delito cometidos por imprudencia grave

1- cuando exista imprudencia grave, siempre hablando de hechos constitutivos de delito, se castiga como delito en esos casos concretos en los que el legislador lo señala expresamente (por ejemplo el artículo 142 del Código Penal: el homicidio con imprudencia)

2- en su caso, un hecho constitutivo de delito, cometido por imprudencia grave se puede castigar

como falta (el único ejemplo es el del artículo 621 del Código Penal: *1. Los que por imprudencia grave causaren algunas de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.*

2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

3. Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito, serán castigados con pena de multa de quince a treinta días.

4. Si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además, respectivamente, la privación del derecho a conducirlos por tiempo de tres meses a un año.

5. Si el hecho se cometiera con arma podrá imponerse, además, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres meses a un año.

6. Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.)

En los casos de hechos constitutivos de delito cometidos por imprudencia leve se castigan como falta, por ejemplo en el artículo 621, en el caso de una muerte causada por imprudencia leve que se castiga como falta.

Tenemos así los tres tipos:

Homicidio doloso del artículo 138 del Código Penal

Homicidio por imprudencia grave del artículo 142 del Código Penal

Homicidio por imprudencia leve del artículo 621 del Código Penal.

A esta regulación básica tenemos que añadir unos detalles:

%Hay algunos casos en los que el Código Penal recoge los casos de imprudencia profesional siempre vinculadas a alguno de esos supuestos. La imprudencia profesional es la negligencia en el ejercicio de la profesión. Lo que suponen para el legislador es una agravación de la pena.

%Hay que tener en cuenta aquellos casos en los que hay otras circunstancias como por ejemplo, cometer el delito utilizando un vehículo de motor o un arma de fuego. Esas circunstancias, uso de vehículo de motor o arma de fuego, pueden suponer una pena añadida a la pena por imprudencia.

%En los casos en los que las conductas (delitos imprudentes) se castigan como falta, de acuerdo con el artículo 621.6 del Código Penal, éstas se convierten en infracciones privadas solo perseguibles a instancia de parte, a instancia de la persona ofendida o de su representante legal.

VI. Ausencia de formas de culpabilidad: El error.

El error consiste en la falsa representación de un hecho o de su significación antijurídica. Pueden ser dos cosas distintas:

1) falsa representación de un hecho

Sucede en casos en los que el sujeto tiene una representación equivocada de los hechos que integran un tipo delictivo. Por ejemplo una persona que se lleva un paraguas ajeno creyendo que es suyo. En el caso del amante y la mujer que matan al marido, ambos tenían una falsa representación de los hechos que integran el tipo delictivo, un error sobre los hechos que afectan al tipo.

2) error sobre la significación antijurídica

Se da en los casos en los que el sujeto cree que la conducta que realiza es una conducta conforme a derecho cuando en realidad no es así. Sería el caso, por ejemplo, de un propietario de un club de alterne de Lugo que tenía camareras y que argumentaba en su defensa que había muchos clubs como el suyo con camareras y que por tanto pensaba que era una actividad lícita, no conocía la ilicitud de ese hecho.

Estas dos modalidades de error se conocen en Derecho penal con los siguientes nombres:

1) error de tipo en el caso de la falsa representación del hecho

2) error de prohibición o sobre prohibición en el caso de conocimiento erróneo.

Aparte de estas dos grandes clases de error hay otra distinción importante entre:

– error vencible: es aquel que el sujeto podría haber corregido con cierta diligencia

– error invencible: es aquel error que el sujeto no podría corregir aunque pusiera de su parte toda la diligencia, voluntad,...

Esto nos da una pista sobre los efectos del error. Si es una situación de error de la que el sujeto por mucho que haga no podría salir, no se le podría castigar por esa conducta. En el otro caso, si con un poco de diligencia hubiera salido de su error ya nos llevaría, entonces, a la idea de imprudencia, sería una conducta negligente, imprudente. El Código Penal recoge todo esto en un artículo que es el 14, dedicado a los efectos del error. El Código Penal lo que hace es combinar estos dos elementos, error de tipo y error de prohibición y después según se trate de vencible o invencible. El artículo 14 dice:

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Si el error de tipo fuera vencible sería castigado, en su caso, como imprudente. Cuando el artículo 14 dice en su caso quiere expresar que los delitos imprudentes no se castigan siempre, se castigan muy pocos. Por ejemplo el hurto del paraguas sería un error vencible de tipo por imprudencia pero el hurto imprudente no se castiga en el Código Penal, habría que rescatarlo por la vía civil.

En cuanto al error de prohibición invencible el artículo 14.3 dice: *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.* Lo que se hace es establecer una rebaja de pena en uno o dos grados. Así si la pena era de 4 a 8 años, se coge el mínimo y se divide entre 2, $(4/2=2)$ quedando la pena de 2 a 4 años. Si la rebaja es en dos grados, sobre la anterior se coge el mínimo y se divide por 2 $(2/2=1)$ quedando la pena de 1 a 2 años.

27-02-02

Con respecto a este tema hay que añadir algunos supuestos especiales de error.

Está el problema de los delitos aberrantes, casos en los que lo que existe no es una falsa representación del resultado que influye en la toma de decisión del sujeto sino una desviación involuntaria accidental en la ejecución con respecto a la intención inicial del sujeto. Se reúnen en dos grandes grupos:

1) casos de error en el objeto, se habla también de casos de error en la persona. En estos casos de error en el objeto la acción se dirige intencionadamente contra un/una objeto/persona porque el sujeto se ha confundido de objeto/persona. Todos estos casos de error por regla general son irrelevantes desde el punto de vista penal porque no hay error sobre el tipo penal, no hay error del tipo (realmente se da muerte a una persona), la identidad de la víctima no cambia nada. El sujeto quería matar a una persona y mata a una persona (aunque no sea la que quería matar), es homicidio doloso. Ese error es irrelevante.

2) Casos de error en el golpe (ABERRATIO ICTUS). En estos casos de error en el golpe la acción se dirige intencionadamente contra un objeto pero alcanza a un objeto distinto del previsto por el sujeto.

Por ejemplo, si A quiere matar a B pero falla su puntería y alcanza a C que estaba allí se trata de un error en el golpe. O si un trabajador empieza a discutir con otro y un tercero trata de apaciguarlos y en ese momento éste recibe un mazazo en la cabeza que iba dirigido a uno de los contrincantes se trataría también de un caso de error en el golpe, nunca mejor dicho.

En estos casos de error en el golpe se plantea un problema: el sujeto A realiza una única conducta (disparo, dar con una maza) y esa única conducta produce un resultado que no es un homicidio doloso pues no quería matar a C sino a B (el hecho de matar a C se trata de un homicidio consumado imprudente). Pero al mismo tiempo esa conducta de A produce otro resultado: pone en gravemente en peligro la vida de B (se trataría de un homicidio doloso en grado de tentativa). Se quería matar a una persona y de hecho se mata a una persona pero además se pone en peligro la vida de otra. Hay una sola conducta que produce dos consecuencias distintas, dos delitos y eso se llama en Derecho penal un concurso ideal de delitos. Se castigan con la pena del delito más grave en su mitad superior. Se regula en el artículo 77.2 del Código Penal: *En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.*

Cuando una persona realiza una conducta antijurídica sin dolo ni culpa (fuera del error) estamos ante lo que se llama caso fortuito, en el que no hay responsabilidad penal, no puede haber pena sin dolo ni imprudencia.

VII. La exigibilidad de conducta adecuada a la norma: su significación jurídico-penal.

Para que una persona, además de realizar una conducta típica y antijurídica, sea culpable hace falta un elemento más, le es exigible una conducta. Una persona sólo será culpable si pudo actuar conforme a derecho y no lo hizo. Esta es la idea de exigibilidad, sólo se puede reprochar a una persona si pudo actuar conforme a derecho y no lo hizo. Se basa en una idea antigua: no se le puede imponer a nadie bajo amenaza de pena una conducta heroica, excepcional. No se le puede exigir a nadie que se comporte conforme a derecho en circunstancias excepcionales. Esta idea sirve para recordar que el Derecho penal está dirigido, destinado al ciudadano medio.

En las causas de inimputabilidad la idea es que se exime de pena a una persona porque es diferente al ciudadano medio, una persona es inimputable porque es distinta de la gran mayoría de ciudadanos.

En las causas de exculpación se exime de pena porque el sujeto actúa como lo haría, en su caso, la mayoría de las personas. Se le disculpa en esas circunstancias porque la mayoría de las personas haría eso aunque no se considere una conducta justa.

Empieza a surgir esta idea en los tribunales alemanes a finales del siglo XIX, a través de la jurisprudencia, especialmente con el caso LIENENFAÜGER sobre un cochero que se negaba a llevar un transporte en un carro tirado por un caballo peligroso. El jefe le ordenó hacerlo bajo la amenaza de ser despedido si así no lo hacía y al ir por la ciudad perdió el control del carro causando atropellos. En la sentencia se estimó que el cochero no era criminalmente responsable debido a la coacción que surgía del deber de obediencia al patrono, por la situación de presión al poder perder su colocación y su pan. No le era, por tanto, exigible un comportamiento distinto. La misma situación es aplicable a un caso más moderno de un conductor de autobuses al que se le obliga a usar un autobús defectuoso, sin frenos que se despeña y provoca muertes.

El otro caso del que arranca toda la legislación actual es el caso KLAPPERSTORDE sobre la falsificación de la fecha de nacimiento de un niño por parte de la comadrona, la cual estaba amenazada por los mineros con perder su empleo, ya que si ponía la fecha real de nacimiento, o sea el sábado, al padre sólo le correspondía librar un día, el domingo, con lo cual se quedaba sin día libre. Mientras que si la comadrona le ponía que naciera el domingo el padre libraba el lunes. La comadrona incurrió en un delito de falsedad en documento público y fue procesada por ello pero los tribunales al ver la situación consideraron que estaba en una situación de no exigibilidad. Así fue como la idea fue entrando en la legislación.

VIII. Ausencia de exigibilidad. Causas de inculpabilidad basadas en el principio de no exigibilidad:

En el Código Penal vigente esta idea se recoge dentro de las causas de no exigibilidad de responsabilidad criminal del artículo 20.5 y 6:

- ◆ estado de necesidad (artículo 20.5)
- ◆ miedo insuperable (artículo 20.6)

En esos puntos se establece 5º *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

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

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6º El que obre impulsado por miedo insuperable.

A) Estado de necesidad subjetivo.

Con respecto al estado de necesidad recordar que hace referencia al hecho de provocar un mal para evitar un mal igual o mayor. En los casos en los que el mal causado es menor que el mal que se trata de evitar, los tribunales llaman a esos casos estado de necesidad objetivo, eso es causa de justificación para los tribunales, consideran que es justo que se sacrifique un bien jurídico que vale menos para salvar a un bien jurídico que vale más, el ordenamiento jurídico toma parte por uno de los bienes. Por ejemplo provocar el aborto a una madre cuando pelagra la vida de ésta si el embarazo sigue adelante.

En los casos en los que el mal causado es igual al mal que se trata de evitar, los tribunales llaman a estos casos estado de necesidad subjetivo y es una causa de exculpación para los tribunales, una causa de exención de la responsabilidad criminal. En ese conflicto entre dos bienes iguales el ordenamiento jurídico no puede considerar justo que se sacrifique un bien para salvar a otro, el ordenamiento jurídico no puede tomar partida por ninguno de los dos. Lo que se puede hacer es disculpar, exculpar a esa persona que en esa situación sacrifica un bien para salvar al otro. El ordenamiento jurídico no puede considerarlo lícito, lo único que puede hacer es disculparlo (sería el caso de 2 naufragos y sólo 1 salvavidas). El ciudadano medio haría siempre lo mismo y esa es la razón por la que los tribunales españoles hacen esa distinción. Muy correcta no es pero los tribunales la utilizan y la vamos a estudiar.

Aparte de eso todos los requisitos dichos para el estado de necesidad objetivo se pueden reproducir o trasladar aquí. También hay alguna consecuencia distinta, si la conducta sigue siendo antijurídica cabría la legítima defensa.

B) Miedo insuperable.

La otra causa de exculpación es el miedo insuperable del cual el Código Penal no da ninguna descripción, no dice en qué consiste. Para saberlo hay una larga serie de sentencias de los tribunales pues aparece con mucha frecuencia. Los tribunales vienen describiendo el miedo insuperable de una forma muy restrictiva . A lo largo del tiempo los tribunales han descrito esta situación como aquella en la que el sujeto padece una perturbación plena de sus facultades psíquicas, a un sobrecogimiento del espíritu que nubla la inteligencia y anula la voluntad.

4-03-02

Aparte de esa interpretación restrictiva del término miedo para la que los tribunales exigen un estado de ánimo con perturbación plena de las facultades psíquicas, es necesario un segundo elemento: que el miedo sea insuperable, que no se pueda superar. El Tribunal Supremo lo interpreta no en un sentido personal sino en un sentido equivalente a lo que sería un miedo insuperable para un ciudadano medio, para la generalidad de las personas. Eso es coherente con el fundamento en que se basan las causas de exigibilidad: que el sujeto actúe de la forma en que actuaría el ciudadano medio. El miedo será insuperable en la medida en que lo sea para la generalidad de las personas. Si ese miedo no produce una perturbación plena de las facultades psíquicas estaríamos ante la eximente incompleta.

Otro dato a tener en cuenta por los tribunales a la hora de aplicar el miedo insuperable es que la conducta típica y antijurídica del sujeto ha de estar impulsada exclusivamente por el miedo. Si el sujeto no actúa únicamente por miedo los tribunales no aprecian la eximente.

El miedo insuperable debe ser el miedo a sufrir un mal y por ello los tribunales vienen exigiendo que exista un peligro:

- real, cierto
- que sea inminente
- que sea grave.

Sin embargo hay que decir que en algunas sentencias se aprecia eximente de miedo insuperable en algunos casos en los que el sujeto imagina que hay un peligro grave, el miedo nace de una creencia erróneo: son los casos a los que la jurisprudencia llama de miedo putativo. Los tribunales aprecian a veces la eximente de miedo insuperable en estos casos, pero hay que recalcar que sólo en algunos casos.

Por otra parte hay que diferenciar los casos de miedo insuperable de situaciones de legítima defensa; la diferencia entre ambas está:

% la legítima defensa se basa en una agresión ilegítima

% en el miedo insuperable no hay agresión ilegítima, el miedo puede surgir de una cosa que no suponga agresión.

Con respecto al estado de necesidad, la diferencia esencial está en que:

% en el estado de necesidad se parte de una situación de conflicto en la que no hay otra salida, el sujeto no tiene otra salida que realizar una conducta típica y antijurídica.

% En los casos de miedo insuperable existirían otras salidas pero por esa situación de miedo el sujeto no es capaz de verlas.

En los casos de miedo insuperable se parte de que hay una conducta típica y antijurídica y entonces puede haber **responsabilidad civil**, es decir, la obligación de indemnizar, de pagar el daño causado. En la responsabilidad civil lo que más destaca es que esa obligación de indemnizar recae:

1º) sobre la persona que haya provocado el miedo

2º) y sólo en los casos en los que no exista la anterior recae sobre quien ha realizado el daño, es decir, sobre quien ha realizado la conducta típica y antijurídica.

Así lo expresa el artículo 118.4 del Código Penal: *En el caso del número 6º, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos los que hayan ejecutado el hecho.*

FIN

TEMA 10.– LA PUNIBILIDAD

I. Significación dogmática de la punibilidad.

La punibilidad consiste en la amenaza de una pena, una conducta típica antijurídica y culpable que está amenazada con una pena, es decir, el legislador ha previsto con el tipo penal

correspondiente la amenaza de una pena. No se debe confundir la punibilidad con la pena pues la punibilidad es la amenaza que hace la ley en abstracto, en términos generales. Por ejemplo, el artículo 138 del Código Penal que castiga el homicidio. Otro tema es la sanción concreta que es impuesta por los tribunales al autor de un delito que puede no coincidir con la punibilidad, con la amenaza legal, ya que puede ser inferior a ésta. Por ejemplo el homicidio está castigado con pena de prisión de 10 a 15 años. Esa es la amenaza genérica pero puede ser que el autor del homicidio tenga eximente incompleta con lo cual tendrá una pena inferior a la que impone el artículo 138.

Se discute que la punibilidad sea un elemento del delito. Unos defienden que no es un elemento del delito sino una consecuencia necesaria del delito ya que siempre que una persona realiza una acción contraria a derecho, esa conducta lleva aparejada una pena. No siempre es así en el derecho español ya que hay algunos casos todavía en los que una persona puede realizar una acción típica, antijurídica y culpable sin que esté amenazada con una pena, o sea, que no es punible. Son muy pocos los casos y algunos de ellos están en relación con las faltas (infracciones de menor gravedad pero que son acciones típicas, antijurídicas y culpables). Sin embargo en el Código Penal las faltas que no han sido consumadas, es decir en grado de tentativa, no son punibles salvo contra las personas y el patrimonio. Así lo establece el artículo 15.2 del Código Penal: *Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.*

También hay casos que se llaman causas personales de exclusión de la pena, casos de determinadas personas que por la posición social que ocupan, sus acciones típicas y antijurídicas no son punibles. Por ejemplo el Jefe del Estado y a escala más reducida los Diputados y Senadores por las manifestaciones que realicen en el ejercicio de su cargo (lo que para un ciudadano de a pie se podrían considerar injurias, para un Diputado o Senador sería una acción no punible). Así lo establecen los artículos 56.3 y 71 de la Constitución Española . El artículo 56.3 de la Constitución Española dice: *La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad.* Y el artículo 71:

1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. 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.

Otro caso es el que se conoce en el Derecho penal español con el nombre de excusas absolutorias: casos concretos en los que el propio legislador ha establecido que determinadas conductas, pese a ser típicas, antijurídicas y culpables no se amenacen con penas. Eso tradicionalmente se decía con una frase muy gráfica: en las causas absolutorias hay delito, hay autor pero no hay pena.

La punibilidad sí tiene una función que es la de ser índice de los valores sociales porque cuanto mayor sea la amenaza de la pena mayor importancia tendrá el bien jurídico protegido. De todas formas puede haber casos sorprendentes en el Código Penal pero eso ya depende de los valores de cada uno.

II. Las condiciones objetivas de punibilidad.

Un problema concreto que hay que mencionar es el de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Hay casos en los que existen los cuatro primeros elementos del delito (acciones

típicas, antijurídicas y culpables). Pero para que sea punible hacen falta unos requisitos excepcionales que no forman parte del tipo y que además son ajenos a la voluntad del sujeto por ejemplo el contenido en el artículo 606.2 del Código Penal. El artículo 606 dice:

1. El que violare la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

2. Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviese el carácter oficial mencionado en el apartado anterior.

El artículo 606.2 contiene una **condición objetiva de punibilidad**, para castigar ese homicidio es preciso un requisito más: **que en ese país extranjero exista una regulación paralela similar**. Esa condición no forma parte del delito y es ajena a la voluntad del sujeto. Ese dato añadido es una condición objetiva de punibilidad y si no existe, la acción no será punible.

Es muy importante distinguirlas de las condiciones de procedibilidad. Las condiciones de procedibilidad son **los requisitos necesarios, en algunos casos, para que se pueda iniciar un procedimiento penal**. No afectan a la existencia de ese delito sino al procedimiento. Si faltan, la conducta sigue siendo punible lo que pasa es que el proceso no se puede iniciar. Las condiciones objetivas de punibilidad influyen sobre la punibilidad de una conducta; si faltan la conducta no es punible. Un ejemplo de ello son los delitos privados que sólo son perseguibles a instancia de parte; es punible la acción pero no se puede perseguir de ninguna forma si la persona ofendida o su representante legal no presenta la oportuna denuncia.

III. Ausencia de punibilidad: Las excusas absolutorias.

La punibilidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. El Código Penal establece entonces, que el sujeto que ha realizado una conducta típica, antijurídica y culpable quede exento de pena. ¿Por qué existen? El fundamento de las excusas absolutorias es una razón utilitaria, existen porque en esos casos el legislador considera más útil dejar impune esa conducta que imponerle una sanción penal. Son pocos los casos de excusas absolutorias recogidos en el Código Penal español aunque hay que destacar que se percibe una tendencia al incremento de las mismas. De hecho su número ha crecido en el Código Penal vigente con respecto al anterior.

En nuestro Código Penal se consideran tales:

1º) el artículo 268.1 que declara exentas de responsabilidad a determinadas personas, por razón de su parentesco con el sujeto pasivo, en determinados delitos contra el patrimonio por ellas cometidos. **Se trata de delitos patrimoniales sin violencia entre personas unidas por vínculos de parentesco**. La razón es que el legislador considera más útil resolver esos problemas sin acudir al Derecho penal dejando abierta la vía civil. El artículo 268.1 del Código Penal establece:

Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieran separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

2º) Los artículos 305.4, 307.3 y 308.4 que declaran exento de responsabilidad penal al que regularice su situación tributaria o ante la Seguridad Social, o reintegre las cantidades recibidas en concepto de subvención pública, siempre que ello se haga antes de que se le notifique la iniciación de una inspección o de que se haya interpuesto denuncia o querrela. Se trata de personas que ya han cometido un delito fiscal, es decir, ya está consumado el delito, pero el legislador prefiere, por motivos de utilidad, cobrar la deuda antes que poner una pena de prisión al sujeto, eso sí, el legislador le deja un plazo limitado para que se arrepienta y pague lo que deba.

3º) El artículo 354.2 del Código Penal que deja exento de pena al que *prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor*. El fundamento utilitario aquí sí es evidente, lo que le interesa al legislador es que no se quemé el monte.

4º) También tiene ese sentido utilitario el delito de cohecho, artículo 427 del Código Penal:

Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

El legislador deja abierto un período de tiempo para que el que cometió el delito de cohecho (soborno) se vuelva atrás.

5º) El artículo 454 del Código Penal:

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto de número 1 del artículo 451.

El legislador prevé en este caso la exención de pena para casos de encubrimiento entre determinados parientes.

6º) El artículo 462 del Código Penal:

Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia de falso testimonio se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado.

7º) El artículo 480 del Código Penal:

Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

Según el artículo 549 del Código Penal será también aplicable al delito de sedición. Las razones utilitarias son también evidentes en ambos casos.

Todas estas excusas absolutorias producen el mismo efecto de exención de pena.

FIN

5-03-02

TEMA 11.- EL *ITER CRIMINIS*

Hemos visto hasta ahora los 5 elementos que integran el concepto de delito pero se trata de un concepto básico de delito pues se parte de la situación más elemental, se da por supuesto la base de que hay un único autor, un único delito, el delito es consumado y no hay circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Pero existen unas formas especiales de aparición del delito que se apartan del concepto básico de delito bien porque hay varios autores, bien porque el delito no se ha consumado o porque hay circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

I. Actos internos

Desde el momento en que en la mente de una persona surge la idea de cometer un delito hasta que ese delito se consuma hay un período de tiempo que a veces es inexistente pero otras veces es muy prolongado. Ese período de tiempo es lo que en Derecho penal se conoce como *ITER CRIMINIS* que significa *camino del crimen*, el cual puede ser muy largo o muy corto. Normalmente tiene dos grandes fases:

1) fase interna. Se desarrolla dentro de la mente del sujeto cuando la persona piensa sobre las posibilidades, oportunidades o inconvenientes de cometer el delito y toma la decisión de delinquir. Toda esta fase interna, por supuesto, es impune, es irrelevante penalmente. No sólo el Derecho penal no interviene contra las ideas o pensamientos sino que incluso la resolución de cometer el delito aunque el sujeto la manifieste al exterior, es impune. El comunicar al exterior la decisión de cometer el delito es impune salvo en algún caso como por ejemplo el delito de amenazas que se trata precisamente de manifestarle a una persona la resolución de cometer un delito contra ella. En este caso sí es punible porque el legislador considera que esa amenaza es intolerable porque afecta a las condiciones de vida de esa persona.

2) Fase externa en la cual el sujeto empieza a realizar actos, actos encaminados a preparar la ejecución del delito. Son los actos preparatorios.

II. Actos preparatorios

En la fase externa el sujeto empieza a realizar actos que normalmente están encaminados a preparar la ejecución del delito. Son los actos preparatorios como por ejemplo buscar cómplices que ayuden a ejecutar el delito, buscar elementos para ejecutar el delito, ... aunque hay delitos que no tienen actos preparatorios.

Con respecto a estos actos preparatorios hay que decir que son por principio impunes. Hoy ya no se discute este tema pero se discutió durante mucho tiempo porque se consideraba que eran peligrosos al existir en los mismos ya una intención delictiva.

Se impuso finalmente la opinión contraria, que no se deben castigar esos actos preparatorios por dos razones:

a- porque en los actos preparatorios no hay todavía suficiente peligrosidad objetiva, no se ha creado un peligro objetivo para un bien jurídico

b– también se dice que no se deben castigar porque son de naturaleza muy indeterminada. Los actos preparatorios son difíciles de definir y de saber que actos son preparatorios y cuales no en cada delito concreto y por eso se decide no castigarlos.

Excepcionalmente sí hay casos en los que se castigan. Son dos las posibilidades:

A) Tipos contruidos específicamente sobre actos preparatorios.

Hay casos en los que una conducta que sería un acto preparatorio se castiga pero no como acto preparatorio de otro delito sino que se castiga como un delito independiente. Por ejemplo tener un arma de fuego ilegalmente se castiga como un delito independiente, delito de posesión ilícita de armas.

El que se castigue como un delito independiente tiene una consecuencia práctica importante: si en el caso anterior el sujeto comete un homicidio con esa arma se le va a castigar por los dos delitos, por el homicidio y por la tenencia ilícita de armas.

Otro ejemplo es el artículo 400 del Código Penal: *La fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores*. Los delitos a los que hace referencia este artículo son los actos preparatorios para los delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados, falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles, falsificación de documentos privados y también la falsificación de certificados. Los descritos en el artículo 400 son evidentemente actos preparatorios de los delitos mencionados y el legislador ha decidido castigarlos como delitos independientes.

B) Conspiración, proposición y provocación para delinquir.

Aquellos casos de actos preparatorios que son punibles como tales actos preparatorios son solamente tres:

- ◆ la conspiración para delinquir
- ◆ la proposición para delinquir
- ◆ la provocación para delinquir

El legislador ha decidido castigarlos porque ha considerado que en estos tres supuestos el hecho de que haya varias personas que se han comprometido ejecutar algún delito, se han comprometido en la futura ejecución del delito, lo hace más peligroso. Estos tres actos preparatorios punibles, son punibles únicamente con relación a algunos delitos concretos. No es punible la conspiración para un pequeño hurto pero sí para cometer un homicidio. Sólo son punibles en esos casos (ver especialmente en los delitos contra la vida).

Esta materia de estos tres actos preparatorios punibles es una de las materias que a lo largo de la codificación española ha cambiado constantemente. Unos Códigos Penales los castigaban con relación a todos los delitos mientras que otros sólo los castigaban con relación a algunos delitos. Incluso se ha dicho que el régimen de castigo de estos tres actos preparatorios era uno de los baremos que se podía utilizar para analizar el carácter autoritario (si los castigaban en relación a todos los delitos) o liberal (los castigaban solo en relación con algunos delitos) de un código.

Hay que hacer dos advertencias en relación con estos actos preparatorios:

1ª) Que sean actos preparatorios no impide que tengan que reunir los 5 elementos para ser

punibles. Son tan delito como cualquier otro delito pero tienen que ser una acción típica, antijurídica, culpable y punible

2ª) Estos actos preparatorios punibles se castigan sólo si el *iter criminis* se detiene en ellos. Si el sujeto sigue adelante, lo que haga después absorbe esos actos preparatorios punibles. Por ejemplo si varias personas conspiran para cometer un homicidio y la policía los detiene antes de cometerlo, se les castigaría por conspiración. Pero si los detiene después de que ya hayan cometido el delito se les castigará sólo por el homicidio consumado.

CONSPIRACIÓN para delinquir

Está definida en el artículo 17.1 del Código Penal: *La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.*

Con respecto a esta definición legal lo que interesa aclarar es que la clave de la conspiración está en esa última frase resuelven ejecutar. Para que exista conspiración tiene que haber una resolución de ejecutar el delito. El simple cambio de impresiones sobre la ejecución del delito, todo eso que hay antes no es conspiración hasta el momento en que resuelven ejecutarlo. Para que exista conspiración estos sujetos tienen que resolver ejecutar el delito como autores, tienen que resolver ejecutarlo ellos. No hay conspiración en esos casos en los que varias personas acuerdan que se cometa un delito y contratan a alguien para que lo ejecute, será otra cosa pero no conspiración.

Se trata en todo caso de conspiración para cometer delitos, no faltas.

Esta resolución de delinquir tiene que ser resolución de ejecutar un delito concreto (uno o varios delitos) ya que tampoco hay conspiración en una resolución genérica de cometer delitos. Tiene que ser una resolución de ejecutar un delito concreto porque ese delito que se prepara es el delito que va a servir de base para establecer la pena de los conspiradores. Los actos preparatorios se castigan en función del delito que se prepara. Así si conspiran para cometer un homicidio, la pena que se le imponga irá en relación a la pena impuesta para el homicidio. La pena que se aplica es la pena inferior en 1 ó 2 grados a la del delito consumado.

Existe la posibilidad de que los conspiradores resuelvan cometer varios delitos concretos. En ese caso el procedimiento normal que siguen los tribunales es considerar que existe una única conspiración y por lo tanto la pena se impone a partir de la pena establecida para el delito más grave reducida en 1 ó 2 grados de los que planeaban cometer. Esto se podría discutir un poco.

Existe además la posibilidad de que algunos de los conspiradores desista de continuar adelante. En estos casos, para los que el Código Penal no dice nada, lo que sucede es que se considera que ese que desiste quede impune, no se le impone ninguna pena.

PROPOSICIÓN para delinquir

Está regulada en el artículo 17.2 del Código Penal: *La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.*

En esta definición legal hay que destacar que la expresión *el que ha resuelto cometer un delito* tiene una interpretación discutida. Se manejan dos interpretaciones:

- ♦ La primera forma de interpretarla es que la persona ha tomado la decisión de cometer él el delito.

- ◆ La segunda forma de interpretarla es que la persona ha decidido que se cometa un delito pero no va a ser él el que lo ejecute.

Tenemos, por tanto, una persona que ha resuelto la comisión de un delito e invita a otra para que lo ejecute con él o a una persona que quiere que se cometa un delito e invita a otra para que lo cometa (por ejemplo, le paga al otro para que mate a cierta persona). La clave de la proposición es la invitación a otras personas a la ejecución de un delito. Lo que vienen exigiendo los tribunales es:

- ◆ que sea una invitación hecha directamente a una persona o personas concretas
- ◆ También es una invitación para cometer algún o algunos delitos concretos.
- ◆ Se trata en todo caso de cometer delitos, no faltas.
- ◆ Lo que exigen también los tribunales es que sea una invitación razonable, que no sea una invitación absurda o descabellada.
- ◆ La proposición consiste solamente en invitar a otra persona a cometer un delito. No es preciso que esa persona acepte la invitación, desde el momento en que hay esa invitación, hay proposición. Pero hay invitaciones tan absurdas que no constituyen realmente proposiciones.
- ◆ La proposición se castiga también en función del delito principal y se establece la misma pena que para la conspiración, es decir, la pena inferior en 1 ó 2 grados a la pena del delito principal.

11-03-02

PROVOCACIÓN para delinquir

Se regula en el artículo 18 del Código Penal:

1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

La provocación tiene varias características:

- ◆ es incitación directa a la comisión de un delito
- ◆ es además una incitación concreta a cometer uno o varios delitos concretos. No es una incitación genérica
- ◆ es incitación a un delito, no a una falta. Penalmente no hay provocación para cometer una falta
- ◆ la provocación se realiza a destinatarios indeterminados, inconcretos. Es característico de la provocación hacerlo desde los mass media o en actos públicos (en clase, ...)
- ◆ no se exige que se acepte la provocación, no es necesaria la aceptación, es irrelevante. Si alguno acepta y ejecuta el delito entonces no es provocación, sería inducción.
- ◆ Es una figura parecida a la proposición, la diferencia es el carácter del destinatario que aquí es inconcreto frente al de la proposición que es determinado

◆ la proposición para delinquir se castiga igual que los otros actos preparatorios punibles, con una pena inferior en 1 ó 2 grados a la correspondiente del delito a que se incita. En el artículo 18 aparece una definición de apología del delito, elogio del delito o de su autor. Esta es una figura discutida y con problemas al ser aplicada por los jueces ya que roza con la libertad de expresión, de ahí los problemas.

El legislador de 1995 castiga la apología sólo en los casos de provocación para delinquir:

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito

III. Actos de ejecución: la tentativa.

Es el paso siguiente en el *iter criminis*. Es importante distinguir actos preparatorios de actos de ejecución. Los actos preparatorios son, en principio, impunes. Los de ejecución son, en principio, punibles. Por esos es preciso distinguirlos. La diferencia es importantes pero es difícil de distinguir en la práctica, es difícil separar a veces la preparación de la ejecución. Hay muchas definiciones.

Actos de ejecución son los que forman parte integrante del comportamiento típico. Desde el punto de vista formal son parte integrante los actos con relación directa con el verbo del núcleo del tipo penal. Así en el homicidio, el núcleo del tipo es matar y los actos de ejecución tienen relación con ese núcleo. Buscar cómplices es acto preparatorio porque no tiene relación; disparar sí tiene relación con el núcleo matar, aunque se falle.

Hay otro criterio, el material, forman parte íntegra del comportamiento típico los actos de peligro directo para un bien jurídico. Se pueden combinar los dos puntos de vista. Así apuntar con un arma sería un acto preparatorio, impune formalmente, al ser preparatorio, pero con un criterio material se pone en peligro la vida y entonces sí es punible. Es difícil delimitar los actos preparatorios de los de ejecución.

Una persona puede realizar actos de ejecución y el resultado no se produce. Es la forma imperfecta de ejecución. Tradicionalmente, hasta 1995, recogía dos formas imperfectas de ejecución:

- ◆ tentativa
- ◆ frustración

La frustración ha desaparecido del Código Penal, hoy sólo se reconoce la tentativa.

Las notas características de la tentativa son, según el artículo 16 del Código Penal:

- ◆ Consiste y precisa resolución de delinquir. La tentativa siempre es dolosa, no hay tentativa imprudente.
- ◆ Siempre es resolución de cometer un delito y no una falta. La tentativa de faltas en principio es impune, salvo dos excepciones: faltas contra personas y patrimonio.
- ◆ Realización de actos de ejecución por el sujeto. El sujeto puede realizar todos o parte de los actos de ejecución. Objetivamente esos actos de ejecución deberían producir el resultado.
- ◆ Que el resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Es importante para el concepto de tentativa. Los casos sin resultado por voluntad del autor

se conocen con el nombre de desestimiento y entonces los actos de ejecución son impunes hasta ese momento. Son impunes salvo que constituyan por sí mismos otro delito distinto y consumado. Por ejemplo el artículo 179 del Código Penal:

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años.

Aunque el autor desista hay o puede haber delito de agresión sexual.

En la tentativa el autor pudo realizar todos o parte de los actos y según esos el desestimiento varía:

- ◆ Si sólo ha realizado parte de los actos necesarios y el sujeto se abstiene, entonces hay desestimiento voluntario.
- ◆ Si realiza todos los actos, no basta con abstenerse, se exige lo que se llama tradicionalmente arrepentimiento activo, es decir, la conducta activa del sujeto para impedir el resultado.

El problema principal del desestimiento voluntario es qué se entiende por tal desestimiento voluntario. Se discute en los tribunales, es frecuente que una persona que inicia la ejecución del delito, cambie de idea por razones sobrevenidas, generalmente en delitos contra el patrimonio (descubren medidas de seguridad, pueden ser vistos, por gritos de la víctima, etc.). Se duda entonces si es desestimiento voluntario o si es desestimiento forzado. Por ejemplo, el acusado fue a casa ajena a por una cantidad pero se arrepiente al comprobar que puede ser visto. Los tribunales tienden a negar el desestimiento voluntario cuando el sujeto desiste por circunstancias sobrevenidas. Son circunstancias imprevistas sobrevenidas que producen abandono, no desestimiento voluntario.

A veces hay fórmulas antiguas que se recogen:

- ◆ Teoría Psicológica: el desestimiento es voluntario en casos en que el sujeto no quiere aunque puede. El desestimiento no es voluntario cuando quiere pero no puede. Es una fórmula alemana y aparece a veces en los tribunales.

La tentativa se castiga en el artículo 62 del Código Penal con una pena inferior en 1 ó 2 grados correspondiente al delito consumado. Esto es discutible. El artículo 62 del Código Penal dice:

A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

Este artículo dice que para imponer la pena, los tribunales atienden a dos factores:

- ◆ peligro creado con la tentativa
- ◆ grado de ejecución alcanzado, lo que se acerca a la ejecución del delito.

El artículo 16.3 recoge el supuesto especial del desestimiento, en que son varias personas las que participan en el delito y alguno o algunos –no todos– desisten voluntariamente, con lo que quedan impunes por los actos realizados, si impiden o intentan impedir la ejecución del delito, la consecución del resultado. Dicho artículo 16 del Código Penal establece:

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. *Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.*

3. *Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.*

12-03-02

Hay que hacer referencia a una situación muy parecida a la tentativa pero que tiene un matiz distinto: es el delito imposible. Con este nombre se hace referencia a algunos casos en que la conducta del sujeto es inadecuada para la consumación del delito. Hay resolución de delinquir, hay algunos actos de ejecución pero no hay resultados por la imposibilidad de producción del delito. Esta imposibilidad de cometer el delito se puede deber a dos factores:

a) porque los medios empleados por el sujeto no son idóneos, no son los correctos

b) porque no existe sujeto pasivo u objeto material.

Estos casos se conocen también con el nombre de tentativa inidónea. Los casos que se pueden ver son amplísimos, hay amplia jurisprudencia sobre casos de delito imposible. Algunos ejemplos de esos dos tipos son:

a) uno sacado de la jurisprudencia alemana de una mujer aterrorizada porque se había quedado embarazada que empezó a tomar manzanilla pensando que así se le produciría un aborto. Otro ejemplo es el de una cocinera que deseando desembarazarse de la doncella de la casa a la que consideraba su enemiga en el terreno amoroso colocó una cantidad de pólvora debajo de la cama de esta pero era una cantidad tan pequeña que no le produjo a la doncella daño alguno.

b) Ejemplos del segundo caso son el de una procesada que creía que se hallaba embarazada y se lo contó a un amigo; decidieron que debía abortar por lo que se lo propusieron a otra mujer que utilizó una sonda jabonosa para producir el aborto pero lo único que se produjo fue una hemorragia comprobándose después que no había existido tal embarazo y por lo tanto tampoco existió el aborto. Otro caso es el de una mujer que dio muerte a su hijo recién nacido comprobándose luego que el niño ya había nacido muerto. Otro caso es el de un hombre que disparó sobre el asiento de un coche creyendo que estaba allí el conductor pero este había salido del coche sin que el que portaba el arma se enterara. También es el caso de un grupo de personas que entraron en una empresa a robar la caja fuerte y después de varias horas de trabajo arduo consiguen abrir la caja fuerte para comprobar que no había nada en ella.

En los Códigos Penales anteriores se castigaban los delitos imposibles con la misma pena que si fuera una tentativa. En el Código Penal vigente no se dice nada sobre la regulación del delito imposible. La única solución es ver si se puede castigar como la tentativa, es decir, con la pena inferior en 1 ó 2 grados. En el artículo 16.1 del Código Penal se dice:

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

Si miramos los casos anteriores, los actos realizados objetivamente no pueden producir el resultado. En principio la primera conclusión es que estos casos de delito imposible que no encajan bajo la definición de tentativa deben ser impunes. Pero eso no parece demasiado justo porque no todos los casos de delito imposible son iguales. Como no hay solución legal y no parece justo considerar todos los posibles casos de delito imposible de la misma forma, lo que se está empezando a utilizar es un criterio de interpretación que parte del socorrido ciudadano medio. En aquellos casos en que un ciudadano medio que actúe como observador imparcial y teniendo los mismos datos que el autor, piense que no existe peligro para ningún bien jurídico, en esos casos se puede decir que la conducta no sería peligrosa, esa conducta objetivamente no podría producir el resultado. Por ejemplo, el caso de la manzanilla no sería una conducta peligrosa. Sin embargo la conducta del que dispara sobre el asiento del coche sí se puede decir que sería objetivamente peligrosa y en este caso sí sería punible.

Este criterio de la opinión de este observador imparcial sirve para separar dos conceptos, el de delito imposible de tentativa irreal. La tentativa irreal se recoge en los casos en que la conducta ya no es que no sea adecuada es que ya es absurda. Son casos extremos, es la llamada tentativa por medios supersticiosos. Esos casos serían impunes utilizando ese criterio del observador imparcial, ese observador no vería peligro alguno.

Hay que distinguir además los casos de delito imposible del delito putativo. Los delitos putativos son los delitos legalmente imposibles, el sujeto cree que está cometiendo un delito y tiene voluntad para cometerlo pero el hecho que realiza es impune. Por ejemplo cuando se despenalizó el delito de adulterio muchos eran los que tenían voluntad de cometer ese delito pero ya no era punible.

IV. La consumación.

A) La consumación formal.

El *iter criminis* termina en la consumación del delito. La consumación consiste en la realización de todos los elementos del tipo. Eso es lo que se conoce con el nombre de consumación formal.

B) La consumación material.

Se utiliza a veces otro concepto que es el de consumación material que se produce cuando el sujeto no sólo ha consumado formalmente el delito sino que ha conseguido el fin último que perseguía. Por ejemplo matar a una persona para después conseguir la herencia. Esta consumación material normalmente no tiene relevancia penal, es irrelevante que el sujeto tome posesión de la herencia o no pero en algunos casos el legislador ha establecido diferencias de pena. Así por ejemplo el artículo 169 del Código Penal castiga las amenazas siendo una de las posibles la amenaza condicional (normalmente de tipo económico):

El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

1º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional

Distingue los casos en los que el sujeto haya conseguido la condición de los que no. Pero son casos raros.

FIN

TEMA 12.– LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

I. Autoría: autoría directa, coautoría, autoría mediata.

El Código Penal establece que no sólo es autor del delito la persona criminalmente responsable. Puede haber personas criminalmente responsables que no son el autor. El Código Penal anterior establece dos tipos o categorías de personas criminalmente responsables:

- ◆ el autor
- ◆ el cómplice: la persona que ayuda al autor a ejecutar un delito.

Entre ellos hay una gran diferencia:

- ◆ el autor es el que realiza los actos de ejecución
- ◆ el cómplice no realiza los actos de ejecución sino que ayuda al autor a que realice los actos de ejecución, lo que hace es participar en el delito ejecutado por otro.

Hay dos categorías que se establecen en el Código Penal:

- ◆ la autoría – el que ejecuta el hecho
- ◆ la participación – el que toma parte en el hecho ejecutado por otro.

AUTOR

Es la persona que realiza el hecho típico pero esto es correcto solo en parte. No sólo es autor el que realiza los actos de ejecución sino que hay otras modalidades de autoría. Autor es la persona a la que puede imputarse el hecho típico. Los alemanes lo dicen así: el autor es la persona que tiene el dominio del hecho. Ese es el rasgo fundamental de la autoría.

El artículo 28 establece tres modalidades de autoría:

1) Autor material o autor directo que es la persona que ejecuta el hecho.

2) Coautores: son las personas que ejecutan el hecho conjuntamente. Es necesario tener presente que ninguna de esas personas ejecuta el hecho completamente sino que cada uno ejecuta una parte. Uno saca una navaja (intimidación) y otro le roba la cartera (robo). Cada uno realiza sólo una de las partes. Ninguno de los dos tiene el dominio del hecho, pertenece a los dos. Los tribunales españoles durante mucho tiempo mantuvieron una línea doctrinal que fue la teoría del acuerdo previo: cuando varias personas tomaban parte en un delito unidas por un acuerdo previo, todas ellas eran coautores aunque alguna no realizase actos de ejecución. Un caso típico es el de un grupo de personas que planean el robo de un banco, para los tribunales todos eran coautores aunque el que vigilaba, por ejemplo, no realizase ningún acto de ejecución y por lo tanto se le pudiese calificar todo lo más de cómplice.

Esta teoría está siendo abandonada. Un acuerdo previo lo hay pero no es suficiente es necesario que se realicen actos de ejecución. La coautoría consiste en que ninguno de los coautores tienen reponsabilidad plena por todo el hecho pero en virtud de ese acuerdo previo, cada uno asume lo que hacen los demás. Hoy se está entre esos dos puntos de vista, el de considerar que todos son coautores y por otro lado el de que tiene que existir actos de ejecución.

Está apareciendo una teoría intermedia que se plantea en los casos en que se realizan los hechos delictivos por un grupo de personas. En estos casos puede haber un jefe, reconocido por todos que es el que traza los planos, da las órdenes, distribuye a los demás, ... pero no ejecuta el delito, no realiza actos de ejecución. Está apareciendo la idea en los tribunales de que ese jefe es también coautor, no por el acuerdo previo sino por el hecho de que al ser jefe tiene el control de los planes de ejecución, domina toda la ejecución del hecho. Es algo más que el acuerdo previo.

Un caso que sirve de ejemplo es el de un grupo de personas que intentaban matar a un sujeto. Le vigilaron durante algún tiempo y llegaron a la conclusión de que el mejor momento para matarlo era en el trayecto que iba del puesto de trabajo a su casa para lo cual utilizaba dos itinerarios distintos, un día iba por la calle A y otro por la calle B. Fijado el día para ejecutar el hecho se colocaron uno en la calle A y otro en la calle B. Ese día la víctima pasó por la calle A y lo mató el que estaba en esa calle. Sin embargo los tribunales consideraron que el que estaba en la calle B también era coautor aunque no realizó ningún acto de ejecución.

3) Autor mediato. Es la persona que ejecuta el hecho típico utilizando a otro como instrumento. La persona es un auténtico instrumento. Tenemos a una persona A que utiliza a B para que ejecute el hecho, B es el ejecutor. El control de la ejecución corresponde a A aunque B realice el hecho. Lo fundamental es que B sea un mero instrumento. Hay varias posibilidades:

a) Los casos de fuerza irresistible, casos en los que se fuerza físicamente a una persona a cometer un delito. A utiliza a B como un instrumento. Los tribunales consideran que en estos casos de fuerza irresistible, B es tan instrumento que realmente es ya como un objeto, una herramienta en manos del autor. Es como si A fuera ya autor directo, ya no cabría hablar de autor mediato.

b) Otra posibilidad son los casos en que una persona que es inimputable, por ejemplo un menor de edad, y lo convencen para que ejecute un delito. En estos casos el menor de edad es también un instrumento en manos del autor. Sin embargo los tribunales en estos casos hablan solo de inducción.

c) La tercera posibilidad sí son los auténticos casos de autoría mediata: el instrumento actúa sin dolo. Por ejemplo una persona que le pide a un conocido que le lleve un paquete siendo el contenido del paquete material prohibido sin que el que lo porta lo sepa. El que lleva el paquete actúa como un instrumento del *hombre de atrás* que es el nombre con el que se conoce en Alemania.

El artículo 28 del Código Penal dice:

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

También serán considerados autores:

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

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

Para los efectos del Código Penal los tres son iguales, no habrá diferencia de pena, la pena es la prevista por la ley para ese delito, la misma para todos los casos. Todos esos son los autores y solo esos.

3-03-02

II. Las formas de participación: inducción, cooperación necesaria, complicidad.

La participación es por supuesto, la intervención en un hecho ajeno. La persona que participa en un homicidio no realiza actos de ejecución, colabora o ayuda a que otro cometa el delito. El partícipe nunca realiza actos de ejecución, nunca tiene el dominio del hecho, simplemente colabora a que otro lo ejecute. Dentro de esta idea genérica de participación hay formas distintas de participar en un delito ajeno y algunas que son más relevantes que otras o más graves.

Dentro de las posibles formas de participación el legislador establece dos grupos diferentes:

1) formas de participación que están equiparadas en pena con la autoría. Se consideran tan importantes que tienen que castigarse igual que la autoría. Son dos:

– el inductor

– el cooperador necesario

2) Después hay una forma de participar que tiene una pena menor que la autoría que es el cómplice.

Antes de entrar en la participación hay que ver una cuestión general en relación con una expresión que utilizan los tribunales: la accesoriadad de la participación. Con ello lo que se quiere decir que la participación carece de autonomía como infracción, aunque es delictiva carece de autonomía, la pena del partícipe está siempre en función del delito en el que colabore. Pero hay varios niveles de accesoriadad:

- ◆ los casos de accesoriadad máxima significan que la participación sólo será posible si el autor principal realizó un acto típico, antijurídico y culpable. Esta idea de accesoriadad máxima significa que si el autor no fuera imputable por alguna razón, el partícipe tampoco será culpable.
- ◆ Los casos de accesoriadad media o limitada significa que el partícipe sería punible si el autor material realiza un hecho típico, antijurídico. En ese caso el partícipe podría ser castigado.
- ◆ La accesoriadad mínima supone que basta simplemente con que haya una acción típica. Desde ese momento el partícipe tendría responsabilidad criminal.

Los tribunales utilizan la accesoriadad media o limitada. Las consecuencias prácticas de esta idea de accesoriadad media o limitada son:

1) que en cualquier caso si el autor material no comienza la ejecución del hecho, no realiza ningún acto de ejecución, el partícipe no tiene responsabilidad criminal como tal

2) el partícipe responderá siempre en función del grado de ejecución del delito ejecutado por el autor principal. El cómplice de un homicidio responderá si el homicidio es consumado, en

función de ese homicidio consumado pero si sólo se queda en tentativa de homicidio, responderá en función de la tentativa.

INDUCCIÓN

El artículo 28 del Código Penal después de decir quiénes son los autores hace referencia a que:

También serán considerados autores:

- a) *Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b) *Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

El artículo 28 dice expresamente *serán considerados autores, no son autores, no son autores sino que son considerados como autores.* La inducción consiste en crear o provocar en otra persona la resolución de cometer un delito. Los elementos que se exigen para que pueda hablarse de inducción son los siguientes:

1) que el inductor haya determinado al autor material, lo que quiere decir que la decisión de ejecutar el hecho ha de haber sido causada por el inductor, tiene que haber una relación de causalidad entre la conducta del inductor y la decisión de ejecutar el hecho. No existe inducción en aquellos casos en los que una persona ya está decidida a ejecutar el hecho y el otro le da más razones para ejecutar el hecho, eso no es inducción.

Además la decisión de ejecutar el hecho tiene que ser una decisión voluntaria en el sentido penal del término. La inducción ha provocado la resolución de delinquir pero el autor la ha asumido, la ha adoptado voluntariamente. Si hay por ejemplo una oferta de dinero para cometer un delito, la decisión está clara, es causada por la oferta del dinero pero la decisión final es voluntaria porque el autor a pesar de la oferta podría haber decidido no cometer el delito.

Una posible forma de inducción es mediante la amenaza, por ejemplo, causarle un mal a alguien si esa persona no comete un delito. Ante esa amenaza esa persona decide ejecutar el delito pero esa decisión es voluntaria porque podría optar por hacerle frente a la amenaza y no dejarse llevar por ella.

2) La inducción ha de ser directa, dirigida directamente a alguna persona o personas concretas y para cometer algún delito concreto.

3) La inducción tiene que ser dolosa, no hay inducciones imprudentes. Incluso los tribunales dicen a veces que la inducción tiene un dolo doble:

- intención de convencer a otro para que cometa un delito
- intención de que se cometa un determinado delito.

4) Para que exista inducción tiene que haber realización de algún acto típico. Si no hay algún acto de ejecución tampoco hay inducción. No es necesario que se consuma el delito pero tiene que haber por lo menos un acto típico. A veces hay un exceso en el autor material, es decir, el autor material va más allá de la inducción. Por ejemplo puestos a matar el autor material mata a dos en vez de a una persona. En esos casos de exceso por parte del inducido, el exceso no es imputable al inductor. El inductor responde sólo del delito que él quería que se produjera.

En todo caso el inductor se castiga con la misma pena que la del autor del delito.

COOPERADOR NECESARIO

El artículo 28 del Código Penal dice que también serán considerados autores *los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*. El cooperador necesario es una ayuda imprescindible para la ejecución, no ejecuta el hecho típico sino que ayuda al autor pero es una ayuda imprescindible.

El problema que se plantea es saber cuándo esa ayuda es imprescindible en la práctica y cuándo no lo es. Es un problema de difícil solución porque depende de las circunstancias de cada caso concreto. Existen muchas teorías para establecerlo pero hay muchos problemas a la hora de aplicarlas a la práctica.

Una de las teorías que se utilizan es la teoría de los bienes escasos: cuando la aportación del cooperador puede considerarse como un bien escaso entonces se trata de cooperación necesaria. Si no es un bien escaso entonces ya no es cooperación necesaria. Por ejemplo entregar una pistola a una persona que quiere cometer un homicidio, como ahí la pistola es un bien escaso, sí sería cooperación necesaria. Si el que quiere cometer el homicidio es el dueño de una armería que tiene a su disposición todas las armas que quiera, el hecho de entregarle una pistola, al no tratarse de un bien escaso en esta situación, no sería cooperación necesaria. Por tanto si decimos que la cooperación es imprescindible, el cooperador es necesario y por tanto la pena será como la del autor. Si decimos que la cooperación no es imprescindible entonces estaríamos ante un cómplice y por tanto la pena no es tan grave.

Para que el cooperador necesario pueda ser castigado es preciso que el autor principal realice algún acto de ejecución. En segundo lugar hay que destacar que algunos tribunales en algunas sentencias aprecian cooperación necesaria imprudente.

COMPLICIDAD

La tercera y última forma de participación es la complicidad. El cómplice está definido en el artículo 29 del Código Penal:

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

La diferencia esencial entre cómplice y cooperador necesario es que en el caso del cómplice la ayuda no es imprescindible, es una ayuda pero no imprescindible. Lo demás es igual, no hay actos de ejecución. Pero además tiene que ser una ayuda eficaz, útil. Hay un caso muy famoso en la jurisprudencia de un experto en abrir cajas fuertes que siempre llevaba consigo al hijo para que aprendiera el oficio. Cuando fueron detenidos los tribunales llegaron a la conclusión de que el hijo no le ayudaba en nada, sólo estaba allí para aprender, no colaboraba por lo que no era cómplice.

En la complicidad pasa lo mismo que en los otros casos, la complicidad exige que el autor principal realice algún acto de ejecución, si no no hay complicidad.

No se encontró ninguna sentencia en la que se apreciara complicidad imprudente.

Hay que destacar que el cómplice está castigado con pena inferior a la del autor. El artículo 63 del Código Penal 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.

Siempre tiene que ser una pena inferior en un grado. Por ejemplo si se trata de un homicidio en el que la pena establecida va de 10 a 15 años, a un cómplice de ese homicidio se le podría imponer de 5 a 10 años. Pero si el homicidio queda en grado de tentativa siendo la pena inferior en 1 ó 2 grados a la del homicidio quedaría así:

- ◆ **si al autor se le impone una pena inferior en 1 grado sería de 5 a 10 años. Para el cómplice entonces sería de 2 años y 6 meses a 5 años**
- ◆ **si al autor se le impone una pena inferior en 2 grados sería de 2 años y 6 meses a 5 años. Para el cómplice sería de 1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses.**

Por tanto la pena no es fija sino que oscila siempre según la pena del autor.

Volvamos al caso visto anteriormente de un grupo que quiere matar a una persona y que deciden matarla en el trayecto del trabajo a casa para lo cual utilizaba dos itinerarios, unas veces iba por la calle A y otras por la calle B. Se sitúa uno en la calle A y otro en la calle B y como pasa por la A es ese el que ejecuta el acto. A por tanto, es el autor material. La conducta de B fue considerada por los tribunales como coautor aunque no realizó ningún acto de ejecución, en virtud de esa nueva teoría que hace aparición en los tribunales. Más estrictamente sería un caso de cooperación necesaria. Pero queda la duda de si es coautoría o cooperador necesario.

III. Supuestos especiales.

Los supuestos especiales son dos:

1) el contenido en el artículo 30 del Código Penal que hace referencia a delitos que podríamos decir cometidos a través de medios de comunicación aunque no es totalmente exacto. El Código Penal dice:

En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

Los casos que hay son siempre delitos cometidos a través de medios de comunicación. En estos delitos responden sólo criminalmente los autores, nunca los cómplices. Se aparta así del criterio general del artículo 27 del Código Penal que dice:

Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.

Los cómplices en este caso no lo son pero sería más dudoso el caso de los inductores y de los cooperadores necesarios que sí son asimilables al autor, ya que el Código Penal los considera autores. La conclusión es que los únicos que no tienen responsabilidad criminal en este caso concreto son los cómplices.

2) El contenido en el artículo 31 del Código Penal que es un artículo dedicado a establecer la responsabilidad criminal de delitos cometidos a través de personas jurídicas: S.A, fundaciones,.... El artículo 31 dice:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo

nombre o representación obre.

Lo que permite este artículo 31 es establecer la responsabilidad criminal de los directivos, de los miembros del Consejo de Administración de esas empresas. Este artículo hace posible en todos los casos exigir responsabilidad criminal si no en muchos de esos casos no sería posible.

FIN

20-03-02

TEMA 13.- UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

II. Pluralidad de acciones y de delitos (concurso real).

Son todos los casos que se apartan del supuesto básico en el que una persona realiza un único hecho que constituye un único delito. Los casos que vamos a ver se apartan totalmente de eso. Vamos a ver como una persona que comete varios hechos y son todos distintos delitos. Por ejemplo una persona que realiza 4 tentativas de violación, son cuatro hechos distintos, cuatro delitos distintos. Los casos de concurso real de delitos en los que una persona comete varios delitos se regulan en el artículo 73 del Código Penal:

Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Se le impondrán todas las penas que correspondan a esos delitos, es el principio de acumulación material que tiene el problema de cómo se cumplen esas penas. Si es posible esas penas se cumplirían simultáneamente, lo que sucede cuando son penas de distinta naturaleza, por ejemplo una pena de prisión y una pena de multa se pueden cumplir simultáneamente. El problema surge cuando eso no es posible, como por ejemplo cuando el sujeto es condenado a varias penas de prisión no puede cumplirlas todas simultáneamente. En el artículo 75 del Código Penal se dice:

Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.

Cuando son varias las penas de prisión (por ejemplo que sumen 500 años), lo que se hace es empezar a cumplir primero la pena más grave, luego la segunda más grave y así sucesivamente.

Naturalmente este sistema básico de acumulación material plantea muchos problemas. Uno fundamental es el cumplimiento íntegro de las penas, el cual es imposible en el sistema legal español porque choca con la Constitución Española, es anticonstitucional porque la Constitución Española dice que las penas tienen que estar orientadas a la resocialización del condenado. Como el llamado cumplimiento íntegro de las condenas no es posible, el legislador estableció un sistema de corrección de esta idea de acumulación material que se conoce con el nombre de acumulación jurídica que consiste esencialmente en que en aquellos casos en los que todos estos hechos se juzgan en un solo proceso o bien se trata de delitos conexos, los que establece el legislador es que el máximo de cumplimiento efectivo no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que ha incurrido. Así lo establece el artículo 76 del Código Penal:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años.

b) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.

Por ejemplo si se le imponen varias condenas: una de 4 años, otra de 4 años, otra de 4 años, otra de 5 años, otra de 5 años y otras dos de 6 años. Por acumulación material sería un total de 34 años. Si utilizamos la fórmula del máximo de cumplimiento efectivo sería el triple de la pena más grave, es decir, el triple de 6 que serían 18 años. Por lo tanto no pasaría más de 18 años.

La segunda limitación es que en cualquier caso el máximo de cumplimiento efectivo no podrá pasar nunca de 20 años. Entonces quedaría en el caso de que las condenas fueran 3 de 4 años, 2 de 5 y 1 de 10:

- ◆ por el triple de la más grave, 3 por 10 igual a 30 años
- ◆ por el límite máximo, en España serían 20 años.

Pero hay dos excepciones:

1) en el caso en que alguno de los delitos cometidos tenga una pena de hasta 20 años, el límite máximo de cumplimiento efectivo será de 25 años. Por ejemplo si cometió 5 homicidios y un asesinato, como la pena del asesinato es de 15 a 20 años, el límite máximo de cumplimiento efectivo será de 25 años.

2) en aquellos casos en que algunos de los delitos cometidos tenga una pena superior a 20 años, el límite máximo de cumplimiento efectivo será de 30 años. Por ejemplo en el caso de una persona que cometió 5 homicidios y 1 asesinato agravado del artículo 140, el cual tiene una pena superior a 20 años, el límite máximo de cumplimiento efectivo sería de 30 años. Puede ser también el caso de algún asesinato de tipo terrorista que también tenga esa pena.

Primero se establecen todas las penas pero luego se aplican estas limitaciones.

Hay un problema práctico importante que plantea este régimen al tener en cuenta determinadas instituciones de régimen penitenciario, como por ejemplo la libertad condicional que es una posibilidad que se le puede aplicar a una persona que ya ha cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena y se le permite que la cuarta parte que le resta de condena la cumpla en libertad si se dan determinadas condiciones, no en todos los casos. Y ¿a qué condena nos estamos refiriendo? Si ha sido condenado a 200 años, por ejemplo, las $\frac{3}{4}$ partes serían 150 años lo que ya no sería factible. Las $\frac{3}{4}$ partes se cuentan desde el máximo de cumplimiento efectivo. Si al final el máximo de cumplimiento efectivo le queda en 20 años, a los 15 años ya tiene la posibilidad de obtener la libertad condicional, si cumple esos requisitos necesarios.

Se discutió mucho este tema porque si se establecen los plazos desde la condena total, entonces

la libertad condicional se niega. Si se cuenta desde el cumplimiento efectivo entonces ya no hay cumplimiento efectivo. Lo que hizo el legislador, una vez terminada la campaña electoral fue adoptar una postura intermedia. Así el artículo 78 del Código Penal establece:

Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente.

Así por ejemplo, si la condena total es a 200 años y la acumulación jurídica máxima es de 20 años, 20 es menos de la mitad de 200. Como la rebaja es tan grande y si el juez considera que esa persona es peligrosa, entonces a efectos de la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios se le contaría desde los 200 años. Aunque dicho artículo 78 habla de los beneficios penitenciarios hoy no existen, existían en la legislación anterior. En estos casos de concurso real en los que hay gran diferencia entre la condena total y el máximo de condena efectiva, si se considera a esa persona peligrosa, el Juez podrá acordar que se tome como base para la libertad condicional la condena total. Ese es el sistema en principio pero como es muy discutible el legislador abre una puerta para corregir eso. Y así dicho artículo 78 del Código Penal continúa así:

En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria valorando esas circunstancias podrá, razonadamente, acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, en su caso se le podrá considerar como límite el máximo de cumplimiento efectivo. En estos casos de concurso real en los que hay gran diferencia entre la condena total y el máximo de condena efectiva, si se considera a esa persona peligrosa, el Juez podrá acordar que se tome como base para la libertad condicional la condena total pero dejando la puerta abierta para que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda acordar la vuelta al régimen general, si se dan ciertas circunstancias.

III. Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal).

El concurso ideal de delitos existe en aquellos casos en que un único hecho da lugar a la existencia de varios delitos. Sería el caso, por ejemplo, de A que quiere matar a B pero falla y alcanza a C y lo mata. Aquí habría dos delitos: un homicidio consumado y otro homicidio en grado de tentativa. Lo que establece el Código Penal, en el artículo 77 es que se aplicará la pena del delito más grave en su mitad superior. Queda redactado de la siguiente forma:

- 1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*
- 2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que corresponderían aplicar si se penara separadamente las infracciones.*
- 3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.*

Por ejemplo, el homicidio tiene establecida una pena de 10 a 15 años, la mitad superior sería entre 12 años y seis meses y hasta 15 años.

El legislador trata de buscar la solución más favorable para el reo. Lo que hay que estudiar es si es más favorable aplicar la regla del artículo 77 del Código Penal o juzgar los dos delitos por separado. Así si un delito tiene una pena de 10 a 15 años y el otro delito tiene una pena de 1 a 5 años podría suceder:

1) que el juez decidiera aplicar la pena mínima en cada delito, o sea, $10 + 1 = 11$ años. Por la regla del artículo 77 la pena quedaría establecida en la mitad superior del delito más grave, o sea, de 12 años y 6 meses a 15 años. Lo más favorable para el reo en este caso es juzgar los dos delitos por separado y no la aplicación de la regla del artículo 77 del Código Penal.

2) que el juez decida aplicar la pena máxima para cada uno de los delitos, o sea, $15 + 5 = 20$ años. Por la regla del artículo 77 la pena quedaría entre 12 años y 6 meses y 15 años. En este caso lo más favorable para el reo claramente es aplicar la regla del artículo 77 y no juzgar los dos delitos por separado.

El legislador incluye dentro del concurso ideal, dentro del artículo 77 del Código Penal, los casos de concurso medial. El concurso medial existe en aquellos casos en los que el delito es medio para cometer otro. Por ejemplo, a una persona que falsifica un documento y luego utiliza ese documento para cometer otro delito se le aplicaría ese mismo régimen. En esos casos se les trata como si fuera un concurso ideal de delitos aunque mas bien se trataría de un concurso real de delitos.

2-04-02

I. Pluralidad de acciones y unidad de delito:

Se trata de casos en los que hay varios hechos y un sólo delito. El supuesto más importante es el de delito continuado.

A) Delito continuado.

Por ejemplo sería el caso de una persona que utilizando el cajero de un banco se va apropiando poco a poco de cantidades de dinero. Hay pluralidad de hechos, varias apropiaciones indebidas de dinero, con un solo delito, continuado de apropiación indebida. Existe esta figura de delito continuado por economía procesal, es más sencillo un proceso sólo que varios procesos. Sin embargo, hay problemas para establecer las penas. Se regula en el artículo 74 del Código Penal, el punto primero de ese artículo establece:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.

Este artículo señala las condiciones para hablar de delito continuado:

- ◆ unidad de sujeto activo, es el mismo en todos los delitos
- ◆ que exista el mismo elemento subjetivo, que el móvil del autor, del sujeto sea el mismo (ejecución de un plan preconcebido)

- ◆ la ocasión es idéntica en todos los casos, tienen que ser las mismas o similares circunstancias (en el ejemplo anterior es siempre el cajero)
- ◆ unidad de ley infringida. El precepto violado es el mismo o de la misma naturaleza.

Si se dan todos estos requisitos, se da el delito continuado. Si es así, la pena aplicable será la correspondiente a la infracción más grave, siempre en su mitad superior, es decir, si la pena es entre 10 y 20 años, la pena a aplicar en un caso de estos sería entre 15 y 20 años.

Hay una variante de delito continuado que es el delito masa o delito con sujeto pasivo masa. El delito masa es el que se dirige contra un gran número de destinatarios que generalmente no están individualizados, precisados. El sujeto realiza tantos delitos como sujetos pero forman en realidad un único sujeto pasivo y existe un único delito. Por ejemplo, las gasolineras que sirven cantidades menores de carburante de las marcadas, engañando a los usuarios. Se trata de una conducta de estafa contra una amplia cantidad de personas, no individualizadas que forman un solo sujeto pasivo y se trata de un solo delito. Esta variante del delito continuado se da en delitos patrimoniales generalmente: grandes estafas colectivas. El problema que presenta el delito masa es que, por ejemplo por las gasolineras pasaron miles de personas a las que se le estafó una cantidad, habría miles de estafas de muy escasa entidad, estafas pequeñas (de 1000 pts., por ejemplo) las cuales para el Código Penal, al ser inferior a 50.000 pts, son faltas, no delitos. La falta de estafa tiene una pena de arresto de 6 fines de semana (que habrá que multiplicar por todos los sujetos pasivos). Se daría un concurso real de delitos y el máximo de cumplimiento no rebasa el triple de la pena más grave (el triple es 18 fines de semana de arresto y es el tope máximo). Por esta razón existe el delito masa, no hay miles de estafas, hay sólo una, muy grave y hay un solo sujeto pasivo masa. El artículo 74.2 del Código Penal así lo establece:

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

El artículo 74.3 del Código Penal establece que el delito continuado no se aplica a ofensas de bienes eminentemente personales:

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

No está muy claro a qué se refiere el Código Penal cuando habla de *bienes eminentemente personales*. Si se puede aplicar a delitos contra el honor y la libertad sexual, depende de las circunstancias.

B) Delito permanente.

El delito permanente se consume por un único hecho, la situación antijurídica creada se prolonga por voluntad del sujeto. Tiene efectos importantes en materia de prescripción. En los delitos permanentes los plazos de prescripción empiezan a correr, no cuando se consuma el delito, sino cuando cesa la situación antijurídica. Se trataría, por ejemplo, de la detención ilegal o el secuestro.

C) Delito habitual.

Hay pluralidad de hechos pero el delito se consume cuando los hechos son hábitos del sujeto y

en ese momento constituyen un único delito, habitual. Un ejemplo de este tipo de delito es el artículo 299.1 del Código Penal que dice:

1. El que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechare o auxiliare a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

Se trataría de los que hacen de encubridores, que se benefician del delito, por ejemplo el comercio con objetos robados. Se realizan varios actos, se trata de una conducta delictiva habitual. Al ser habitual existe un único delito.

FIN

14.- LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

I. Cuestiones comunes a las circunstancias atenuantes y agravantes.

Son hechos accidentales que pueden acompañar al delito agravándolo o atenuándolo, afectando a la responsabilidad criminal. Al ser hechos accidentales no influyen en la existencia de responsabilidad criminal; influyen si existen aumentando o disminuyendo la responsabilidad criminal. Existen dos tipos de circunstancias modificativas:

- ◆ **generales o comunes:** están pensadas para afectar a cualquier delito del Código Penal, en principio. Se verá en el caso concreto
- ◆ **especiales:** son circunstancias modificativas recogidas por el legislador en algún tipo concreto; afectan sólo a esos tipos concretos; forman parte de esos tipos concretos y no se aplican las reglas generales de las circunstancias modificativas comunes.

Las circunstancias modificativas pueden ser de tres clases:

- ◆ **atenuantes:** disminuyen la pena
- ◆ **agravantes:** incrementan la responsabilidad criminal
- ◆ **mixtas:** puede agravar o disminuir la responsabilidad criminal, depende de los casos.

Principios básicos

Hay que ver las reglas del artículo 67 del Código Penal que dice:

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.

Hay tipos penales que ya tienen circunstancias modificativas recogidas en los tipos mismos. Las reglas tampoco se aplican en delitos que no pueden ejecutarse sin alguna de las circunstancias modificativas, aunque el legislador no lo diga.

Por ejemplo, A deja en depósito algo a B ya que B es muy amigo de A. B, llegado el momento, no le devuelve lo que es de A. Se trataría de apropiación indebida, por esa relación de confianza, se abusa de esa relación de confianza. El abuso de confianza es agravante por el Código Penal, pero en este caso, sin confianza no hay delito, ese matiz es inherente al delito y no es agravante.

La comunicabilidad de las circunstancias modificativas, es decir, en delitos con varias personas que participan, si hay alguna circunstancia modificativa, habrá que ver si se puede aplicar a todos. El artículo 65 del Código Penal distingue dos circunstancias modificativas:

a) subjetivas (artículo 65.1). Se aplican sólo en aquellos en los que concurren. Por ejemplo la reincidencia se aplica sólo, en un delito cometido por varias personas, al que reincide. El artículo 65.1 del Código Penal dice:

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurren.

b) objetivas (artículo 65.2). Se aplican a todos los que conocen las circunstancias objetivas. El artículo 65.2 del Código Penal establece:

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

3-04-02

II. Atenuantes:

Se regulan en el artículo 21 del Código Penal.

A) Eximentes incompletas.

Cuando las eximentes del artículo 20 del Código Penal les falta algún requisito, dejan de ser eximentes y se convierten en atenuantes. Así lo expresa el artículo 21 del Código Penal:

Son circunstancias atenuantes:

1ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

Las eximentes incompletas tienen mayor eficacia atenuatoria que las demás atenuantes del artículo 21 ya que permiten bajar la pena de grado.

Las eximentes tienen requisitos esenciales y no esenciales. Los esenciales no pueden faltar nunca, si faltan ni hay exención ni atenuación.

B) Atenuantes genéricas.

El punto 2 del artículo 21 tiene la atenuante de grave adicción, casos en los que el sujeto actúa por grave adicción a las sustancias referidas en el número 2 del artículo 20:

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

El artículo 21.2ª dice que son circunstancias atenuantes:

La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número

2º del artículo anterior.

Si el delito es por adicción grave, es atenuante. La diferencia con la eximente del artículo 20 es la perturbación plena por el consumo de sustancias. La atenuante no tiene perturbación, se mueve por dependencia, con facultades psíquicas intactas.

El punto 3 del artículo 21 tiene la atenuante de estado pasional. Recoge la atenuante tradicional en Códigos Penales españoles: arrebato o obcecación.

3ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

Se menciona mucho en los tribunales, por los abogados. Supone por práctica jurisprudencial que hay estado psíquico próximo al trastorno mental transitorio, menos grave que éste.

El punto 4 del artículo 21 regula la atenuante de confesión de infracción. Se quiere con ello fomentar la colaboración con la justicia rebajándose la pena en esos casos. Tiene un tiempo limitado tal y como señala dicho punto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, si es después no vale, no es atenuante:

4ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

El legislador concede efectos atenuantes especiales a esta confesión en casos concretos, en algunos delitos concretos, delitos de la criminalidad organizada. Se fomenta la confesión por el legislador en los miembros de estas organizaciones, para combatirlos, con rebaja considerable de la pena para los que confiesen. En el caso de tráfico de drogas, el artículo 376 del Código Penal sirve de ejemplo, es la figura del delincuente arrepentido, el narcotraficante arrepentido,....:

En los delitos previstos en los artículos 368 al 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

El punto 5 del artículo 21 establece la atenuante de reparación del daño. El legislador establece una rebaja de pena si el sujeto procede a reparar el daño o reducir sus efectos. Hay también una limitación temporal, la reparación debe hacerse con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral, en cualquier momento del proceso:

5ª 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.

C)Atenuantes por analogía.

El punto número 6 del artículo 21 del Código Penal tiene la atenuante por analogía:

6ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Este número 6 es una puerta abierta a la aplicación de la analogía, muy limitada, sólo alcanza a atenuantes, no a eximentes. Se exige analogía a las cinco anteriores atenuantes, identidad de sentido y razón con las cinco atenuantes anteriores. Es analogía a favor del reo y muy reducida, muy poco utilizada por los tribunales españoles, si bien es muy invocada por los abogados.

Un ejemplo de un caso de esta atenuante analógica es el de un acusado con edad senil y decrecimiento intelectual, por analogía con la menor edad, por identidad de sentido y razón. Otro ejemplo es el caso de las psicopatías que no entran dentro de las alteraciones psíquicas. En alguna sentencia se consideran en proximidad con alteraciones psíquicas y por semejanza sería una atenuante analógica. Le sería impuesta, por tanto, una pena rebajada.

– Se rechaza en casos de buenas conductas anteriores al delito. No hay analogía con las cinco anteriores por buena conducta.

– En el caso de enemistad entre agresor y víctima tampoco se aprecia atenuante.

– La escasa entidad del daño causado tampoco es considerada atenuante.

– La falta de instrucción en el autor también se rechaza.

En los últimos años se abre más la apreciación de la atenuante analógica.

III. Agravantes.

Se regulan en el artículo 22 del Código Penal. El punto número 1 de este artículo hace referencia a la alevosía:

Son circunstancias agravantes:

1ª Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

En esta agravante destacamos que:

- ♦ para haber alevosía tiene que haber indefensión completa de la víctima y por tanto no existir riesgo para el sujeto activo.
- ♦ Además es preciso un elemento subjetivo, que el sujeto activo busque conscientemente esa forma de ejecución del delito. Por ejemplo ataques a traición, por sorpresa, con la víctima desprevenida, con indefensión de la víctima. Por ejemplo matar a una persona cuando está dormida, cuando el sujeto la busca así conscientemente.
- ♦ La alevosía sólo se aprecia en delitos contra las personas; contra el patrimonio no hay alevosía. ¿Cuáles son los delitos contra las personas? El legislador copió la definición de alevosía del Código Penal anterior y como antes había delitos contra las personas que fueron eliminados, hoy no se sabe cuando aplicar la agravante. Se puede decir que la alevosía se aplica claramente en delitos contra la vida y lesiones.
- ♦ La alevosía es una de las circunstancias que integran el tipo de asesinato, la muerte de una persona ejecutada con alevosía es el delito de asesinato, no supone agravante en ese

tipo porque ya el propio tipo incluye esa circunstancia.

El punto número 2 del artículo 22 del Código Penal recoge cuatro o más agravantes distintas. Son todas circunstancias agravantes que debilitan la defensa del ofendido o facilitan la impunidad del delincuente. Hay que destacar que debilitan la defensa pero no la destruyen. Son varias y distintas:

2ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

% Disfraz: ejecutar el hecho con disfraz debilita a la víctima y supone impunidad para el agresor, ya que no se puede identificar con ese disfraz.

Por ejemplo hacerse pasar por un empleado de teléfonos o de butano; pintarse la cara; llevar un traje de sacerdote; tapar la cara con una media, pañuelo, pasamontañas, etc...

% Abuso de superioridad: es parecido a la alevosía pero se diferencia en que la alevosía supone absoluta indefensión de la víctima y el abuso de autoridad deja alguna posibilidad de defensa.

Por ejemplo disparar de frente y no de espaldas.

Tiene los mismos elementos que la alevosía:

% superioridad del autor sobre la víctima. Puede ser superioridad:

% física o dos personas contra una

% moral

% Precisa además del elemento subjetivo, un elemento subjetivo que supone que el autor se aproveche conscientemente de esa situación de superioridad.

% La alevosía es del tipo asesinato mientras que la superioridad no, la superioridad corresponde a homicidio con agravante.

% Aprovechar las circunstancias de lugar. Es una tradicional agravante en Derecho penal español, la antigua agravante de despoblado ahora se ha actualizado en el Código Penal de 1995.

Pero no llega con ese hecho precisa además un elemento subjetivo, que el sujeto busque conscientemente ese lugar que facilita el delito.

% Aprovechar las circunstancias de tiempo. Es una antigua agravante de nocturnidad. Se facilita la comisión del delito y el sujeto busca conscientemente, a propósito esa circunstancia, busca la noche porque le facilita cometer el delito.

% Ejecutar el hecho con auxilio de otras personas. Es la antigua agravante de cuadrilla. Agrava porque ayuda a ejecutar el delito.

8-04-02

El punto número 3 del artículo 22 del Código Penal recoge la agravante de precio, recompensa o

promesa por ejecutar el hecho:

3ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa

Parte de la idea de que al legislador le parece más reprobable la ejecución de un delito, cuando éste se comete por un móvil de lucro. Con esto del móvil de lucro, tradicionalmente los tribunales españoles han entendido siempre esta agravante en un sentido estrictamente económico.

Es característico, en este sentido ver muchas sentencias en las que un marido mata a su mujer, por ejemplo, ante una promesa de matrimonio posterior; esta promesa no es considerada como agravante.

Evidentemente esta agravante supone la existencia de una persona que es la que ofrece esa promesa, recompensa o precio, y otra persona que acepta ese ofrecimiento y decide ejecutar el delito. El caso visto es un supuesto de inducción.

Determinado esto es importante tener en cuenta que los tribunales aplican esta agravante de precio a los dos, tanto al inductor como al autor material del delito. Esta es una opinión o cuestión muy discutible, pues ese ofrecimiento de dinero –por ejemplo– es la inducción y por lo tanto no debería aplicársele la agravante al inductor, debería ser sólo para el autor del delito, el que ejecuta el delito.

Ese precio, promesa o recompensa forma parte del tipo del asesinato. La muerte de una persona, cometida por precio, no es un homicidio con agravante sino que es un asesinato sin más.

El punto número 4 del artículo 22 del Código Penal recoge la agravante por motivos discriminatorios:

4ª 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.

La agravante puede ser de distinta naturaleza: raza, ideología, sexo, de tipo físico, etc. Lo importante es tener en cuenta que esta agravante consiste en cometer el delito actuando por alguno de estos móviles.

El punto número 5 del artículo 22 del Código Penal regula la agravante de ensañamiento, agravante muy clásica:

5ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

La razón de ser de esta agravante es que cada vez es más reprochable el ejecutar el delito de formas que indican o denotan una especial maldad por parte del sujeto activo (perversidad).

Hay que tener en cuenta, respecto a esta agravante que es uno de esos casos en que el significado de la palabra no coincide con el significado común que se le da, con el que se le atribuye. Hay que tener en cuenta también que el legislador ha dado una interpretación, una clasificación auténtica de qué se debe entender por ensañamiento, definición a la que deben atenerse los jueces: aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta

padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

El ensañamiento es también otra de las circunstancias que pueden formar parte del tipo de asesinato.

El punto número 6 del artículo 22 del Código Penal recoge la agravante de abuso de confianza:

6ª Obrar con abuso de confianza

Tiene la misma forma o estructura que tiene alguna de las que vimos antes, como el abuso de superioridad:

1º) En primer lugar hace falta que exista una relación de confianza entre los sujetos activo y pasivo.

2º) Pero no basta con esto; es preciso que el sujeto activo intencionadamente se aproveche de esa situación de confianza, es decir, abuso de esa confianza para cometer el delito.

Hay que indicar que pese a todo hay algunas sentencias que apreciado esta agravante de abuso de confianza de un modo puramente objetivo: en situaciones en que existe una situación de confianza aunque no se haya probado esa intención.

El punto 7 del artículo 22 del Código Penal regula la agravante de prevailecimiento del carácter público:

7ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

Responde también a la misma estructura:

1º) **que el sujeto activo sea funcionario público**

2º) no basta con eso, es preciso algún dato más, que ese funcionario público efectivamente **utilice esa condición de funcionario y sus ventajas derivadas del cargo público, que facilitan la ejecución del delito**, el funcionario público utiliza conscientemente esa condición y las ventajas que se derivan de su cargo público.

Hay que tener en cuenta que hay delitos llamados **delitos de funcionarios**, que son **delitos especiales**. En ese sentido sólo los pueden cometer funcionarios públicos y en esos delitos especiales **no se puede aplicar la agravante** porque ya se tiene en cuenta en el tipo, forma parte del tipo de estos delitos especiales.

El número 8 del artículo 22 del Código Penal recoge la agravante de ser reincidente:

8ª 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.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

Es otra circunstancia muy antigua, muy clásica, muy criticada y discutida. La reincidencia

consiste:

1º) en primer lugar en que una persona realiza la comisión del delito varias veces (no hablamos de faltas sino de delitos). La persona que reincide es que ha sido condenada con anterioridad con sentencia firme, por delito, no falta. Tiene que ser una sentencia contra la que no quepa ningún tipo de recursos; si todavía no hay sentencia firme, no se puede hablar de reincidencia.

2º) En segundo lugar, una segunda limitación es que los dos delitos, el cometido antes y el que se comete ahora, estén dentro del mismo título del Código Penal y que además sean de la misma naturaleza. Lo más difícil es saber qué delitos son de la misma naturaleza y cuáles no. Así el legislador lo aclara en la Disposición Transitoria 7ª del Código Penal de 1995:

A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico.

Atacan al mismo bien jurídico con similar modo de ejecución (reincidente, como vemos, no es cualquiera que haya cometido antes un delito sino que hay que matizarlo).

3º) Una tercera limitación de la reincidencia es que hay que tener en cuenta la posibilidad de que el sujeto haya cancelado los antecedentes penales del primer delito. Si ya ha cancelado esos antecedentes del primer delito eso implica que ya no hay reincidencia aunque se cumplan los otros requisitos.

Los antecedentes penales caducan o se cancelan en un cierto período de tiempo, en distintos tiempos, según la gravedad del delito y dejan de estar inscritos. Así, si entre un primer delito y un segundo delito pasa mucho tiempo y los antecedentes penales ya han desaparecido, no hay reincidencia.

IV. La circunstancia mixta.

Es una circunstancia que puede agravar o atenuar la pena según los casos. Se llama circunstancia mixta al parentesco. Así el parentesco entre sujetos activo y pasivo puede atenuar o agravar la pena según el caso.

El artículo 23 del Código Penal (encontrado dentro del Capítulo V, de la circunstancia mixta de parentesco) establece:

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor.

Se llama así, circunstancia mixta de parentesco aunque no es un término totalmente exacto porque en el artículo 23 del Código Penal, figuran además de la relación de parentesco, casos en los que entre sujeto activo y pasivo no hay parentesco. Un ejemplo actual es que hay parejas de hecho pero no son cónyuges.

Esta relación de parentesco del artículo 23 es el primer elemento pero además de existir una relación de parentesco, los tribunales exigen que esa relación de parentesco no esté rota, que exista realmente, que no sea únicamente una cuestión legal.

Además los tribunales exigen que el delito y los móviles del delito no sean ajenos a esos lazos familiares, es decir, que tengan alguna vinculación con esa relación de parentesco.

¿Cuándo agrava o atenúa? Depende mucho del caso concreto. En líneas generales se puede decir que esta relación de parentesco **agrava en los delitos de carácter personal**: contra la vida, contra la libertad sexual, etc.

También hay que tener en cuenta que en algunos de los delitos, generalmente las agresiones sexuales ya figura en los preceptos legales la relación de parentesco, en cuyo caso no se aduce como circunstancia agravante del artículo 23.

Por el contrario, esta relación de parentesco **suele atenuar en delitos patrimoniales**. Es más, hay un caso de eximente por determinados delitos patrimoniales cometidos entre parientes, sin videncia.

FIN

3-12-01

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

TEMA 15.- LA PENA

I. Concepto.

La pena según Cuello Calón es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal.

El **correcionalismo** fue una teoría ideada en la primera mitad del siglo XIX por Roeder. Él la llamó **Teoría de la Mejora** y seguía la teoría Krausista de Kraus. En España hubo muy pocos correcionalistas: Giner de los Ríos y su discípulo Calderón. El correcionalismo se planteó si la pena debe ser estimada como un bien o como un mal. La pena es lógicamente un mal pues consiste para el condenado en una privación de bienes jurídicos causando una aflicción al que la sufre. Así priva del bien jurídico libertad la pena privativa de libertad; priva del bien jurídico patrimonio las penas consistentes en multas; e incluso en algunos países hay penas que privan del bien jurídico vida como por ejemplo en Estados Unidos que mantiene la pena de muerte. La pena es un mal al margen de que desde el punto de vista ideal pueda ser considerada como un bien puesto que puede producir una serie de bienes para la colectividad y para el propio sujeto a quien se le impone. Esta privación o restricción de bienes jurídicos ha de estar específicamente establecida en la ley penal con anterioridad a la comisión del hecho delictivo en virtud del principio de legalidad que consagra la Constitución Española en el artículo 25.1. Esta garantía penal asegura al ciudadano frente a las arbitrariedades del juzgador.

1.- El inciso 1, del apartado 1, del artículo 2 del nuevo Código Penal la consagra en los siguientes términos: *No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración.*

2.- En segundo lugar el apartado 1º del artículo 3 del nuevo Código Penal recoge la denominada garantía jurisdiccional y lo hace así: *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 pena pues sólo puede imponerse por los órganos jurisdiccionales competentes con estricta observancia de las leyes procesales y como consecuencia de un previo juicio penal.

3.- En tercer lugar tendríamos la garantía de ejecución que se consagra en el apartado 2º del artículo 3 del nuevo Código Penal: *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.* La pena predeterminada en la ley e impuesta en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente (garantía jurisdiccional) tiene que ejecutarse en la forma prescrita por la ley y los reglamentos con las circunstancias o accidentes expresados en su texto y controlando los jueces y tribunales competentes la ejecución. Solamente el culpable de una infracción penal puede sufrir la imposición de una pena pues esta se basa en la culpabilidad del sujeto. Rige hoy el principio de personalidad de las penas en contraposición con otros momentos históricos en los que determinados sujetos podrían ser castigados por el hecho delictivo de otro.

Según estas características conceptuales no serían penas las privaciones de derechos que no se impongan como consecuencia de una violación de la ley ni las que se impongan a persona distinta del infractor. Tampoco constituirán penas las sanciones que no tengan naturaleza de castigos, es decir, aquellas cuyo fundamento exclusivo resida en la supresión de las consecuencias de la infracción o en la reparación de los perjuicios causados por ella.

Por ejemplo un funcionario público que dicta a sabiendas un acto injusto está cayendo en prevaricación. Sería por lo tanto un acto administrativo nulo de pleno derecho. La declaración de ese acto administrativo como nulo de pleno derecho no constituye una pena sino que se trata de suprimir los efectos negativos de ese acto nulo.

No podrán considerarse penas los castigos impuestos por personas que no se hayan investidas de la autoridad requerida por el sistema penal. Por ejemplo la legítima defensa, un acto por el que se atenta contra otro no será una pena.

- **Fundamento y fines: las diversas teorías.**

El castigo puede justificarse en virtud del delito cometido porque representa la justa retribución de la infracción del deber llevada a cabo por el delincuente o el castigo también puede justificarse por su utilidad para evitar nuevos delitos. La primera constituiría las teorías absolutas, se castiga porque es delito, la segunda serían las teorías relativas, se castiga para que no se delinca.

Teorías absolutas o retributivas.

Según los defensores de las teorías absolutas, el fundamento justificativo del castigo radica en que éste es la correspondiente retribución de la violación del derecho cometida por el delincuente. Quienes se adscriben a tales teorías rechazan cualquier consideración utilitaria por lo que, las teorías absolutas constituyen teorías de la pena pero no teorías de los fines de la pena, pues para ellos la pena no tiene ninguna finalidad. La pena que se justifica por sí misma tiene su base en el delito cometido y viene a fortalecer el ordenamiento jurídico. Dentro de estas teorías sobresalen las aportaciones de **Kant** y **Hegel**. Dice Kant en su obra *La Metafísica de las Costumbres* que *la pena jurídica* no puede jamás ser considerada simplemente como un medio para realizar otro bien, sea para el propio infractor o para la sociedad civil, sino que debe serle infligida *solamente porque él ha cometido un crimen*, pues el hombre no puede ser tratado simplemente como un medio para los fines de otro y ser confundido con los objetos del derecho de cosas. Antes de que alguien piense extraer de esa pena alguna utilidad para sí mismo o para sus conciudadanos, *el reo debe ser encontrado merecedor del castigo*. Al repudiar Kant cualquier consideración utilitaria la pena ha de ejecutarse a toda costa, aunque no proporcione beneficio alguno. La Ley penal es un imperativo categórico cuyas exigencias no pueden desconocerse, pues *si la Justicia desaparece, entonces no tiene ningún valor que los hombres vivan sobre la Tierra*. El carácter absoluto de las exigencias de la justicia lleva a Kant a

extraer consecuencias extremas, que quedan evidenciadas en un famoso ejemplo: incluso si la sociedad civil, con el consentimiento de todos sus miembros, se disolviera (por ejemplo, si un pueblo que habitase una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo) el último asesino que se hallara en prisión debería ser ejecutado, para que cada uno tuviera la experiencia del valor de sus actos y el crimen no recayera sobre el pueblo, que no hubiera querido ese castigo: porque éste podría ser considerado como partícipe de esa pública violación de la Justicia. La pena justa ha de ser igual a la ofensa. Kant apela a la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente), como medida de la justicia de la pena: la pena justa será aquella que produzca un mal sensible igual al causado por el delito.

La posición de Hegel, aun dentro del marco de las teorías absolutas, difiere considerablemente de la de Kant. Hegel afirma en su obra *La Filosofía del Derecho* que el delito es la negación del derecho. La pena, al ser impuesta, niega el delito y como la doble negación constituye una afirmación lógicamente la pena afirma el derecho. La pena se justifica en abstracto por ser la superación del delito, esto es, *la negación de la negación del derecho*. La pena es legítima porque afirma el derecho. A diferencia de Kant, Hegel rechaza la igualdad sensible entre el mal del delito y el de la pena, pues la ley del talión entendida de ese modo conduce al absurdo *con sólo representarse al delincuente como tuerto o desdentado* o lo que es lo mismo si un ciego le saca un ojo a otra persona, aplicarle la ley del talión conduciría a un absurdo, ¿cómo se le va a sacar un ojo al ciego o un diente al desdentado?. Lo importante es el valor como igualdad interna de las cosas. Así la pena ha de ser idéntica al delito pero atendiendo al desvalor de la vulneración y no a la naturaleza externa de la vulneración. Sin embargo la retribución sigue constituyendo en Hegel el fundamento justificativo único, tanto del castigo en general, cuanto de la pena particular impuesta al delincuente concreto. Los fines de la pena sólo podrán determinar *la clase de mal sensible* a través de la cual haya de materializarse un castigo valorativamente igual a la ofensa.

4-12-01

Crítica a las formulaciones de Kant y Hegel

El retribucionismo *strictu sensu* (propriadamente dicho) se halla hoy en retroceso y prácticamente nadie lo sostiene en los términos expuestos ayer. Ni la justicia tiene por qué entenderse realizada en la pura represalia (castigo) sin finalidad lo que vulneraría incluso mandatos constitucionales, *ni la negación de la negación* es más que una metáfora que encubre, en realidad, la idea de que se propugna restaurar un daño, no dirigiéndose a producir un bien, sino sencillamente causando otro, ni la igualdad entre la ofensa y el castigo, sea sensible (Kant) o valorativa (Hegel), puede tomarse como algo lógicamente vinculante. Además la tesis de Hegel se estima que es dialéctica y excesivamente formal. Da la impresión de que el delito ha desaparecido pero el delito es un hecho histórico que no puede ser erradicado.

Respecto a Kant se dice que es inútil el que la pena carezca de ulteriores finalidades, que la pena no tenga otros fines. El Derecho penal es, en cierto modo, utilitario y se señala que una pena sin fines es absurda e inhumana y no conduce a ninguna parte. Por ello aparecen en la doctrina las Teorías Relativas.

TEORÍAS RELATIVAS O UTILITARIAS

Las Teorías Relativas justifican el castigo por su utilidad, esto es por los objetivos de prevención a los que debe estar dirigido, y vienen a poner el acento en los fines de la pena que han de ser los de:

% **prevención general** y

% **prevención especial**

Prevención general

Por prevención general se entiende el efecto disuasorio respecto a la comisión de los delitos que la pena ejerce sobre la totalidad de los ciudadanos tanto a través de la conminación penal abstracta (amenaza que en abstracto hace el Código Penal a los delincuentes) cuanto a través de la imposición y el cumplimiento de la pena. Hay dos tipos de prevención general:

- 1) **la prevención general intimidatoria o negativa** es la que tiene lugar a través de la intimidación que el mal que la pena representa proyecta sobre la conciencia de los miembros de la sociedad.
- 2) **la prevención general integradora o positiva** tiene lugar por medio de la educación dado que la reprobación y reproche que la pena expresa puede penetrar en la conciencia ciudadana reforzando el respecto al ordenamiento jurídico. Estamos ante la función pedagógica de la pena a la que alude Rodríguez Debesa.

Prevención especial

La prevención especial consiste en impedir u obstaculizar la repetición del delito por quien ya lo cometió y respecto al que no fueron suficientes los mecanismos preventivos generales (ya entra en consideración un delito y un delincuente). Esta prevención se vincula a la fase ejecutiva de la pena aunque el legislador pudiera tenerla presente al configurar el sistema penal. La prevención especial tiene lugar a través de la intimidación individual, la educación y el aseguramiento. La intimidación individual es el escarmiento resultante de la ejecución de la pena. Por otra parte la educación supone la corrección del delincuente para adaptarse a una vida social respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico. Y cuando ni se ha conseguido la intimidación ni la educación, la sociedad queda protegida frente al delincuente a través de su aseguramiento o inocuización (inocuo es no dañoso) por más o menos tiempo.

&Entre las Teorías relativas que se basan en la prevención general estaría la concepción de **Bentham**. Bentham justifica la pena por su mayor utilidad, su necesidad y la utilidad de la pena deriva de su aptitud como instrumento de prevención general, que se realiza tanto a través de la amenaza de la pena, cuanto por medio de su efectiva ejecución.

&Entre las Teorías relativas que se apoyan en la prevención especial se encuentran las de **Frank Von Liszt**. Para Von Liszt *la pena correcta o justa es la pena necesaria* midiéndose la necesidad de la pena según Von Liszt con criterios de *prevención especial* pues la pena se impone para *resocializar* a los delincuentes necesitados y susceptibles de reeducación, para *intimidar* a aquéllos en los que no concurra dicha necesidad y para *neutralizar* a los incorregibles.

TEORÍAS MIXTAS, COMPLETIVAS O DE LA UNIÓN

Las Teorías Absolutas corrían el peligro de hacer de la pena un indefendible mecanismo de venganza y las Teorías Relativas presentaban el inconveniente de que pudieran llegar a imponerse penas inmerecidas o desproporcionadas en aras de la prevención general o especial. Por ello surgen las Teorías Mixtas que tratan de recoger lo positivo de las anteriores y distinguen con claridad el fundamento y los fines de la pena. El fundamento se encontraría en el delito cometido y la pena tendría que ser proporcionada al delito. Los fines serían los de prevención general y especial. Entre las Teorías Mixtas destaca la Teoría Dialéctica de la Unión debida a **Claus Roxin**. Distingue **Roxin** tres momentos o fases por los que atraviesa la pena:

- a. el **legislativo** o de la conminación penal abstracta

- el **judicial** o de medición de la pena
- el de **ejecución**

En el momento legislativo el sentido de la conminación penal viene dado por su *utilidad* para la protección de bienes jurídicos por medio de la prevención general. En el momento *aplicativo*, el juez también tendrá en cuenta la prevención general pues la eficacia preventiva de la amenaza legal de la pena resultaría vana si no se confirmase por su aplicación. Pero la pena no puede rebasar el límite de la culpabilidad del autor. Por último, en la ejecución predomina la idea de prevención especial, se trata de lograr que el delincuente se disocialice. Sin descartar la construcción de Roxin hemos de matizarla diciendo que en el momento legislativo el criterio retributivo de la proporcionalidad también representa un papel importante a la vez que el legislador no puede dejar de lado, al establecer las clases de pena y los marcos penales y al arbitrar los sustitutivos, las consideraciones de prevención especial y en concreto la finalidad resocializadora de la pena.

En el momento aplicativo, el juez también tomará en consideración, aunque en menor medida, la finalidad resocializadora de la prevención especial y la proporcionalidad retributiva y finalmente en el momento ejecutivo sigue estando presente la prevención general porque el cumplimiento de la pena confirma la amenaza penal y porque existen penas que no están orientadas a la reeducación y reinserción social.

23-01-02

III. La clasificación de las penas en el Código Penal español.

Teóricamente se pueden hacer muchas clasificaciones de las penas. Así en primer lugar atendiendo a su gravedad, las penas se dividen en

- ◆ **graves**
- ◆ **menos graves**
- ◆ **leves**

En segundo término, según su posición funcional u autonomía puede hablarse de:

- ◆ penas **principales**: que se aplican directamente en razón del delito
- ◆ penas **accesorias**: que se aplican por haber otra principal que las conlleva.

A partir de Francesco Carrara (autor del programa de Derecho penal) es tradicional clasificar las penas por su cualidad o naturaleza, es decir, según el bien jurídico de que prive su imposición. Así

- ◆ las penas **capitales** privarían al delincuente de la vida
- ◆ las **aflictivas** le harían sufrir físicamente pero sin llegar a causarle la muerte
- ◆ las **infamantes** recaerían sobre su honor
- ◆ las penas **pecuniarias** menoscabarían su patrimonio.

Las penas también se clasifican en:

- ◆ **divisibles**
- ◆ **indivisibles**

según se concreten o no en una determinada cantidad de tiempo o de dinero.

Otras penas son:

- ◆ **únicas**
- ◆ **conjuntas**
- ◆ **alternativas**

según se impongan aisladamente o en compañía de otras.

Y también las penas pueden ser:

- ◆ **primarias**
- ◆ **sustitutivas**

según se apliquen en primer término o en defecto de otras.

Algunos ejemplos son:

- ◆ pena indivisible: la pena de muerte vigente hasta la Constitución Española de 1978
- ◆ pena conjunta: pena de prisión y multa
- ◆ pena alternativa: pena de prisión o multa (el legislador ofrece dos penas y el juez elige la más oportuna para cada caso concreto)
- ◆ pena sustitutiva: los trabajos en beneficio de la comunidad.

Otras clasificaciones tienen más importancia histórica que actual. Así las penas se dividirían:

- ◆ por su duración en :
 - **temporales**
 - **perpetuas**
- ◆ por su finalidad:
 - **aflictivas**
 - **correcionales**

Y según se probase la culpabilidad o se impusiesen en caso de duda en

- **ordinarias**
- **extraordinarias**

Esta última clasificación fue importante en el Antiguo Régimen y con la que acabó la presunción de inocencia (en caso de duda no se impone una pena extraordinaria sino que no se impone ninguna).

El sistema de consecuencias jurídicas del delito del Título III, Libro I representa el cambio más importante de cuantas innovaciones introduce el Código Penal de 1995 y no sólo por el volumen de novedades que se incorporan sino por su repercusión en el nuevo sistema de penas orientado a la reeducación y reinserción social que proclama el artículo 25.2 de la Constitución Española. Así en primer término, atendiendo a la gravedad de las penas éstas se dividen, según los artículos 13 y 33 del Código Penal en:

- ◆ **graves**: son las que castigan los delitos graves
- ◆ **menos graves**: son las que castigan los delitos menos graves
- ◆ **leves**: son las que castigan las faltas.

Por ejemplo, la pena de prisión cuando es superior a 3 años es grave. Cuando la pena de prisión es entre 6 meses y 3 años es menos grave.

El Código Penal alemán (STGB) no tiene artículos, tiene párrafos. Contiene delitos graves y delitos menos graves y también hay faltas.

Este sistema tripartito recogido en el Código Penal español forma parte del sistema tradicional español, no procede del sistema alemán. Con el Código Penal del 95 se volvió a esa tradición demandada por todos los proyectos de ley presentados.

La pauta utilizada por el Código Penal para determinar la gravedad es doble:

- atendiendo tanto a la naturaleza como a la duración. Ello lleva a resultados tan paradójicos como que la privación al derecho al porte de armas por 6 años y 1 día sea más grave que una prisión de 3 años.
- Atendiendo a su posición funcional o autonomía, el artículo 32 distingue entre penas que pueden imponerse como principales o como accesorias. Las penas accesorias pueden ser absolutamente accesorias, accesorias estrictu sensu (propriadamente dichas) y relativamente accesorias.

- **Penas absolutamente accesorias:** no queda ninguna en el Código Penal de 1995 que no considere el comiso como pena. Las penas accesorias en el nuevo Código Penal no constituyen un mero efecto mecánico de la imposición de penas principales pues requieren una condena expresa por parte de los tribunales (artículo 79 del Código Penal : *Siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas.*)
- **Penas accesorias estrictu sensu** como la prohibición de residir en el lugar del delito que regula el artículo 57 del Código Penal. Fue la única que aparecía. Las más recientes prohibiciones de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella fueron introducidas en 1998 y se retocaron en el año 1999.
- **Penas relativamente accesorias:** cuando se trata de penas del catálogo principal que por voluntad de la ley pueden imponerse en ocasiones como accesorias. Por ejemplo la inhabilitación o la suspensión de profesión u oficio (artículo 56 del Código Penal).

3) Siguiendo el criterio que en su día propuso Carrara, los artículos 32 y 33 del Código Penal clasifican las penas atendiendo a su cualidad o naturaleza en:

% **Privativas de libertad**

% **Privativas de otros derechos**

% **Multa.**

Las penas que pueden imponerse con arreglo al Código Penal de 1995 son :

&La prisión

&Los arrestos de fin de semana

&La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa

&Inhabilitación absoluta

&Inhabilitaciones especiales

&Suspensión de empleo o cargo público

&Privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores

&Privación del derecho a la tenencia y porte de armas

&Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos

&Prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares o a las personas que el Juez disponga o de comunicarse con ellos

&Los trabajos en beneficio de la comunidad

&La multa.

El artículo 33 del Código Penal pretende hacer un catálogo general de penas, un *numerus clausus* en el que se incluirían todas las penas que pueden imponerse con arreglo a la ley penal. Por ello en el artículo 33 se menciona la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que aunque tenía virtualidad como pena sustitutiva en el antiguo Código Penal, no se catalogaba como tal pena en su artículo 27, vulnerándose el principio de legalidad penal (*nulla poena sine lege*). Sin embargo subsisten en el Código Penal consecuencias *sui generis* no previstas en la parte general como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social de 3 a 6 años que no se recogen en el artículo 33 sino en los artículos 305 y 308 de Código Penal en relación con los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social.

Entre las penas de nueva aparición podemos señalar los arrestos de fin de semana, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, las prohibiciones de aproximarse o comunicarse con la víctima y los trabajos en beneficio de la comunidad.

Por el contrario desaparecen las penas de extrañamiento, confinamiento, reprensión pública, destierro, pérdida de la nacionalidad española, suspensión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y la caución.

FIN

6-03-02

TEMA 16.- LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La cárcel de custodia (cárcel a la espera de juicio) es el principio general de las legislaciones hasta finales del s. XVI. La cárcel como mera retención o medida cautelar es la norma general de la privación de libertad y el único sentido que posee es procesal. Así lo plasma la frase de Ulpiano repetida por las Partidas y por el Libro de las Costumbres de Tortosa: *la cárcel debe servir no para el castigo de los hombres sino para su guarda.*

Es a partir del s. XVIII cuando las penas privativas de libertades empiezan a adquirir su propia sustantividad y por entonces se pone en marcha la reforma penitenciaria. A ello contribuyó la aparición de dos obras trascendentales:

- **De los delitos y de las penas, debida a Beccaría (1764)**
- **El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales, obra de Howard (1776)**

También se dan los primeros pasos hacia el logro de una arquitectura penitenciaria acorde con las nuevas concepciones. En 1802 Jeremías Bentham publica su Tratado de la legislación Civil y Penal, obra en la que presenta el famoso PANÓPTICO (Samuel, hermano de Jeremías fue el que hizo los planos), centro penitenciario que contempla toda la actividad del penado, como una linterna gigante, influyendo en la arquitectura penitenciaria posterior de USA. Era de planta circular y con diversas celdas para varios reclusos con grandes ventanales al exterior, con vistas, con techo de cristal y en el centro una torre de vigilancia con celosías que permitían contemplar todo el penal sin ser visto e incluso dar instrucciones a los reclusos a través de unos tubos de hojalata que comunicaban con cada celda. En el centro del edificio la torre de vigilancia con pasillos de rejillas transparentes que permiten ver y dirigir la actividad penal.

Panóptico es una palabra que se puede descomponer en:

% pan-, adjetivo griego que significa todo

% -óptico, también de origen griego que significa visible

El Iluminismo consideró la pena privativa de libertad como la panacea (remedio mágico) de los modernos sistemas punitivos. Las ideas de reforma, corrección y mejora de los condenados a través del **aislamiento y separación** se plasmaron en los sistemas penitenciarios o formas de ejecución de las penas que después de implantarse en Norteamérica hacen su aparición en Europa, alcanzando gran difusión. Esos impulsos reformadores se configuraron en tres modalidades de detención denominadas:

- 1) sistema filadélfico, pennsylvánico o celular (ver fotocopia)
- 2) sistema auburniano (ver fotocopia)
- 3) sistema reformatorio

A los tres sistemas americanos hay que añadir un cuarto de raigambre europea: los sistemas progresivos. Estos cuatro sistemas constituyen la reforma penitenciaria del s. XIX, precedente histórico inmediato imprescindible para conocer la prisión de nuestros días.

- 1) El sistema filadélfico, pennsylvánico o celular.

Su fundador fue William Penn. Nació en Pennsylvania por influencia de los cuáqueros. Se formaron unas asociaciones para la ayuda de los reclusos. Las características principales de este sistema son las siguientes:

- aislamiento celular completo diurno y nocturno
- ausencia de visitas exteriores (a excepción del párroco y de los miembros de la sociedad filadélfica de reclusos, para la ayuda de los reclusos)
- prohibición inicial de trabajar (después se vio que los reclusos se aburrían)
- higiene y alimentación adecuada
- carácter ético-religioso del sistema
- orden y disciplina fácil de mantener pero infracciones reglamentarias corregidas severamente.

- 2) El sistema de Auburn o régimen del silencio

Se lleva a cabo por el capitán Lynds en la ciudad de Auburn (estado de Nueva York), en el año 1873 y más tarde en la prisión de Sing-Sing en el año 1828. Este sistema se caracterizaba por:

- el aislamiento celular nocturno
- la vida en común durante el día dedicados al trabajo
- el mantenimiento de la regla del silencio absoluto
- la disciplina cruel
- prohibición de contactos exteriores
- grado de enseñanza elemental
- inexistencia de todo tipo de ejercicio o distracciones.

- 3) El sistema reformatorio

Zebulon Broadway dirigió el primer reformatorio creado en Elmira (NY) en 1876. Las características más destacadas de este sistema eran que:

- la edad de los penados oscilaba entre los 16 y los 30 años
- se trataba de delincuentes primarios, es decir, que sufriesen por primera vez una condena
- la sentencia era indeterminada, esto es, el término de la pena era relativamente indefinido, estaba entre un máximo y un mínimo fijado en la sentencia
- la clasificación de los penados
- la cultura física, organización del trabajo, enseñanza religiosa , instrucción cultural y disciplina cruel.

4) Los sistemas progresivos

La reacción europea que superaría la disyuntiva entre sistema auburniano/sistema celular iba a nacer de la mano de 4 prácticos:

1º) El capitán de la Marina inglesa, el Capitán Alexander Maconochie, que fue nombrado en 1840 Gobernador de la Isla de Norfolk a donde Inglaterra deportaba a los presos que delinquieran de nuevo, a los reincidentes.

2º) En segundo lugar tenemos a Ober Mayer, nombrado Director de la prisión del estado de Munich desde 1842.

3º) En tercer lugar estaba Crofton, encargado en 1844 de inspeccionar las prisiones irlandesas.

4º) Finalmente, el Coronel Montesinos y Molina, nombrado Comandante del presidio de Valencia en el año 1834.

Separadamente los cuatro son fundadores del sistema progresivo que transformó el sentido y la finalidad de la pena privativa de libertad, difundándose por la mayor parte del mundo y aplicándose todavía en gran número de países, pese a la crisis por la que atraviesa. Pero si hay que reivindicar la primacía de este sistema para alguno, ese es Montesinos que fue el primero en ponerlo en marcha en 1834, primacía que el mismo Crofton le atribuyó en el Congreso Penitenciario Internacional de Londres de 1872.

La idea fundamental de este sistema consiste en la disminución de la intensidad que experimenta la pena como consecuencia de la conducta del recluso. Esencial en los sistemas progresivos es la distribución del tiempo de duración de la condena en períodos, fases o grados en los que se van acentuando los privilegios o ventajas según la conducta y aprovechamiento del tratamiento reformador. Las etapas van desde el aislamiento celular hasta la libertad condicional. El recluso tiene en su mano la posibilidad, con su trabajo y conducta, de ganar con mayor o menor rapidez su liberación.

9-04-02

I. Clases de penas privativas de libertad y cumplimiento: prisión, arresto de fin de semana y responsabilidad personal subsidiaria.

El artículo 35 del Código Penal de 1995 enumera como clases de penas privativas de libertad:

% la prisión

% el arresto de fin de semana

% la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa

LA PRISIÓN

Es la pena privativa de libertad por excelencia, considerándose a todas las demás solo sucedáneos o derivados de ella. La prisión se configura como la pena básica, no sólo de privación de libertad sino también del catálogo general de penas por su protagonismo en la parte especial del Código Penal siendo la más grave de toda la legislación penal española y la más frecuentemente impuesta.

El Código Penal antiguo adoptó el sistema de multiplicidad de penas privativas de libertad que respondía a la vieja tesis de las penas paralelas según la que a las diferentes modalidades del injusto culpable tenían que corresponder penas distintas en cuanto a su ejecución; es decir, la pena debía ser proporcional en calidad además de en cantidad a la índole del delito:

% arresto menor

% arresto mayor

% prisión menor

% prisión mayor

% reclusión menor

% reclusión mayor

dividiéndose también en grados. También distinguía penas honrosas y deshonorosas (presidio y prisión).

La única diferencia entre las diversas penas privativas de libertad que el antiguo Código Penal regulaba era la distinta duración y las penas accesorias que comportaban. No tenía sentido utilizar penas de diferente NOMEN IURIS si la distinta denominación no implicaba variación alguna en la ejecución. Por ello el nuevo Código Penal ha optado por la pena única de prisión.

La antigua regulación encorsetaba aleatoriamente al legislador al obligarle a partir de unos pocos marcos penales prefijados para elegir la pena determinada.

La Disposición Transitoria XI del nuevo Código Penal para evitar la duplicidad de sistemas entre el Código Penal y las leyes penales especiales o procesales prevé la sustitución de las antiguas penas privativas de libertad, por ejemplo, arresto menor por arrestos de fin de semana, etc.

La pena de prisión puede definirse como la consecuencia jurídica del delito, consistente en una privación de libertad de duración continuada efectuada en un establecimiento penitenciario y bajo determinado régimen de actividades. Se subraya la precisión del lugar de cumplimiento porque en el nuevo Código Penal se han suprimido los antiguos arrestos domiciliarios (artículo 85/1973 texto refundido). Esta privación de libertad se concreta principalmente en la libertad de movimientos, pues el penado ya no puede elegir su lugar de residencia ni distribuir su tiempo en distintas actividades sino es dentro del marco de la pena y del grado penitenciario en que se encuentre clasificado.

El contenido de la pena de prisión también anula o limita otras libertades fundamentales del condenado como la libertad de expresión, reunión y manifestación, asociación, sindicación, la libertad sexual además de otros derechos civiles, económicos y familiares.

Límite máximo y mínimo de la prisión: duración

La extensión mínima y máxima de la prisión en el antiguo Código Penal oscilaba desde 1 día de arresto menor a 30 años de reclusión mayor aunque podía alcanzar los 40 años en una hipótesis prevista en el artículo 75 del antiguo Código Penal en relación con el artículo 501, número 1 y 502 (cuadrilla armada, robo con violencia e intimidación con resultado de muerte).

El artículo 36 del nuevo Código Penal señala como límite mínimo de pena de prisión el de 6 meses y como límite máximo el de 20 años. En principio puede afirmarse que el Código Penal ha acabado con las penas cortas privativas de libertad de duración continua, esto es, con las penas inferiores a 6 meses. No se encuentra en ningún precepto de la parte especial pena de prisión por debajo de ese límite. El legislador quiere mantener el límite inferior de 6 meses a toda costa y por ello obliga a sustituir en el apartado 2º del artículo 71 la pena de prisión inferior a esa cuantía que resultare indirectamente en virtud de los mecanismos de determinación de la pena y en concreto por el cálculo de la pena inferior en uno o varios grados. El artículo 88 del nuevo Código Penal requiere para la sustitución de la pena, entre otras cosas, que el reo no sea habitual pero según Cerezo Mir para sustituir la pena impuesta inferior a los 6 meses del apartado 2º del artículo 71 no se requiere como conditio sine qua non que el sujeto sea también reo no habitual, pues el apartado 2º del artículo 71 establece categóricamente que la pena será en todo caso sustituida, sea el reo habitual o no habitual. Lorenzo Salgado dice que la subsistencia en la legislación penal especial, de penas inferiores a los 6 meses no conlleva que hayan de cumplirse como tales, lo que burlaría los fines del apartado 2º del artículo 71; lo impiden los módulos de conversión o transformación de la Disposición Transitoria XI que dice que la pena de arresto mayor se entenderá sustituida por la de arresto de 7 a 15 fines de semana. No obstante pueden producirse en el Código Penal, por otras vías indirectas, 3 supuestos en los que resulte aplicable una pena privativa de libertad continua inferior a 6 meses:

- 1.– En primer lugar si el juez ordena el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de forma continuada y no mediante arrestos de fin de semana o trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 53 del Código Penal).
- 2.– En segundo lugar si el condenado quebranta el arresto de fin de semana impuesto como pena principal, el juez puede ordenar que se cumpla el resto de la pena de forma continuada (artículo 37, apartado 3º del Código Penal).
- 3.– En tercer lugar si se incumplen la pena sustitutiva, cuando la pena de prisión que reste por cumplir sea inferior a 6 meses (artículo 88, apartado 3º del Código Penal).

En estos casos no puede aplicarse la regla del apartado 2º del artículo 71 porque las reglas a las que se refiere son las contenidas en los artículos 61 y siguientes de esa sección. En estos 3 casos no se aplica el artículo 71 porque es para casos de pena determinada y éstos no lo son.

A la vista de ello hay que entender que el último inciso del párrafo 1º del artículo 36 del Código Penal que dice:

Salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código

se refiere no solo la duración máxima de la prisión, sino también a su duración mínima.

10-04-02

El límite máximo de prisión

En el Código Penal de 1995 el límite máximo de prisión es de 20 años frente a los 30 años del antiguo Código Penal. Las penas son inferiores en relación a los delitos, salvo excepciones en el Código Penal de 1995.

Sin embargo esta rebaja es meramente nominal y engañosa:

% **Nominal** porque en el nuevo Código Penal no opera la redención de penas por el trabajo que suponía la reducción de un 1/3 de la condena; según el artículo 100 del antiguo Código Penal se abonaba 1 día de cumplimiento por cada 2 de trabajo.

% Es **engañoso**:

1º) porque el límite máximo de 20 años puede resultar rebasado en varios casos; ello sucede en las reglas generales de los concursos de delitos que pueden castigar con pena de prisión de hasta 25–30 años, y en las reglas de determinación de la pena cuando proceda imponer la pena superior en grado a la prisión y dicho grado superior rebase los 20 años, estableciendo la regla 1ª, apartado 2º, artículo 70 que en estos casos la pena tendrá duración máxima de 30 años.

2º) También engañosa porque la ley establece para bastantes delitos una pena de prisión superior a 20 años, delitos que pueden sintetizarse en 4 grupos:

- penas de prisión de **15–25 años en delitos de rebelión** de los párrafos 1º–2º, artículo 473 del Código Penal.
- Penas de prisión de **20–25 años en el delito de asesinato** cuando concorra más de una de las circunstancias del artículo 139 del Código Penal.

También en **delitos contra la Corona** del apartado 1º del artículo 485 y contra el derecho de gentes del artículo 605, apartado 1º del Código Penal.

- Penas de prisión de **20–30 años en delitos de terrorismo** (número 1 del apartado 1º del artículo 572 el Código Penal).
- Penas de prisión de **25–30 años en delitos** como el del artículo 473, apartado 2º; artículo 485, apartado 3º y 605, apartado 1º.

El legislador también sustituye en la Disposición Transitoria XI la reclusión mayor por la prisión de 15–20 años con cláusula de elevación a prisión de 20–25 años cuando concurren 2 o más circunstancias agravantes.

El límite máximo de prisión nunca rebasará los 30 años lo que no puede equipararse al límite del antigo Código Penal ya que en este la redención de penas por el trabajo reducía automáticamente la pena al menos en 10 años, mientras que en el nuevo Código Penal los 30 años se cumplirán efectivamente.

La prisión según la duración constituirá **pena grave** cuando sea **superior a 3 años y menos grave cuando vaya de 6 meses a 3 años**, sin que la privación de libertad continua inferior a 6 meses pueda ser considerada pena leve pues la prisión sólo es aplicable a los delitos graves o menos graves pero nunca a las faltas.

Si la pena de prisión por su duración fuera al mismo tiempo grave y menos grave, el delito se considerará grave en virtud del párrafo 4º del artículo 13.

Por ejemplo el artículo 175 del Código Penal que castiga el atentado a la integridad moral con pena de 2 a 4 años. La pena 2 a 3 años es menos grave y de 4 años es grave; se considera grave.

Cumplimiento de penas

En España se ajusta al sistema progresivo aunque el nuevo Código Penal no emplea la expresión como lo hacía el artículo 84 del antiguo Código Penal. Tal vez porque el sistema que regula nuestro derecho va más allá del tradicional sistema progresivo. **La Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979** denomina **sistema de individualización científica** al peculiar sistema progresivo aplicado en nuestro

país. El régimen progresivo dividía el cumplimiento de la pena privativa de libertad en grados progresivos que cada vez atribuían al penado mayor libertad, responsabilidad y confianza. El artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y diversos preceptos de su Reglamento de fecha 9 de febrero de 1996, nos indican cuáles son los 4 grados del cumplimiento de las penas, grados que se establecen de acuerdo con las características del interno y no según el tiempo de condena transcurrido o pendiente de cumplimiento:

Primer grado: establecimiento de régimen cerrado o máxima seguridad:

- se aumenta el control y vigilancia
- se incrementan los cacheos y registros
- y se limita al máximo el régimen de vida en común, ampliándose el aislamiento individual en celda.

El régimen cerrado se aplica a los penados clasificados en primer grado por su peligrosidad extrema o por su inadaptación a los regímenes ordinarios y abiertos (artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; artículo 74 del Reglamento Penitenciario, apartado 3º y artículo 89 y siguientes del Reglamento Penitenciario).

Por ello la mayoría de los reclusos están clasificados en el 2º grado.

Segundo grado: se cumple en establecimientos de régimen ordinario, establecimientos de seguridad media conforme al apartado 1º del artículo 74 del Reglamento Penitenciario. El régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en 2º grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos. Es el régimen más común y por ello la mayor parte de la normativa penitenciaria lo toma como referencia. Se rige por los principios de seguridad, orden y disciplina. La separación interna de los reclusos se hace en función de las exigencias del tratamiento y el trabajo y la formación serán actividades básicas en la vida del centro.

El régimen ordinario se caracteriza por la existencia de mayores posibilidades de mantener contactos con el exterior.

Tercer grado: implica la aplicación de normas del régimen abierto. Tratándose de una etapa de semilibertad en la que el recluso permanece en prisión sólo por la noche (apartado 4º del artículo 86 del Reglamento Penitenciario; mecanismos telemáticos de control; pulsera de control por señal electrónica).

Los establecimientos de régimen abierto pueden ser de tres tipos:

1– **centros abiertos o de inserción social**

2– **secciones abiertas** que son la parte de un establecimiento penitenciario polivalente, destinado a los internos clasificados en tercer grado

3– **unidades dependientes o viviendas** ubicadas fuera de los recintos penitenciarios (artículo 80 del Reglamento Penitenciario).

En el régimen abierto la actividad penitenciaria potenciará las capacidades de inserción social positiva para favorecer la incorporación al medio social. Además de la dulcificación del régimen de vida interior en el que se atenúan las medidas de control, los internos podrán salir del establecimiento para desarrollar actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social: salidas que serán planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento (artículo 86 del Reglamento Penitenciario) que también regulará individualizadamente las salidas de fin de semana. Se pretende con todo que el sujeto se prepare para la vida en libertad.

Cuarto grado: el cuarto grado sería la libertad condicional.

El interno puede ser clasificado inicialmente en cualquier grado sin tener que pasar por los otros, salvo el de libertad condicional, pero sí puede ser situado inicialmente en el tercer grado (lo impide el apartado 3º del artículo 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

15-04-02

CRISIS DE LA PENA DE PRISIÓN

Hans Von Hentig señalaba a mediados de los años 50 que la prisión está en crisis desde hace 150 años. La privación de libertad conlleva la creación de un mundo separado de la sociedad que se rige por sus propias normas y que origina un sistema de valores diferente y relativamente autónomo denominado subcultura carcelaria. Por ello Roxin ha señalado la paradoja que supone educar para la libertad en situación de privación de libertad y se han puesto de manifiesto los efectos negativos de la prisonización o interiorización de dichas normas, las psicosis carcelarias y las consecuencias disocializadoras para los condenados que suponen el efecto contrario al que se pretendía conseguir.

A pesar de esa crisis permanente, las penas privativas de libertad continúan situándose, en la actualidad, en el centro de los sistemas penales de todos los Estados. Por ello la posición más realista, por el momento, es la que aspira a que la prisión no produzca la disocialización del condenado y evite un nuevo delito pero sin pretender supuestos efectos benefactores. Pero, sobre todo, lo que se discute hoy es cuál deba de ser la extensión más adecuada de la prisión. Así, respecto a las penas largas de privación de libertad se dice que resultan inhumanas, que hacen estériles las supuestas funciones de la pena, que desocializan al recluso, impidiéndole reinsertarse y que plantean problemas en relación con los derechos de los reclusos y en especial con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. A este respecto Hans H. Jescheck afirma que todo encierro por más de 15 años destruye la personalidad y es por eso inhumano.

En definitiva, la nueva legislación penal española posibilita la ejecución de penas inhumanas prohibidas por el artículo 15 de la Constitución Española.

En cuanto a las penas cortas privativas de libertad, considerando como tales las inferiores a 6 meses, se propone su supresión ya que:

% en primer término, son costosas en su ejecución, sobre todo, teniendo en cuenta la masificación de las cárceles que dificulta el cumplimiento de la prisión adecuado con los fines de la pena.

% en segundo lugar, su breve duración no permite un tratamiento reformador eficaz.

% En tercer término, constituyen un factor criminógeno al poner en contacto al delincuente primario con los habituales y profesionales y por ello se dice que la prisión es *escuela de criminales* o la *universidad del crimen* (metáfora de Lombroso, quien ideó en su libro *El hombre delincuente* la teoría del criminal nato, en el siglo XIX. Más tarde surgieron las teorías neolombrosianas, basadas en datos cromosómicos, como el síndrome de Turner que consiste en que, por defecto, sólo aparecía el cromosoma X y por exceso podía aparecer en la mujer 3 cromosomas x, XXX y hasta cuatro XXXX y en el hombre podían darse los cromosomas XXY, XXXY, XXXXY ó XXXYY. También se estudia la trisomía o síndrome de Dacon que suponía la aparición de un cromosoma Y adicional).

% En cuarto término separan al delincuente de su entorno social, de su familia, sus amistades y su trabajo y le estigmatizan socialmente.

% Finalmente, carecen de efecto preventivo general por su escasa gravedad, aunque las penas cortas pueden ser eficaces para los sujetos socialmente integrados respecto a los delitos económicos o a la

delincuencia de tráfico (rodado) pues se sienten intimidados ante una pena corta privativa de libertad y no corren los mismos riesgos desocializadores.

La consideración de la pena como ultima ratio en la defensa del orden social fundamenta la supresión de las penas cortas de prisión. Por ello, el Código Penal de 1995 prescinde de la prisión inferior a 6 meses a favor de los arrestos de fin de semana o la multa pero no hay que tener grandes esperanzas sobre la desaparición de las penas cortas privativas de libertad pues de nada sirve condenar a arrestos de fin de semana si antes del juicio el reo ha permanecido 5 ó 6 meses en prisión preventiva. Hay una tercera tendencia que es buscar una alternativa que son los sustitutivos penales.

EL ARRESTO DE FIN SEMANA

El artículo 35 del nuevo Código Penal calificaba como pena privativa de libertad, además de la prisión y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, el arresto de fin de semana.

El arresto de fin de semana es la pena privativa de libertad de nueva creación que prevé el Código y constituye la novedad más importante del sistema de penas del nuevo texto punitivo. La denominación del arresto de fin de semana es discutible pues resulta chocante asociar un término punitivo cual es el de arresto con una expresión normalmente festiva como es el fin de semana. Además el arresto de fin de semana también puede cumplirse durante la semana por lo que sería más lógico abandonar la vinculación de este arresto al fin de semana y adoptar una denominación que se ajuste mejor al carácter flexible de esta pena como puede ser la expresión arresto de tiempo libre (de procedencia alemana), prisión por días libres (de procedencia portuguesa) o arresto discontinuo (por ser esa la característica más destacada).

La peculiaridad del arresto del fin de semana, que lo distingue de la prisión, radica en que la privación de libertad es discontinua, característica ésta desconocida por las penas del Código anterior la cual es descrita por unos como cortas pero intensas descargas punitivas y por otros como efecto shock.

16-04-02

La razón de ser del arresto de tiempo libre hay que buscarla en una legislación que opta por renunciar a las penas cortas de privación de libertad por lo que el arresto de fin de semana aspira a cubrir, junto con los días-multa o cuotas de multa, el espacio de gravedad de conductas que antes estaban castigadas con la antigua pena de arresto mayor.

La exposición de motivos del R.D. 690 /1996, de 26 de abril por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana presenta al arresto discontinuo como una alternativa ventajosa a las penas cortas privativas de libertad de duración continua al señalar que:

- 1º) el arresto de fin de semana no es apto para un tratamiento en sentido técnico-jurídico
- 2º) que se cumple en régimen de aislamiento para evitar los riesgos del contagio criminógeno
- 3º) que se trata de procurar su cumplimiento en condiciones de no desocialización.

El arresto de fin de semana, pese a ser una pena corta privativa de libertad, es sostenible desde el punto de vista de la prevención especial pues no obliga al delincuente a dejar su familia ni su trabajo. Además al cumplirse en aislamiento, evita la denominada tertulia de delincuentes y se orienta a la reinserción social. Asimismo se ha hecho constar la preocupación por las necesidades de infraestructura que la ejecución de dicha pena conlleva (falta de instalaciones, falta de funcionarios para el seguimiento y

registro, ...).

La duración mínima del arresto.

El inciso 1º, del apartado 1º del artículo 37 dice:

El arresto de fin de semana tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad.

A tenor de ello podemos decir que el arresto discontinuo supone una privación muy parcial de la libertad del penado ya que su duración semanal, al ser de 36 horas, representa poco más de 1/5 de la semana pero como se ejecuta por semanas la pena se alarga en el tiempo compensando así su aparente levedad pues aunque cada arresto equivale a 2 días de privación de libertad, el tiempo en que el penado se somete al cumplimiento se cuenta de semanas en semanas. Se ha propuesto la reducción de la duración del arresto a 30 horas para que no atente contra la naturaleza y fines que persigue la nueva pena, es decir, para que no perturbe la vida familiar y laboral, sobre todo teniendo en cuenta que el tiempo de traslado al centro no se computa y que podría consistir en 3 ó 4 horas más. Dado que las 36 horas forman una unidad, no podrá ejecutarse un arresto incompleto pues si no se estaría aplicando una pena inexistente. Así, si por las reglas de determinación de la pena resultare un arresto inferior a las 36 horas (por ejemplo 18 horas, 9 horas, ...), tal fragmento de sanción devendría inejecutable. El que un arresto de fin de semana equivalga a 2 días de privación de libertades cuando se haya de cumplir ininterrumpidamente por dos ausencias no justificadas, es una regla de conversión que perjudica al sujeto porque se le transforman las 36 horas (equivalente a día y medio) de cada arresto en 2 días, por lo que estará más tiempo privado de libertad. La extensión mínima de esta pena es un arresto de fin de semana aunque, curiosamente, no lo diga la ley en el artículo 37 de forma expresa, pero se deduce de su duración como pena leve.

La duración máxima del arresto

La extensión máxima del arresto como pena principal es de 24 fines de semana aunque conforme al número 5, apartado 2º del artículo 70 cuando haya de imponerse una pena superior en grado que exceda del límite máximo fijado para el arresto, su duración máxima será de 36 fines de semana, precisión que carece de utilidad pues no hay en el nuevo Código Penal ningún supuesto al que resulte aplicable.

Si el juez o tribunal acuerdan que la responsabilidad penal subsidiaria por impago de la multa, impuesta según el modelo de cuotas, se cumpla en arrestos de fin de semana se podrá llegar a los 180 arrestos de fin de semana. Cuando el arresto discontinuo funciona como pena sustitutiva de la prisión de hasta 2 años también puede sobrepasarse el límite de los 24 arrestos de fin de semana y llegarse a los 208, según la regla de conversión del artículo 88.1 a la que remite el artículo 37.1:

1. El arresto de fin de semana tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad. Tan sólo podrán imponerse como máximo veinticuatro fines de semana como arresto, salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad; en tal caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 88 de este Código.

Estos excesos pueden resultar contradictorios con la función del arresto de tiempo libre como pena sustitutiva de las penas cortas privativas de libertad de duración continua así como con su configuración penitenciaria peligrando su eficacia ya que el límite máximo general de 24 arrestos de fin de semana se corresponde con la supresión de las penas de prisión inferiores a 6 meses, en cuanto a su duración efectiva aunque no respecto a los días de privación de libertad.

El tiempo de cumplimiento

El arresto de fin de semana tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos como días de cumplimiento ordinario pero incluso podrá cumplirse otros días de la semana para facilitar la organización de varios turnos en los centros penitenciarios y además polibililar que el momento de cumplimiento se acomode a las necesidades del penado. No se ha previsto que, excepcionalmente, se pueda aumentar la duración de los arrestos o disminuir el tiempo de su cumplimiento para facilitar un más rápido cumplimiento de la pena en función de la situación personal o familiar del reo, aprovechándose, por ejemplo períodos de vacaciones o de desempleo. No se ha previsto porque tal posibilidad permitiría construir una pena a la medida de cada condenado, desapareciendo gran parte de su carácter aflictivo además de ser incompatible con el régimen de aislamiento en celda y de desnaturalizar el arresto de fin de semana pues mal sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad sería una pena que permitiese una cierta vuelta a la privación de libertad continua.

17-04-02

El lugar de ejecución

En cuanto al lugar de ejecución, el artículo 37.2 del Código Penal señala que el arresto se cumplirá en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado y el artículo 12 del RD. 690/1996 especifica que en caso de existir varios centros penitenciarios en el partido judicial de residencia del penado, el arresto se cumplirá en el centro de inserción social más próximo al domicilio del sujeto. Igualmente se permite el cumplimiento fuera del centro penitenciario que como el cumplimiento en otros días de la semana está sometido a previa audiencia del Ministerio Fiscal y acuerdo del reo. Sin embargo las exigencias para el cumplimiento en otros días son menores que las previstas para el cumplimiento en depósitos municipales ya que en este último caso, además de oír al Fiscal y prestar su consentimiento el penado, debe constatarse que no existe centro penitenciario en el partido judicial de residencia del penado y sí plaza disponible en el depósito municipal. Si no se diera tal disponibilidad la Dirección General de Instituciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente, cuando estén transferidas las competencias en esta materia, fijará el centro de otro partido judicial para cumplir el arresto. Se ha suprimido la posibilidad de que el cumplimiento pudiese tener lugar en centros policiales por considerarlos inadecuados y carentes de infraestructura necesaria. Tampoco se ha recogido el que los arrestos puedan cumplirse en el domicilio del penado, bien sea por su carácter menos intimidatorio, por sus dificultades de control o porque el nuevo Código Penal prescinde generalizadamente del arresto domiciliario.

El apartado 4º del artículo 37 del Código Penal indica:

Las demás circunstancias de ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria, cuyas normas se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código.

El desarrollo reglamentario al que alude este apartado se ha producido parcialmente mediante el RD 190/1996, de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario cuyo artículo 163 prevé, como forma especial de ejecución, el internamiento en centros de inserción social donde se desarrollará, entre otras, la ejecución de los arrestos. Y la completa regulación de esta pena se produjo mediante el RD 690/1996, de 26 de abril por el que se aprueban las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana y concretamente por su capítulo II, artículos 12 a 24 de este RD. Esta remisión reglamentaria ha sido criticada por la doctrina dado que la privación de libertad exige una reserva estricta de legalidad máxime cuando no es una ley orgánica, sino un RD y en particular el artículo 17 del RD regulador, el que establece que el cumplimiento lo sea en régimen de aislamiento en celda lo que constituye una restricción a la privación de libertad por lo

que, aunque exista un amplio acuerdo en que el arresto se cumpla en régimen de aislamiento, el desarrollo reglamentario puede ser tachado de inconstitucional.

El cumplimiento del arresto como pena principal

El apartado 3º del artículo 37 del Código Penal dispone que:

Si el condenado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente.

Este artículo, dadas dos ausencias injustificadas, faculta pero no obliga al Juez de Vigilancia Penitenciaria a imponer el cumplimiento ininterrumpido del arresto pudiendo dar lugar a la ejecución de una pena privativa de libertad continua, inferior a 6 meses. Algún autor ha propuesto que debería ser suficiente una ausencia no justificada para decretar el cumplimiento ininterrumpido pues dicho incumplimiento ya rompe el diálogo y la confianza que supone la nueva pena, quedando defraudada la administración penitenciaria. Si se decretase la ejecución ininterrumpida, el máximo de privación de libertad continua será de 48 días (el límite máximo del arresto como pena principal es de 24 arrestos de fin de semana. Como cada arresto de fin de semana equivale a 2 días de privación de libertad, queda que $24 \times 2 = 48$ días). Y aunque el precepto no lo dice, los arrestos de fin de semana cumplidos se descontarán para calcular los días de privación de libertad ininterrumpida si bien no hubiese estado de más una previsión explícita del legislador como se ha hecho en el apartado 3º del artículo 88:

3. En el supuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión o de arresto de fin de semana inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de conversión respectivamente establecidas en los apartados precedentes.

Además de la ejecución ininterrumpida, las dos ausencias injustificadas motivarán que el Juez de Vigilancia Penitenciaria deduzca testimonio por el quebrantamiento de condena lo que, según MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO, atentaría contra el principio NE BIS IN IDEM, al derivar de un mismo hecho dos consecuencias jurídicas:

- por una parte el cumplimiento continuado del arresto
- por otro lado el delito de quebrantamiento de condena.

Sin embargo, esta conducta única afecta a dos bienes jurídicos diferentes:

- el quebrantamiento atentaría contra la administración de justicia
- y el mal cumplimiento sería contrario al orden y disciplina penitenciarias.

Respecto al delito de quebrantamiento de condena, el artículo 468 prevé un castigo distinto según que el quebrantamiento se realice por:

- quien está privado de libertad al que le correspondería la pena de prisión de 6 meses a 1 año o
- quien no lo está, caso que se castiga con multa de 12 a 24 meses.

La situación del condenado a arresto de fin de semana no es en el momento de su incomparecencia la de quien está privado de libertad, situación ésta que constituye el presupuesto para aplicar la pena más grave del artículo 468, pues el Código Penal entiende aquí la privación de libertad en sentido fáctico y no formal por lo que el que quebranta el arresto de fin de semana a través de dos ausencias injustificadas será castigado con la multa de 12 a 24 meses. Distinto sería si el penado quebrantare el

arresto durante su cumplimiento lo que, además de ser difícil, estaría fuera del quebrantamiento por dos ausencias.

En definitiva y como afirma el profesor LORENZO SALGADO, el arresto de fin de semana está llamado a desempeñar un importante papel puesto que:

- cubre en primer término como pena principal el hueco punitivo de las penas de privación de libertad continua inferiores a los 6 meses
- funciona en segundo lugar como sustitutivo de la pena de prisión de hasta 2 años y
- es un modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta de acuerdo con el sistema de cuotas o días.

LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA

Se trata de un mecanismo alternativo de ejecución para el supuesto de incumplimiento total o parcial de la pena de multa. Con el antiguo código penal se había discutido la naturaleza jurídica del denominado arresto sustitutorio negando su carácter de pena parte de la doctrina así como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional que había llegado a afirmar, en su Sentencia 19/1988, de 16 de febrero que *no es propiamente una pena por no hallarse incluida en la escala del artículo 27 del código y que en consecuencia no puede participar de los fines de corrección y de readaptación*. El nuevo Código Penal reconoce expresamente, en su artículo 35 el carácter de pena privativa de libertad de la responsabilidad personal subsidiaria, asignándole la consideración de menos grave o leve según la que corresponda a la pena que sustituya (artículo 33.5 del Código Penal: *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.*). Dicha responsabilidad se tendrá en cuenta para calcular los límites del concurso real de delitos a los efectos de la libertad condicional y para la suspensión de la ejecución de la pena. Y como pena privativa de libertad se encaminará a los fines de reeducación y reinserción social del apartado 2º del artículo 25 de la Constitución Española, cumpliéndose conforme al sistema de individualización científica.

Por otra parte el sistema de los días–multa del Código Penal de 1995 permite adaptar más la multa a la capacidad económica del reo. Además la multa es revisable si se produce un cambio sensible de esa capacidad económica y el pago es fraccionable, resultando la regulación en el nuevo Código Penal más favorable a su cumplimiento y por lo tanto menor el número de supuestos en que la responsabilidad personal subsidiaria entre en juego. Se ha afirmado que el arresto es una pena a la pobreza que convierte una sanción pecuniaria en una pena corta de privación de libertad cuando, actualmente, es a la inversa, constituyendo la reencarnación de la arcaica prisión por deudas. Pero lo cierto es que además de que parecido esquema es conocido en la legislación penal de los países occidentales en tal crítica subyace la figura demagógica del pobre de solemnidad sobre el que va a descargar todo su acento represivo un Derecho penal cruel por indiscriminado.

22–04–02

El artículo 53.1 del Código Penal establece:

1. Si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana.

También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

Según este artículo 53.1 del Código Penal sólo se llegará a la pena privativa de libertad tras agotar las posibilidades de cobro de la multa y sólo si el apremio resultare ineficaz podrá imponerse el arresto sustitutorio pues el condenado no puede elegir dado que no se trata de un derecho sino de un deber concretado en el pago de la multa y solo cuando este sea imposible se aplicará la pena privativa de libertad.

Duración de la responsabilidad personal subsidiaria

El apartado 2º del artículo 53 del Código Penal establece:

2. En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

Este artículo 53.2 del Código Penal limita a 1 año la duración de la responsabilidad personal subsidiaria cuando el impago lo es de la multa proporcional. La limitación anual, en principio, no es necesaria y por eso la omite el legislador si la responsabilidad surge del impago de la multa impuesta por el sistema de días–multa pues la multa como pena principal tiene una duración máxima de 2 años y 2 cuotas diarias no satisfechas son equivalentes a 1 día de privación de libertad. Entonces la privación de libertad por responsabilidad personal subsidiaria tampoco sobrepasará 1 año. El límite máximo de 1 año parece excesivamente amplio porque supone la duplicación del tiempo máximo del antiguo Código Penal que en su artículo 91 hablaba de 6 meses cuando se hubiese procedido por razón de delito. En cuanto a las faltas, la responsabilidad personal subsidiaria podrá alcanzar el mes de duración frente a los 15 días del antiguo Código Penal. El incremento incluso es mayor porque el nuevo Código Penal permite que impagada la multa impuesta por el sistema de cuotas, la responsabilidad personal subsidiaria llegue a 1 año y 3 meses cuando haya de subirse 1 grado la pena de multa y con ello se excedan los límites fijados por el Código Penal, caso en que la multa podrá durar 30 meses según el nº 4, apartado 2º del artículo 70 del Código Penal.

Así, por ejemplo, el artículo 326 que castiga los delitos contra el medio ambiente con la pena superior en grado con respecto a la pena del artículo 325 (la pena es de 8 a 24 meses de multa). Por tanto la pena que se impone en el artículo 326 es la superior en grado, es decir, al límite superior le sumamos la mitad de ese límite superior:

$24 + 12 (24/2) = 36$ Queda así una multa de 24 a 36 meses.

Según el artículo 50, la multa máxima es de 24 meses–multa (2 años). Entraría en juego el artículo 70.2.4º que establece el máximo de duración de la multa de 30 meses, quedando entonces establecida la pena de 24 a 30 meses, por imperativo legal. Si esos 30 meses–multa resultan impagados, se establecería por cada 2 cuotas multa impagadas 1 día de privación de libertad, lo que equivaldría a 1 año y 3 meses de privación de libertad ($30/2= 15$ meses de privación de libertad).

Límite a la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria

El artículo 53.3 del Código Penal establece:

3. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años.

Cuatro años es pues, según este artículo 53.3, el límite a la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria que al desaparecer la redención de penas por el trabajo equivale a los 6 años del artículo 91

del antiguo Código Penal. Tal limitación podría basarse en razones humanitarias o de proporcionalidad y justicia material. Es suficiente que se traspase ese límite con la suma de las distintas penas privativas de libertad impuestas por diversos delitos pues solo con esa interpretación se cumple el sentido del precepto que es el de evitar que además de una privación de libertad de larga duración se imponga el arresto sustitutorio.

Cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de arrestos de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

La responsabilidad personal subsidiaria puede dar lugar a una pena privativa de libertad continua de hasta 1 año o de 1 año y 3 meses según el artículo 70.2.4º del Código Penal. Si la responsabilidad personal subsidiaria procede del impago de la multa impuesta por el sistema de días–multa, la pena se ejecutará como privación de libertad continua salvo que el juez o tribunal acuerde que se cumpla en régimen de arrestos de fin de semana o previa conformidad del penado mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo cuando la responsabilidad subsidiaria deriva del impago de la multa proporcional sólo será posible la privación de libertad continua o su cumplimiento a través de trabajos en beneficio de la comunidad si el juez o tribunal lo determinan y el reo está de acuerdo. Es incomprensible que no se pueda acudir en caso de impago de la multa proporcional al arresto de fin de semana. La conversión de la responsabilidad personal subsidiaria en arrestos de fin de semana siguiendo la regla del apartado 1º, del artículo 37 puede llegar a 180 arrestos salvo el caso del artículo 70.2.4º, en el que se pueden alcanzar los 225 arrestos de fin de semana.

Así el artículo 50.3 establece que el máximo es 2 años–multa, o lo que es lo mismo, 360 cuotas o días–multa que multiplicado por 2 es 720 cuotas–multa. Si resultan impagadas y contando con que 2 cuotas–multa equivalen a 1 día de privación de libertad, tendríamos:

$720 / 2 = 360$ días de privación de libertad

Aplicando el artículo 37.1 que establece que 2 días de privación de libertad equivalen a 1 arresto de fin de semana, tendríamos que:

$360 / 2 = 180$ arrestos de fin de semana

En cuanto a los 225 arrestos de fin de semana, estos se deducen de lo siguiente:

–según el artículo 70.2.4º es posible la multa de 30 meses–multa que según el artículo 50.4 se componen de 30 cuotas o días–multa, de lo que resulta:

$30 \times 30 = 900$ días–multa

- si resultan impagados, como 2 cuotas de multa impagada equivalen a 1 día de privación de libertad, tendríamos:
 - ◊ $900 / 2 = 450$ días de privación de libertad
- según el artículo 37.1, 2 días de privación de libertad equivalen a 1 arresto de fin de semana, quedaría:
 - ◊ $450 / 2 = 225$ arrestos de fin de semana

El límite máximo del arresto de fin de semana como pena principal es de 24 arrestos, un máximo de 208 arrestos de fin de semana.

La forma de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria podía llegar hasta un máximo de 225 arrestos de fin de semana.

Si se quebranta el arresto de fin de semana impuesto como modo de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria aunque nada dice el artículo 53 se cumplirá la pena privativa de libertad continua en que consiste la responsabilidad personal subsidiaria descontándose, pese a que tampoco el artículo 53 nada indica, los arrestos de fin de semana cumplidos y ello con los módulos del apartado 1º del artículo 37 que son los mismos que se habían empleado para convertir la responsabilidad personal subsidiaria en arrestos de fin de semana, módulos según los que cada 2 días de privación de libertad equivalen a 1 arresto de fin de semana.

El párrafo último del apartado 1º del artículo 53 establece la posibilidad de que la responsabilidad personal subsidiaria sea cumplida en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso el módulo de conversión será el de una jornada de trabajo por un día de privación de libertad. Así el máximo resultante será el de 360 jornadas de trabajo. No obstante si la multa llegase a los 30 meses (artículo 70.2.4) y resultase impagada, los 30 meses se traducirán en 15 de responsabilidad personal subsidiaria y éstos en 15 meses de trabajos en beneficio de la comunidad, es decir, 450 jornadas de trabajo. Sin embargo, según la letra j) del apartado 3 del artículo 33, el máximo de horas de los trabajos en beneficio de la comunidad será de 384 horas y a tenor del artículo 40, in fine (en el inciso final), la pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de 1 día a 1 año. Además el artículo 5 del RD 690/1996 nos dice que cada jornada tendrá una duración mínima de 4 horas y máxima de 8 horas.

De acuerdo con la naturaleza de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en tal régimen sólo será posible con la conformidad del penado. Respecto al cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa proporcional, el artículo 53.2º señala que los jueces y tribunales la establecerán según su prudente arbitrio, arbitrio judicial que no se refiere, claro está, a que sea potestativa la imposición de aquella responsabilidad, sino que se refiere a los criterios de conversión de la multa en días de privación de libertades que no podrán exceder, en ningún caso, de 1 año. También se podrá cumplir la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de trabajos en beneficio de la comunidad y como el apartado 2º del artículo 53 no prevé la equivalencia entre responsabilidad personal subsidiaria y trabajos en beneficio de la comunidad, regirá la regla del apartado 1º del mismo artículo. También aquí el límite estará fijado en 360 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad.

El artículo 53.4 del Código Penal dice:

4. El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna.

Se trata de una cláusula de extinción de la responsabilidad penal que debe considerarse superflua por no ser mas que una especificación de la causa de cumplimiento de la condena que como tal ya está prevista en el artículo 130.2.

LA LIBERTAD CONDICIONAL

La libertad condicional se encuentra regulada en los artículos 90 a 93 del Código Penal. Es el último grado del sistema progresivo y supone que el penado realiza ya por completo su vida fuera del establecimiento penitenciario aunque dicha libertad está sometida a diversas condiciones, de ahí su terminología de condicional. El sujeto goza de libertad en dicho período pero técnicamente sigue ostentando la condición de penado.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la libertad condicional, esta se trata de una forma de cumplir la condena pese a que el Código Penal la ubique sistemáticamente de manera desafortunada en el capítulo dedicado a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad porque con la

libertad condicional no se pretende evitar el ingreso en la cárcel y con ello los efectos disocializadores de la prisión, objetivos estos que se persiguen con la suspensión y la sustitución de la pena. Con la libertad condicional el condenado que reúna determinados requisitos puede cumplir en libertad el último tramo de su condena al demostrar que ya no necesita la cárcel por haber alcanzado un alto grado de resocialización.

23-04-02

Requisitos para la concesión de la libertad condicional

Los requisitos son:

1º) Únicamente se puede conceder a los condenados a pena privativa de libertad en sentencia penal firme. En el artículo 98 del antiguo Código Penal se exigía la concurrencia de una pena privativa de libertad con una duración mínima de 1 año planteándose problemas sobre la aplicabilidad de la libertad condicional a varias penas privativas de libertad de duración mensual pero cuya suma superaba el año así como respecto al peor trato que suponía para las personas condenadas a una pena menor en relación con las sentenciadas con una pena mayor. La desaparición del límite mínimo de duración en el nuevo Código Penal evita todos estos problemas y es que no tenía sentido excluir anticipadamente esta posibilidad tratándose como se trata de una concesión facultativa.

2º) El segundo requisito es que el penado se encuentre clasificado en el tercer grado de tratamiento penitenciario. Así lo exige el artículo 90.1.1ª del Código Penal. Se supera así la defectuosa dicción del anterior artículo 98 que se refería a los sujetos que se encontrasen en el último período de la condena cuando el último período de la condena es la libertad condicional. Este defecto ya había sido corregido con anterioridad al Código Penal de 1995 mediante una reforma en el antiguo Reglamento penitenciario.

Del arresto de fin de semana no se puede pasar a la libertad condicional pues aunque cumple la primera condición (se trata de una pena privativa de libertad), no cumple esta segunda ya que el arresto de fin de semana no entra dentro de la clasificación penitenciaria.

Con la exigencia de que se encuentre clasificado en el período de régimen abierto se trata de garantizar que no se cometerán delitos al ser excarcelado. En principio no hay obstáculo para que la clasificación en tercer grado y la concesión de la libertad condicional sean simultáneas. Sin embargo ello será difícil pues tendrían que concurrir los demás requisitos de la libertad condicional.

3º) El tercer requisito es que el penado haya extinguido $\frac{3}{4}$ partes de la condena impuesta. Lo requiere la circunstancia 2ª del artículo 90.1 del Código Penal. Para el cómputo del tiempo ha de tenerse en cuenta la norma 1ª del artículo 193 del Reglamento Penitenciario, norma 1ª según la que el tiempo de condena indultado se rebajará del total de la pena para la aplicación de la libertad condicional. En caso de cumplimiento de una pluralidad de penas privativas de libertad, conforme a la norma 2ª del artículo 193 del Reglamento Penitenciario, rige el principio de unidad de ejecución por el que las penas se cumplirán y considerarán de forma acumulada como si se tratara de una sola pena resultado de la suma de las existentes. Las penas se van cumpliendo por $\frac{3}{4}$ partes, primero se cumplen las $\frac{3}{4}$ partes de la primera pena, luego las $\frac{3}{4}$ partes de la segunda pena, ... y así sucesivamente. Así si fue condenada una persona a 3 penas de 4 años cada una de duración, se consideraría como una sola pena de 12 años de duración, con lo que las $\frac{3}{4}$ partes de 12 serían 9 años y a partir de ahí podría pasar a libertad condicional. Si lo hiciéramos por penas primero cumpliría las $\frac{3}{4}$ partes de la primera pena, es decir, 3 años. Luego las $\frac{3}{4}$ partes de la segunda pena, es decir, otros 3 años. Y luego las $\frac{3}{4}$ partes de la tercera pena, es decir, otros 3 años que en total suman 9 años y luego podría pasar a la situación de libertad condicional.

El requisito del cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la condena tiene tres excepciones que constituyen los 3 casos de libertad condicional anticipada:

1– el régimen extraordinario para los penados que trabajen del artículo 91. Se trata de un adelantamiento de la libertad condicional que recuerda la derogada redención de penas por el trabajo y el beneficio del artículo 256 del anterior Reglamento Penitenciario. Aquí sólo se exige el cumplimiento de las $\frac{2}{3}$ partes de la condena. Su fundamento radica en que el desarrollo continuado de actividades laborales, culturales u ocupacionales es síntoma de rehabilitación. Además se pretende incentivar el trabajo penitenciario de forma que se compense la eliminada redención de penas por el trabajo pero su excepcionalidad y la valoración individualizada de su oportunidad impide que se recupere encubiertamente la vieja redención de penas por el trabajo cuyo automatismo había sido criticado por todos.

Si el penado trabaja sólo tiene que cumplir las $\frac{2}{3}$ partes de la condena, no las $\frac{3}{4}$ partes de la misma, para poder acceder a la libertad condicional. En el caso anterior que estaba condenado a 12 años, el penado sólo tendría que cumplir 8 años para poder acceder a la libertad condicional.

2 y 3– El régimen extraordinario para los que hubiesen cumplido la edad de 70 años o la cumplan durante la condena y para los enfermos muy graves con padecimientos incurables del artículo 92. En ambos casos se excepciona totalmente el requisito temporal, no exigiéndose mínimo temporal alguno por lo que puede concederse la libertad condicional desde el primer día de la condena siempre que se cumplan los restantes requisitos del artículo 90.

El artículo 92 del nuevo Código Penal tiene su origen en el artículo 60 del anterior Reglamento Penitenciario que aunque materialmente adecuado planteaba interesantes problemas de constitucionalidad, hoy solucionados al incorporarse al nuevo Código Penal con su carácter de Ley Orgánica. Tanto para los septuagenarios como para los enfermos terminales esta excepción se fundamenta en razones humanitarias y de justicia material dadas las dificultades para delinquir y la escasa peligrosidad del posible beneficiario. Ha desaparecido en el nuevo Código Penal la libertad condicional anticipada para los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes que se preveía para determinados supuestos de colaboración en el artículo 98.bis) del antiguo Código Penal siendo suficiente en tales casos el cumplimiento de $\frac{1}{3}$ de la condena para alcanzar la libertad condicional. Hoy el artículo 579 permite imponer la pena inferior en 1 ó 2 grados a los terroristas que colaboren.

24-04-02

4º) En cuarto lugar que el penado haya observado buena conducta. Así lo dispone el punto primero, circunstancia tercera del artículo 90 del Código Penal (artículo 90.1.3ª). El artículo 98 del antiguo Código Penal, en su circunstancia tercera calificaba esta conducta de intachable. Por buena conducta hay que entender la ausencia de anotaciones vigentes en el expediente penitenciario por falta disciplinaria grave o muy grave.

5º) El último requisito es que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes (artículo 90.1.3ª del Código Penal).

La orientación preventivo especial se formula hoy en términos más modernos que el antiguo y vago requisito de ofrecer garantía de vida honrada en libertad . El pronóstico de reinserción social se basará en la personalidad del individuo y en la evolución y comportamiento del penado durante el tiempo de cumplimiento. Es importante la entrada que se da a otros expertos distintos a los funcionarios habituales de la administración de justicia o penitenciaria pues el Juez de Vigilancia puede confrontar

los informes del equipo de tratamiento de la prisión con otros que solicite a los técnicos que estime convenientes. Cuando el pronóstico de vida en libertad sea dudoso por la persistencia de factores criminógenos, para evitar que se deniegue la libertad condicional, el apartado 2º del artículo 90 permite al Juez de Vigilancia imponer al penado la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del Código Penal que establece:

En los casos previstos en los artículos 101 a 104, el Juez o Tribunal podrá acordar razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia, la imposición de la observancia de una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.

b) Obligación de residir en un lugar determinado.

c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

d) Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas.

e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

g) 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.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

a) La privación de la licencia o del permiso de armas.

b) La privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración Autónoma informarán al Juez o Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento de estas medidas.

En el procedimiento para la concesión de la libertad condicional le corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria autorizar la libertad condicional. Existen dos causas de revocación:

- la comisión de un nuevo delito
- la inobservancia de las reglas de conducta que en su caso se hubiesen impuesto.

Revocada la libertad condicional el liberado reingresará en prisión para cumplir el resto de la condena de la que se descontarán los días pasados en libertad condicional. A diferencia del antiguo Código Penal la reincidencia no implica la pérdida del tiempo que haya estado en libertad condicional.

II. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

B) Su sustitución por otras penas.

La crisis de la pena privativa de libertad, entendida como ultima ratio del Derecho penal, origina que la mayoría de las legislaciones penales intenten sustituir las penas de prisión, incluso las ya impuestas. Para evitar o atenuar al menos las consecuencias negativas de las penas cortas privativas de libertad se han ideado una serie de substitutivos penales, algunos de los cuales han tenido acceso al nuevo Código Penal como los trabajos en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana. Otros como el perdón judicial siguen siendo ignorados por nuestro derecho positivo. El perdón judicial sería idóneo para delitos contra la propiedad de pequeña cantidad, etc.

El nuevo Código Penal, bajo la rúbrica *de la sustitución de las penas privativas de libertad*, acoge en sus artículos 88 y 89 una regulación más amplia y moderna de la sustitución que la prevista en el antiguo Código Penal.

Dentro de la sustitución tenemos:

- sustitución de la pena de prisión
- sustitución de la pena de arresto de fin de semana
- sustitución en materia de extranjeros

Sustitución de la prisión

El párrafo 1º del artículo 88, concede a los jueces o tribunales la facultad de sustituir las penas de prisión que no excedan de 1 año por arresto de fin de semana o multa. Penas sustituibles lo son las penas privativas de libertad que hayan sido impuestas como principales, por lo que se exceptúan las que sean substitutivas de otras y las que hayan sido impuestas de forma subsidiaria. Así la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no es susceptible de sustitución porque el artículo 88 se refiere sólo al arresto de fin de semana y a la prisión y ello pese a que la rúbrica de la sección que encabeza los artículos 88 y 89 habla de penas privativas de libertad. Para que la sustitución se produzca, habrá de atenderse a las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y el esfuerzo para reparar el daño causado. Con carácter excepcional podrán sustituirse las penas de prisión que no excedan de 2 años cuando:

1º– de las circunstancias del hecho

2º– del culpable

se infiera que su cumplimiento habrá de frustrar los fines de prevención y reinserción social. Los límites de la duración de las penas sustituibles (1 año con carácter general, 2 años con carácter excepcional) se corresponden con la delincuencia menos grave y ponen de manifiesto el contenido preventivo–especial de esta institución. Pero cuando la pena es superior a 2 años, la prevención general impide la sustitución de la pena pues aquí la renuncia a la privación de libertad afectaría a la eficacia intimidatoria del Derecho penal. Para conocer si se rebasa el límite de los 2 años se estará a la pena efectivamente impuesta en la sentencia y no a la prevista en abstracto por el legislador. Si son varias las penas impuestas en una misma sentencia, se tendrá en cuenta su suma. Igualmente habrá que restar a la pena los indultos parciales concedidos. En las sustitución de la pena que no exceda de 2 años se viene a reconocer la necesidad de que la aplicación de la pena no sea contraproducente para la reinserción o innecesaria o inútil para los fines de la prevención. El juez sólo estudiará si la sustitución de la pena favorecerá la reinserción social o la no desocialización del penado por lo que no tendrá en cuenta criterios de alarma o presión social. Los reos habituales no podrán beneficiarse de esta sustitución. El

artículo 94 nos dice:

A los efectos previstos en las Secciones 1ª y 2ª 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 ello.

El concepto de reo habitual del artículo 94 es sumamente criticable porque el delincuente habitual es una categoría criminológica y su contenido no depende de requisitos formales a diferencia de la reincidencia que es un concepto jurídico. Debe admitirse como límite para la relevancia penal de la habitualidad el que haya recaído sentencia condenatoria pero es inadmisibles exigir que los delitos cometidos estén en el mismo capítulo. Podría haberse prescindido de esta exclusión pues la habitualidad se incluye en las circunstancias personales del autor que se valorarán para conceder la sustitución. Lo que sí es de elogiar es que se permita a los reincidentes el acceso a la sustitución.

Módulos de conversión

Si se sustituye la prisión por el arresto de fin de semana según el párrafo 1º del artículo 88, cada semana de prisión sería sustituida por 2 arrestos de fin de semana. Esta equivalencia es distinta a la del artículo 37. La diferencia se fundamenta por una parte en que el sujeto estará sometido a control penal durante más tiempo lo que compensa la reducción efectiva de horas y de hecho la pena sustitutiva puede ser más onerosa, gravosa de ahí que se exija la audiencia de las partes como requisito procesal de la sustitución. De otro lado el reo gana en la sustitución con la regla del artículo 88 más tiempo que el que ganaría con la regla del artículo 37, ganancia que perdería en caso de incumplimiento de la pena sustitutiva con lo que se está incentivando el cumplimiento de la pena sustitutiva.

Así el máximo son 2 años x 52 semanas que tiene cada año = 104 semanas

104 semanas x 2 arrestos de fin de semana (sustitución) = 208 arrestos de fin de semana

En segundo lugar cuando la pena sustituida sea la prisión y la sustitutiva sea la multa, esta puede llegar hasta 1460 cuotas o días–multa, ya que según el apartado 1º del artículo 88, cada día de prisión será sustituido por 2 cuotas de multa.

Así el máximo son 2 años de prisión x 365 días cada año = 730 días de privación de libertad

730 días de pena de prisión x 2 cuotas de multa (sustitución) = 1460 cuotas o días–multa

Además podrá imponerse la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes del artículo 83 del Código Penal:

1º Prohibición de acudir a determinados lugares.

1º bis 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.

2º Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

3º Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o Servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

4º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

5º 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.

29-04-02

La sustitución del arresto de fin de semana

El apartado 2º del artículo 88 faculta a los jueces y tribunales para la sustitución del arresto de fin de semana, impuesto como pena principal por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad. El arresto de fin de semana es pena principal en dos supuestos:

1- cuando el tipo penal establece dicha pena (por ejemplo el artículo 226, 244, 379 y en materia de faltas el 617 y 618)

2- cuando en virtud del apartado 2º del artículo 71 procede imponer una prisión inferior a 6 meses.

Aquí aunque para la transformación se sigan los módulos del apartado 1º del artículo 88, la pena que surge es una pena principal pues es la primera pena que se impone. Este arresto de fin de semana resulta sustituible por los trabajos en beneficio de la comunidad pero no por la multa pues la primera transformación pudo haberse hecho acudiendo al arresto de fin de semana o a la multa y si no se acudió a ésta directamente sería absurdo que se impusiese a través de un rodeo. Para la sustitución se exige, según el apartado 2º del artículo 88 la previa conformidad del reo:

1- si la pena sustitutiva es la de trabajos en beneficio de la comunidad el requisito se explica por sí solo ya que los trabajos en beneficio de la comunidad requieren el consentimiento del penado.

2- Cuando la pena sustitutiva sea la de multa, la conformidad del reo pretende garantizar que la multa no sea más onerosa que el arresto, cuestión que decidirá el reo.

El requisito de la no habitualidad no se aplica en la sustitución del arresto pues si no estaríamos ante una interpretación restrictiva perjudicial para el reo. Según el módulo de conversión que se establece cada arresto de fin de semana será sustituido por 4 cuotas de multa o 2 jornadas de trabajo.

Quebrantamiento de la pena sustitutiva y sus efectos

El quebrantamiento de la pena sustitutiva produce la vuelta al cumplimiento de la pena principal, utilizándose las mismas reglas de conversión pero a la inversa con lo que no se incrementa la sanción del penado. Por lo demás en el arresto de fin de semana cuando funciona como pena sustitutiva bastará con una ausencia injustificada para volver a la prisión ya que según el apartado 3º del artículo 88, cualquier incumplimiento de la pena sustitutiva supone el regreso a la pena principal. El artículo 88 no menciona la posibilidad de que deduzca testimonio por el quebrantamiento de condena dado que estamos ante situaciones distintas en el delito de quebrantamiento de condena se hace ineficaz una pena mientras que en el incumplimiento de la pena sustitutiva únicamente se incumple una condición de la que dependía la sustitución lo que determina la vuelta a la pena principal.

Finalmente el legislador no ha previsto ninguna consecuencia para el incumplimiento de las obligaciones y deberes del artículo 83. Según Sánchez Yllera y Gracia Martín, en una interpretación materialmente razonable, dicho incumplimiento provocará la revocación de la sustitución aunque conforme a la letra de la ley ello no puede ser así dado que el apartado 3º del artículo 88 se refiere al incumplimiento de la pena sustitutiva y tales reglas de conducta no tienen el carácter de penas. Conforme al apartado 4º del artículo 88, no se podrán sustituir penas sustitutivas de otras, es decir, no cabe la sustitución de la sustitución. Ello implica que sólo se podrán sustituir penas principales. Así

mismo pretende evitar una escalera de sustituciones.

La pena de prisión se podría sustituir por el arresto de fin de semana y éste a su vez por trabajos en beneficio de la comunidad. Así se estaría sustituyendo la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad y eso no lo permite el Código Penal.

Supuestos especiales de sustitución en caso de extranjeros

El apartado 1º del artículo 89 permite al juez, previa audiencia del penado, sustituir las penas privativas de libertad inferiores a 6 años impuestas a un extranjero que carezca de residencia legal en España por su expulsión del territorio nacional. El que se puedan sustituir penas de hasta 6 años manifiesta el propósito del legislador de disminuir la población penitenciaria de extranjeros sin enraizamiento alguno en España.

En el año 2000 había casi un 20% de extranjeros entre la población reclusa. En marzo de 2002 ya había aumentado hasta un 23,2 % de extranjeros (la mayoría marroquíes y colombianos).

Este propósito se confirma con la posibilidad de expulsión de extranjeros condenados a pena de prisión igual o superior a 6 años siempre que hayan cumplido $\frac{3}{4}$ partes de la condena, lo que constituye un trato discriminatorio puesto que en tal condición lo procedente debía ser la libertad condicional. Lo que sí debe valorarse positivamente es la equiparación del extranjero que resida legalmente en España con el nacional con lo que se le excluye del ámbito de aplicación subjetivo del artículo 89. No podrá regresar a España en un plazo de 3 a 10 años contados desde su expulsión. El quebrantamiento de la pena sustitutiva consistirá en el regreso antes de dicho término y el efecto del quebrantamiento será el cumplimiento de las penas sustituidas.

- Suspensión de la ejecución.

La suspensión se encuentra regulada en el Código Penal de 1995, en los artículos 80 a 87. El apartado 1º del artículo 80 permite a los jueces o tribunales dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a 2 años mediante resolución motivada atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto. La suspensión es una facultad por lo que a diferencia del Código Penal derogado no puede operar por ministerio de la ley.

Únicamente pueden suspenderse penas privativas de libertad, es decir, la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa lo que no sólo se deduce de la referencia genérica del artículo 80 de las penas privativas de libertad y de la rúbrica del capítulo sino también del apartado 1º del artículo 83 que establece la posibilidad de imponer reglas de conducta en el caso de que la pena suspendida sea la de prisión con lo que da a entender que pueden suspenderse otras penas privativas de libertad. El criterio básico para la suspensión es la peligrosidad criminal del sujeto. Ello es congruente con el fundamento de esta figura que se basa en la falta de peligrosidad del delincuente primario y que trata de alejarlo de los peligros de la prisión.

Requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena

1º) El primero es que se trata de delincuentes primarios. La exigencia de que el reo haya delinquirido por primera vez se mantiene igual que en su redacción tradicional y se fundamenta en la idea de beneficiar a los delincuentes primarios cuando el delito conlleve una pena de corta duración pues para el delincuente primario la amenaza de la pena genera un efecto intimidatorio suficiente y más eficaz que la imposición de la pena. El concepto delinquirir comprende únicamente la comisión de delitos y excluye la de faltas ya que al ser la suspensión facultativa, el legislador ha querido dejar en manos del juez la decisión de cuándo una condena anterior por falta es síntoma de peligrosidad criminal para no

proceder a la suspensión.

Únicamente se entiende cometido el delito tras la existencia de una sentencia condenatoria firme. Así lo exige la presunción de inocencia. Por otra parte las condenas por delitos imprudentes no impiden la admisión de la delincuencia primaria. También se considera delincuente primario aquel cuyos antecedentes penales hayan sido cancelados o debieran serlo.

30-04-02

2º) El segundo requisito es la condición segunda del artículo 81 del Código Penal que dice:

2ª Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad.

Esta condición segunda requiere que nos hallemos ante una pena privativa de libertad inferior o igual a 2 años. El nuevo Código Penal amplía de 1 a 2 años la regla general del antiguo Código Penal, ampliación que aún es mayor si se tiene en cuenta la desaparición de la redención de penas por el trabajo.

Respecto a los problemas que plantea la acumulación de penas el silencio del antiguo Código Penal no impedía la aplicación de la remisión condicional. El nuevo Código Penal la prevé expresamente al aludir a la suma de las impuestas. Si la pena de prisión es superior a 2 años pero por la concesión de un indulto parcial pasa a ser inferior a la citada duración, entonces también podría suspenderse dicha pena.

3º) La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. Es la condición 3ª del artículo 81 del Código Penal:

3ª 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.

Como no puede tratarse peor al insolvente la misma condición 3ª del artículo 81 prevé la excepción de que se declare la insolvencia parcial o total del penado oídos los interesados y el Ministerio Fiscal. Este es un tímido intento de favorecer la reparación del daño causado. No obstante el juez está obligado a afianzar la responsabilidad civil en la fase de instrucción y si el penado es solvente se ejercerá sobre sus bienes la vía de apremio por lo que es obligación del tribunal proceder al cobro forzoso de las responsabilidades civiles. La Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1978 sobre la pretensión del juez de hacer efectiva la pena de arresto si no pagaba la deuda, resolvió el Tribunal Constitucional que se vulneraba el artículo 17, se trata de una privación de libertad no prevista en la ley. Hoy ya se recoge en la condición 3ª.

4º) El cuarto requisito es que en los delitos perseguibles a instancia de parte, la ley exige una previa audiencia del ofendido o de su representante legal. Está recogido en el artículo 86 del Código Penal:

En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

El legislador de 1995 ha superado en los delitos privados el antiguo poder de disposición sobre la pena que tenía la parte ofendida ya que dependía de su voluntad la suspensión de la ejecución. Hoy carece de sentido mantener este precepto puesto que el principio de contradicción ya se recoge en el apartado 2º

del artículo 80.

La extensión

El ámbito de aplicación de la suspensión se circunscribe solamente a las penas privativas de libertad. Así lo dice tanto la rúbrica que encabeza los artículos 80 y siguientes como el mismo artículo 80 en su apartado 1º. La precisión que hace el apartado 3º del artículo 80 del Código Penal cuando alude a que la suspensión no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados es una obviedad lo que se remite o suspende no es la sentencia sino la ejecución de las penas privativas de libertad. Y por otra parte es lógico que el que obtiene el beneficio de la suspensión esté obligado a hacer frente a las responsabilidades civiles nacidas de la infracción.

Plazo de suspensión

El párrafo segundo del artículo 80 dispone dos plazos de suspensión:

- por un lado de 2 a 5 años para las penas privativas de libertad inferiores a 2 años
- de otro lado de 3 meses a 1 año para las penas leves (arresto de 1 a 6 fines de semana).

Por lo que hace a las condiciones de mantenimiento de la suspensión existe una condición genérica y posibles condiciones específicas adicionales también llamadas reglas de conducta. La suspensión se condicionará a que el reo no delinca de nuevo en el plazo que se le haya fijado y si la pena suspendida fuese de prisión, el juez podrá establecer condiciones adicionales contenidas en el artículo 83 (prohibición de aproximarse a la víctima, prohibición de abandonar el lugar de residencia, obligación de participar en programas formativos, educativos,...)

Por lo que hace a la revocación de la suspensión se revocará imperativamente la suspensión si el reo delinquire durante el período de prueba pues ello manifiesta el fracaso del pronóstico inicial de peligrosidad criminal. Sin embargo el incumplimiento de las reglas de conducta no conllevará necesariamente la revocación. El juez tiene un haz de respuestas gradual que tiende a corregir la conducta por otra más adecuada a las características del sujeto o podrá prorrogar el plazo de suspensión hasta un máximo de 5 años. Pero el juez revocará la suspensión si el incumplimiento fuese reiterado pues este también supone el fracaso del efecto disuasorio que la amenaza de la pena tiene sobre el penado al que se le ha suspendido la pena. La revocación de la suspensión conlleva la ejecución de la pena y la anotación de la condena en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Respecto a la remisión definitiva, superado el plazo de prueba sin incurrir en causa de revocación (sin delinquir, sin incumplir las reglas de conducta) se cancelará la inscripción hecha en la Sección especial del Registro. A partir de entonces este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto.

Supuestos específicos de suspensión de la ejecución de la pena

1º) Penados con enfermedades muy graves, con padecimientos incurables.

Se permite para estos penados la suspensión sin sujetarse a requisito alguno. El legislador ha querido evitar el ingreso en prisión de los enfermos terminales siempre que el juez lo considere oportuno. El fundamento de esta suspensión se encuentra en razones humanitarias y de prevención especial pues un enfermo muy grave es poco peligroso debido a la pérdida o disminución de su fuerza física. Se regula en el artículo 80.4 del Código Penal:

4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con

padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

La expresión *cualquier pena impuesta* debe entenderse referida a cualquiera que sea la duración de la pena privativa de libertad y no afecta a la naturaleza de la pena impuesta y ello ha de entenderse así de conformidad con la rúbrica del capítulo.

La enfermedad muy grave será suficiente para excepcionar los requisitos generales para la concesión de la suspensión pero no las condiciones de mantenimiento del artículo 83 del Código Penal. Así pues una vez concedida la suspensión a los enfermos terminales seguirá el régimen general. Ello tanto por la ubicación sistemática del artículo 80 como por la finalidad que le inspira dado que en otro caso la suspensión pasaría a tener la misma naturaleza que el indulto, al no exigirse requisitos para su concesión ni ser posible su revocación. Para beneficiarse de esta suspensión se requiere:

1º) en primer lugar sufrir una enfermedad muy grave con padecimientos incurables

2º) no tener otra pena suspendida por el mismo motivo en el momento de la comisión del delito.

Este segundo requisito trata de evitar suspensiones sucesivas basadas en la enfermedad del penado ya que la comisión de un nuevo delito revela la subsistencia de potencial criminal y la peligrosidad del enfermo.

En cuanto a la enfermedad muy grave con padecimientos incurables, el juez valorará cuando se está ante tal enfermedad, oídos los informes médicos precisos.

6-05-02

Supuestos relacionados con la dependencia de drogas del artículo 87 del Código Penal

Es evidente que un altísimo porcentaje de los delitos están provocados por el consumo de drogas, legales o ilegales. Por ello el nuevo Código Penal quiere ofrecer a los penados drogodependientes alternativas a la prisión cuando el delito cometido sea menos grave, incentivando así su deshabitación. Para el otorgamiento del beneficio se requerirá:

1º) en primer lugar que nos hallemos ante un caso de delincuencia funcional, es decir, la que se genera por la necesidad de seguir consumiendo droga. A ello se refiere el artículo 87 del Código Penal al exigir que el delito se haya cometido por causa de su adicción a las drogas. Aquí no se exige ni la presencia de un síndrome de abstinencia eximente ni la ingestión masiva de alcohol o drogas sino que es suficiente con demostrar que el penado era toxicómano en el momento de delinquir y que la toxicomanía fue la causa de su conducta. Por otra parte constituye una acertada novedad la inclusión del alcohol en este artículo pues a diferencia del antiguo Código Penal no se distingue entre drogas legales e ilegales.

2º) El segundo requisito es que la pena privativa de libertad no sea superior a 3 años. Supone su ensanchamiento tanto respecto al régimen general de la suspensión como en relación con el antiguo Código Penal en su artículo 93.bis que regulaba la revisión condicional en materia de drogas. El límite del Código Penal anterior de 2 años era poco generoso porque los delitos que criminológicamente cometían estas personas comportaban normalmente una pena superior. En el Código Penal de 1995 sí se incluyen los tipos básicos de los delitos que habitualmente comenten los toxicómanos, o sea, los robos con fuerza, violencia o intimidación y el tráfico de drogas a pequeña escala.

3º) El tercer requisito es que el penado se encuentre deshabitado o en proceso de deshabitación en el momento de decidir sobre la suspensión. Tanto para el deshabitado como para el sometido a

tratamiento se exige que un centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado certifique esa circunstancia.

4º) El cuarto requisito es que no se trate de reos habituales (reo habitual entendido según el artículo 94 del Código Penal: *se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo de cinco años, y hayan sido condenados por ello.*). Los fundamentos preventivo–especiales decaen en el caso de los reos habituales, dado que, por definición criminológica, se trata de un estado peligroso real. No obstante, la simple reincidencia frecuentísima en los drogodependientes no será un obstáculo insalvable para obtener la suspensión. Sin embargo el legislador, considerando la posible peligrosidad del reincidente, obliga al juez a atender a las circunstancias del hecho y del autor para conceder o denegar el beneficio a través de resolución motivada, previsión normativa y necesaria ya que con carácter general la concesión o denegación de la suspensión ha de ser motivada (artículo 80.1: *Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto*). En cuanto a la satisfacción de las responsabilidades civiles, éste requisito no está excluido para los penados drogodependientes. Las normas contenidas en los artículos 80 al 86 son supletorias de la regulación establecida en el artículo 87, por lo que éste debe interpretarse a la luz del resto de los preceptos y cuando concurren en un drogodependiente los requisitos de suspensión conforme al artículo 81 y al 87 el juez optará por la regulación más favorable. El periodo de suspensión de la pena privativa de libertad será de 3 a 5 años. Condición genérica para el mantenimiento en todo caso será que el reo no delinca en el período que se señale y si el condenado se hallase sometido a tratamiento de deshabitación no podrá abandonar el tratamiento hasta su finalización, condición que puede plantear problemas prácticos pues son frecuentes las recaídas. Por ello no debería interpretarse como abandono del tratamiento una recaída esporádica sino solamente el abandono definitivo. El apartado 4º del artículo 87 también contempla un control judicial de la progresión del reo durante el tiempo de suspensión.

La revocación de la suspensión

La suspensión se revocará si el penado incumple cualquiera de las condiciones establecidas pero la pena se remitirá si el reo no ha delinquirido durante el plazo de suspensión y si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento. En caso contrario se ordenará su cumplimiento a no ser que oídos los informes correspondientes, el juez estime necesario continuar el tratamiento pudiendo conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión no superior a 2 años. Con ello se pretende una mayor extensión del tratamiento cuando esté cercano a su fin y aunque hubiese discontinuidad durante el tratamiento. El antiguo Código Penal exigía la deshabitación total estimando la doctrina exagerado este requisito y señalando que debería ser suficiente que el sujeto hubiese mostrado una voluntad firme que ahora recoge el nuevo Código Penal en su mejorada redacción bajo la expresión alternativa o la continuidad del tratamiento.

FIN

17.– LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

I. Concepto y clases.

En sentido literal todas las penas son privativas de derechos. Así lo reconoce el artículo 32 del nuevo Código Penal cuando dice que las penas que se pueden imponer son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa. Pero el sentido técnico se reserva el nombre de penas privativas de derechos negativamente para aquellas penas que recaen sobre derechos distintos de la vida, integridad física, salud, libertad de movimientos o la propiedad. Y positivamente para las que suponen una limitación de los derechos políticos, civiles y profesionales. Entre los reproches actuales a las penas privativas de

derechos, sobre todo respecto a las inhabilitaciones y suspensiones cabe destacar los de su desigualdad e inutilidad. La penas privativas de derechos son eficaces para impedir el ejercicio de algunas actividades a quien ha puesto de relieve su falta de capacidad o de ética profesional. El artículo 39 del nuevo Código Penal enumera la totalidad de penas privativas de derechos que prevé el Código aunque lo hace de una manera un tanto arriesgada para el principio de legalidad al utilizar como cláusula residual la expresión inhabilitación especial de cualquier otro derecho, auténtico cajón desastre que supone un sistema abierto de inhabilitaciones especiales. En el nuevo Código Penal son penas privativas de derechos:

- La inhabilitación absoluta. El artículo 41 contempla la pérdida definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que el condenado tuviere en el momento de cometer el hecho delictivo. A continuación el artículo 41 recoge los efectos de índole temporal destacando la falta de alusión al derecho de sufragio activo que sí se contenía en el artículo 35 del antiguo Código Penal.
- La inhabilitación especial. Existen cinco clases de inhabilitación especial en el nuevo Código Penal:
 - la inhabilitación especial para empleo o cargo público del artículo 42
 - la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo del artículo 44 que priva del derecho a ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena. También desaparece aquí la posibilidad de privación del derecho de sufragio activo.
 - la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria y comercio contemplada en el artículo 45. (La inhabilitación para industria y comercio es algo novedoso que no aparecía en el otro Código).
 - la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento del artículo 46 (también novedosa).
 - la inhabilitación especial para cualquier otro derecho del artículo 45 (nueva)
- La suspensión de empleo o cargo público que priva temporalmente del ejercicio del cargo, regulado en el artículo 43 del Código Penal.

7-05-02

4- La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, recogido en el artículo 47, párrafo 1 del Código Penal:

La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.

En el antiguo Código Penal se hablaba de privación del permiso o de la licencia. El nuevo Código Penal, con mayor corrección, denomina a esta pena privación del derecho a conducir pues una cosa es el derecho y otra el título que lo instrumenta, es decir, el permiso o la licencia. El nuevo Código Penal prevé esta pena para los delitos contra la seguridad del tráfico, para determinados delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor y para ciertas faltas contra las personas realizadas con idéntico medio pero sigue sorprendiendo que se aplique esta pena en infracciones culposas y no en delitos dolosos cometidos valiéndose de un vehículo de motor.

Por ejemplo se le podría imponer la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor a un chico que va despistado con su novia en el coche y atropella a un peatón. Sin embargo en el caso de un novio despechado que espera a su exnovia camuflado en su coche y aprovecha que esta cruza por un paso de cebra para atropellarla con el resultado de muerte no se le aplicaría esta pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor.

5- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas que aparece en el artículo 47, párrafo 2 del Código Penal:

La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado

para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia.

Esta pena, nueva, tiene una denominación redundante pues difícilmente se puede privar del derecho a portar armas si no se goza del derecho a tenerlas. Como pena principal y menos grave se prevé para el homicidio y lesiones imprudentes cometidas utilizando un arma de fuego y como pena leve aparece en el artículo 621, en su párrafo 5º del Código Penal:

5. Si el hecho se cometiera con arma podrá imponerse, además, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres meses a un año.

Sin embargo se echa en falta en los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y en aquellos en los que el arma es medio comisivo. Aún es menos comprensible que un homicidio o unas lesiones cometidas por imprudencia grave, utilizando arma de fuego se castiguen con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y no los mismos hechos cometidos dolosamente.

Por ejemplo, un cazador que va con su amigo de caza, se separan y cada uno va por su lado y uno de ellos al ver moverse unos matorrales dispara y mata a su amigo, puede ser privado del derecho a la tenencia y porte de armas. Sin embargo a un terrorista que comete varios asesinatos no se le impondrá esa pena.

6– La privación del derecho a residir en determinados lugares o a acudir a ellos. Aparece en el artículo 48 del Código Penal:

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueran distintos.

Estamos ante penas nuevas cuyo antecedente próximo es la desaparecida pena de destierro. Según el artículo 57, estas penas son las únicas previstas exclusivamente como accesorias (aquellas denominadas penas accesorias estricto sensu) y además con carácter potestativo se impide al condenado fijar su residencia en el lugar de comisión del delito o donde resida la víctima o su familia. Así mismo se prohíbe ir a tales lugares. En octubre de 1998 y en junio de 1999 se reformó el nuevo Código Penal para incorporar las prohibiciones de aproximarse a la víctima, a sus familiares o a las personas que el juez disponga y la prohibición de comunicarse con ellos. Por la primera se impide al penado acercarse a la víctima, a su domicilio, centro de trabajo o cualquier lugar que esta frecuente. La segunda prohibición, la de comunicarse con la víctima, impide al condenado contactar con la víctima, familiares o los que diga el juez por escrito, de palabra e incluso visualmente (lo que parece excesivo).

7– Los trabajos en beneficio de la comunidad del artículo 49 del Código Penal:

Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1º La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez o Tribunal sentenciador, que, a tal efecto, podrá requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2º No atentará a la dignidad del penado.

3º El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4º Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5º No se supeditarán al logro de intereses económicos.

Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Penitenciaria, cuyas disposiciones se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código.

Eran desconocidos en nuestra tradición legislativa penal. Su naturaleza de pena privativa de derechos se explica mejor por exclusión dado que ni son penas privativas de libertad ni multas que por clara adscripción al grupo de penas privativas de derechos (lo que priva es del derecho a percibir un salario), los trabajos en beneficio de la comunidad sólo funcionan como pena sustitutiva o bien de los arrestos de fin de semana o bien de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa pero nunca como pena principal. Como características esenciales destacan:

- de una parte su carácter no retribuido
- de otro lado su voluntariedad, pues la pena de trabajos forzados sería inconstitucional (artículo 25.2 de la Constitución Española: *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.*)
- finalmente que su objeto recaiga en actividades de utilidad pública.

II. LA PENA DE MULTA: multa proporcional y sistema de días–multa.

La multa es una sanción pecuniaria. En las penas pecuniarias el mal en que la pena consiste es de índole patrimonial. Supone la privación de un bien de contenido económico y en concreto el pago de una cantidad de dinero. En el antiguo Código Penal existían tres penas pecuniarias:

- la multa
- la caución
- el comiso

En el nuevo Código Penal desaparece la caución y el comiso se traslada a un título específico De las consecuencias accesorias

Entre la ventajas de la pena de multa se pueden citar:

- su carácter divisible, adaptándose a la situación económica del penado
- no degrada al delincuente ni impide que atienda a sus obligaciones familiares y profesionales
- es fuente de recursos para el Estado y no supone gasto alguno en su ejecución
- es eficaz en las sociedades consumistas
- es fácil de reparar en los casos de error judicial
- finalmente es eficaz como sustitutivo de las penas cortas de privación de libertad.

Como inconvenientes de la pena de multa se pueden señalar:

- carece de una función reformativa e impide el tratamiento del delincuente
- no tiene carácter estrictamente personal pues la disminución del patrimonio afecta a la familia del condenado y puede ser satisfecha por un tercero
- ante el impago subsiste el posible retorno a la pena privativa de libertad

- tiene efectos desiguales.

Es necesario pues proporcionar la multa a las posibilidades económicas de quien deba sufrirla, utilizándose para ello dos sistemas:

- el arbitrio judicial
- el sistema de los días–multa.

La ampliación del arbitrio judicial parece tener más riesgos que ventajas.

En cuanto al sistema de días–multa, fue ideado por THYREN en incluido en el anteproyecto penal sueco de 1916. Consiste en imponer la multa por cuotas diarias, semanales o mensuales. Después se fija la cuantía de cada cuota. El número de cuotas depende de la gravedad del hecho. La cuantía de cada cuota depende de las posibilidades económicas del reo. Así se valora el injusto y la culpabilidad separadamente del sacrificio económico del reo. Con ello se adapta la pena pecuniaria a las posibilidades económicas del condenado. Se evitan los efectos de las fuertes inflaciones. Se limitan los supuestos de insolvencia y en caso de impago se determina automáticamente la responsabilidad personal subsidiaria. La multa deja de ser una carga insoportable para el económicamente débil e indiferente para el poderoso. Por ello las codificaciones modernas adoptan este sistema.

El nuevo Código Penal regula la pena de multa en los artículos 50 a 53, a través de un doble sistema:

- multa proporcional
- sistema de días–multa.
- Multa proporcional

El Código Penal sigue manteniendo la multa proporcional al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado. La multa de cuantía proporcional es una multa que se determina con arreglo a múltiplos, divisores o tantos por ciento que se aplican a una magnitud determinada. En el nuevo Código Penal se utilizan los delitos en los que el perjuicio económico para terceros o el beneficio del delincuente son muy grandes. Pero hemos de rechazar el mantenimiento de la multa proporcional pues en los supuestos más graves podría acudir a la pena privativa de libertad y en todo caso debería ampliarse la posibilidad de usar el comiso. En el multa proporcional, que siempre es pena menos grave, el juez podrá recorrer toda su extensión, atendiendo principalmente a la situación económica del culpable.

8–05–02

- El sistema de los días–multa

En el nuevo Código Penal la extensión mínima de la multa será de 5 días y la máxima de 2 años, límite máximo que no se aplicará en los casos de sustitución (se podría alcanzar 1.460 cuotas de multa) ni cuando haya que calcular la pena superior en grado a la multa de 2 años, en cuyo caso la multa podrá durar hasta 30 meses. La cuota diaria oscilará entre las 200 pesetas y las 50.000 pesetas, es decir, entre 1,21 € y 300,50 €. Los meses se entenderán de 30 días y los años de 360 días o cuotas–multa (artículo 50.4 del Código Penal).

Si la cuota mínima es de 200 y la máxima de 50.000 pts, en euros sería de 1´202024 y la máxima de 300´506052. Para el redondeo se aplica una regla especial, la regla del redondeo a la sexta cifra por ser cantidades que se han de multiplicar. La mínima no podría ser 1´20 € porque estaría imponiendo una multa de 1´200, cantidad inferior a la que establece la ley y por tanto no permitida. Así lo entendió la Fiscalía General del Estado en una Instrucción dictada por la misma. La multa mínima sería:

200 pts x 2 años x 360 días/año = 144.000 pts

Y la máxima sería

50.000 pts x 2 años x 360 días/año = 36,000.000 pts

La fijación de un máximo y de un mínimo para las cuotas era innecesaria y puede provocar desigualdades. En el sistema de días multa, los jueces determinarán la extensión de la pena según las reglas para la aplicación de las penas pero para la fijación de la cuota tendrán en cuenta exclusivamente la situación económica del reo. La multa por cuotas es pena menos grave cuando sea superior a 2 meses y pena leve cuando tenga una extensión entre 5 días y 2 meses. En cuanto a la ejecución, el apartado 6º del artículo 50 prevé que el tribunal establezca la sentencia en tiempo y forma de pago de las cuotas pudiendo señalar el pago inmediato, diferido o por plazos. La mayor flexibilidad del nuevo Código Penal incluso permite al juez rebajar el importe de las cuotas aún después de la sentencia si el penado empeorare su fortuna. Pese a las facilidades para el cumplimiento de la pena, si el penado no pagase la multa procederá la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53.

III. CONSECUENCIAS ACCESORIAS: especial referencia al comiso.

El nuevo Código Penal bajo el título De las consecuencias accesorias regula el comiso en los artículos 127 y 128 y una serie de medidas previstas para personas jurídicas y empresas. Tradicionalmente el comiso suponía la privación al delincuente de los instrumentos con los que ejecutaba el delito y de los efectos que provenían de él. El Código Penal de 1995 añade a estas privaciones la de las ganancias del delito cualesquiera que sean sus transformaciones. El comiso no es una pena, como lo consideraba el antiguo Código Penal, pues no pretende disuadir de la comisión del delito ni castigar el delito, ni guarda proporción con la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor. Tampoco es una medida de seguridad pues no obedece a la peligrosidad personal del responsable. Se trata en realidad de una consecuencia accesoria de naturaleza peculiar. Es necesaria la previa comisión de un delito o falta dolosos y el juez puede renunciar al comiso por razones de proporcionalidad cuando los objetos sean de lícito comercio.

En cuanto a las medidas aplicables a las personas jurídicas y empresas del artículo 129 del Código Penal:

- son consecuencias accesorias que privan a las personas físicas condenadas del instrumento peligroso que representa la persona jurídica o controlan su uso.
- Están previstas para los delitos cometidos en el ámbito de las personas jurídicas.
- Tienen por finalidad prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos.
- Poseen carácter facultativo y sólo se podrán imponer en los casos previstos en el Código Penal y no en todo delito.
- Finalmente algunas también podrán acordarse por el juez instructor durante la tramitación de la causa como medidas cautelares.

FIN

18.- LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

I. Individualización legal, judicial y administrativa.

La determinación de la pena es una especie de proceso de concreción que comienza en la ley y que concluye durante la ejecución de la pena impuesta. En este proceso hay que tener en cuenta tanto las exigencias del principio de legalidad como la necesidad de individualización judicial pues si llevásemos al extremo el principio de legalidad confiando por completo en la ley la fijación de la pena, tendríamos

un sistema injusto e ineficaz. Injusto al castigar con la misma pena a delinquentes distintos por hechos abstractamente iguales pero que en concreto resultan muy dispares. E **ineficaz** porque estas penas serían inadecuadas, desde el punto de vista preventivo, unas veces por exceso y otras por defecto. Por otra parte el libre arbitrio judicial absoluto conduciría a una sentencia indeterminada incompatible con las exigencias de seguridad jurídica.

En el Antiguo Régimen existía un libre arbitrio judicial, se permitía castigar con una pena superior a la establecida, castigar con una pena inferior a la establecida o incluso con una pena diferente. Era el arbitrio judicial absoluto. El legalismo llegó después de la Revolución Francesa imponiéndose un legalismo absoluto, las penas venían establecidas taxativamente lo que llevaba a ser tan injusto como el arbitrio absoluto. El Código Penal francés de 1810 fue el primero que estableció la pena entre un límite máximo y un límite mínimo y dentro de esos límites permitía al juez su propia valoración.

Es ya clásico distinguir tres fases dentro del proceso de determinación de la pena:

- la individualización legal
- la individualización judicial
- la individualización administrativa o penitenciaria

terminología que propuso SALEILLES en 1898.

1ª fase. En la 1ª etapa de **determinación o concreción legal**, el legislador señala en la parte especial la clase de pena así como su cuantía pero no de manera fija y absoluta sino entre un máximo y un mínimo lo que constituye el marco penal abstracto. Posteriormente este marco penal se modifica al aplicársele una serie de normas, normas que el legislador proporciona en el Código Penal para determinar la pena y así se obtiene el marco penal concreto.

2ª fase. La 2ª fase es la de **individualización o concreción judicial**. Aquí el juez o tribunal sentenciador sobre la base de la individualización legislativa, partiendo del marco penal concreto y a la vista de las circunstancias del caso individualizará la pena motivadamente pues la ley es fruto de un proceso de abstracción y no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho. La discrecionalidad de los jueces en nuestro sistema no es tan limitada como pudiera parecer. Además de la libre valoración de la prueba, el juez, en ocasiones, puede:

- elegir entre dos penas alternativas,
- puede imponer la pena superior o inferior en 1 ó 2 grados,
- puede suspender la ejecución de la pena o sustituirla.
- Es más, el nuevo Código Penal ha ampliado el arbitrio judicial.

3ª fase. Finalmente tenemos **la fase de individualización penitenciaria**, término preferible a la de administrativa porque la ejecución de **la pena también ha de ser regulada legalmente y controlada judicialmente**. Acontece cuando la pena está siendo cumplida en el correspondiente establecimiento penitenciario.

II. La determinación de la pena en el Código penal.

Las bases fundamentales o presupuestos en materia de de determinación de la pena son dos:

- la división de la pena en mitades (mitad superior, mitad inferior) que sirve a los efectos de adaptar la pena a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.
- La ordenación de estas penas en grados (pena superior en grado, pena inferior en grado).

A) La mitad superior y la inferior. La pena superior e inferior en grado.

División de la pena en su mitad superior e inferior.

En el antiguo Código Penal la división sólo podía ser efectuada en relación a las penas divisibles, es decir, a aquellas que se concretaban en una determinada cantidad de tiempo o de dinero, pues existen otras penas indivisibles como la pena de muerte vigente hasta la Constitución Española de 1978, la pérdida de la nacionalidad española, el comiso y la reprensión pública. En el nuevo Código Penal, algunas de estas penas han desaparecido y otras han cambiado de naturaleza, volviéndose consecuencias accesorias por lo que todas las penas son ahora divisibles y sus marcos penales se configuran en magnitudes temporales a excepción de la multa proporcional, entendiéndose dividido el periodo legal de su duración en dos partes iguales que forman la mitad superior e inferior.

Por ejemplo, el delito de violación se castiga con pena de 6 a 12 años.

1º) se calcula la extensión interna de la pena: límite máximo se le resta el límite mínimo ($12 - 6 = 6$)

2º) al límite mínimo se le suma la mitad de la extensión interna y así se calcula el término medio (la mitad de la extensión interna es $6/2=3$; al límite mínimo $6 + 3 = 9$)

3º) desde el límite mínimo hasta el término medio es la mitad inferior: 6 a 9

4º) desde el término medio hasta el límite máximo es la mitad superior: 9 a 12

13-05-02

Incluso es posible que el legislador fije el marco penal abstracto en una de las dos mitades. Entonces habría que dividir otra vez la pena y mitades para aplicar las reglas relativas a las atenuantes y agravantes.

Por ejemplo el artículo 164 del Código Penal que castiga el delito de secuestro bajo condición con la pena de 6 a 10 años. El artículo 165 prevé un subtipo agravado si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en ejercicio de sus funciones. En ese caso se castigará con la pena del artículo anterior en su mitad superior. Quedaría así una pena de 8 a 10 años. Esa pena de prisión de 8 a 10 años se entiende a su vez subdividida en una mitad superior y otra inferior:

– de 8 a 9 años sería la mitad inferior

– de 9 a 10 años sería la mitad superior.

En el Código Penal derogado se producía una compleja doble nomenclatura al hablarse de grado de la pena y de grado de la escala. Ahora con la división de la pena en mitades:

- por una parte se simplifica el criterio anterior
- de otro lado se evita la equívoca referencia a la palabra grado distinguiéndose claramente entre pena superior e inferior en grado y mitad superior e inferior de la pena
- en tercer lugar se aumenta el arbitrio judicial tanto por la mayor amplitud de las divisiones de las penas como por la inexistencia de criterios para la determinación dentro de la mitad correspondiente.

Para la determinación de la pena de multa, en principio se seguirán las mismas reglas. Así por ejemplo

si la pena es de 4 a 10 meses–multa, la mitad inferior sería de 4 a 7 meses–multa y la mitad superior de 7 a 10 meses–multa.

Sin embargo para la fijación del importe de las cuotas se tendrá en cuenta exclusivamente la situación económica del reo. No obstante cuando el Código así lo diga, la multa se establecerá en proporción al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado pudiendo el juez recorrer toda su extensión atendiendo no solo a las circunstancias atenuantes y agravantes sino sobre todo a la situación económica del culpable.

Por ejemplo el artículo 368 castiga el tráfico de drogas duras con penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. Si se aprehende una cantidad de heroína valorada en 100.000 €, se le puede imponer una multa de entre 100.000 a 300.000 €, siendo el término medio de 200.000 €, la mitad inferior entre 100.000 y 200.000 € y la mitad superior entre 200.000 y 300.000 €. Si se tratara de marihuana valorada en 100.000 €, la multa podría oscilar entre 100.000 € y 200.000 €, siendo el término medio 150.000 €, la mitad inferior iría de 100.000 a 150.000 € y la mitad superior entre 150.000 y 200.000 €.

La pena superior e inferior en grado

Eliminadas las escalas graduales del antiguo Código Penal, hoy se acoge un sistema más sencillo para la determinación de la pena superior e inferior en grado que coincide con el método antes previsto únicamente para la pena de multa de suma global (multa normal, no proporcional) sistema que ahora se aplica a toda clase de penas. El artículo 70 del nuevo Código Penal señala cómo debe formarse la pena superior o inferior en grado para que el juez pueda acudir a ella siempre que la ley lo ordene. El artículo 70.1.1ª del Código Penal establece:

1ª La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo.

El límite máximo de la pena superior en grado será la cantidad resultante de añadir, al límite máximo de la pena base, su mitad.

Así el artículo 325 castiga el delito ecológico con una pena de prisión de 6 meses a 4 años. El artículo 326 establece que para los casos del artículo 325 cuando concurren ciertas circunstancias, como por ejemplo que la industria sea clandestina, se pueda imponer la pena superior en grado. Para ello al límite máximo se le sumaría la mitad de su cuantía:

$4 + 2 = 6$ %%% la pena superior en grado sería de 4 a 6 años.

La fórmula para calcular la pena inferior en grado nos la da el artículo 70.1.2ª del Código Penal que establece:

2ª La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la Ley para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo.

El límite mínimo de la pena inferior en grado se calculará restando al límite mínimo de la pena base su mitad.

Así el artículo 164 castiga el delito de secuestro bajo condición con una pena de prisión de 6 a 10 años.

En el caso de que concurran unas circunstancias atenuantes (si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin lograr el objeto que se había propuesto) se le impondrá la pena inferior en grado a la del artículo 164. Así se tomaría el límite inferior y se le restaría su mitad

$6 - 3 = 3$ %%% la pena inferior en grado sería de 3 a 6 años.

Problemática también es la determinación de la pena inferior en grado a una pena cuya cifra mínima sea de cuantía impar (por ejemplo una pena de 7 arrestos de fin de semana) ya que aplicando la regla 2ª del apartado 1º del artículo 70 obtendríamos una pena inferior en grado con un límite mínimo fraccionado pero como no existen las penas de arresto de medio fin de semana o de medio día–multa habrá que prescindir de esos fragmentos de sanción.

El artículo 244.1 del Código Penal castiga el delito de robo de vehículos a motor con pena de 12 a 24 arrestos de fin de semana. El apartado 2 de ese artículo contempla un subtipo agravado si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, caso en el que la pena se aplicará en su mitad superior, lo que supondría una pena de 18 a 24 arrestos de fin de semana. La pena inferior en grado de esta última pena sería, el límite inferior igual a $9 \{ 18 - (1/2 \text{ de } 18) = 9 \}$ y el límite superior 18 arrestos de fin de semana. La pena inferior en 2 grados sería, el límite inferior igual a 4 ya que no se puede tomar la fracción $\{9 - (1/2 \text{ de } 9) = 4,5\}$ y el límite superior igual a 9.

En cuanto a la pena de prisión, los años se entenderán de 365 días y los meses de 30 días. La misma problemática podría reproducirse en la determinación de la pena inferior en grado y se resolverá de análoga forma.

El legislador ha señalado unos topes máximos en el apartado 2º del artículo 70, cuando al aplicar la regla para el cálculo de la pena superior en grado, ésta exceda de los límites máximos fijados en el Código. Así la pena de prisión que en principio tiene una duración máxima de 20 años, en este caso podrá alcanzar los 30 años. La equívoca redacción del número 1º, del apartado 2º del artículo 70 parece dar a entender que cuando al calcular la pena superior en grado, la pena de prisión exceda de 20 años, su duración máxima tendría que alcanzar obligatoriamente los 30 años, lo que es absurdo e innecesario pues el límite máximo de la pena superior en grado será el resultado de aplicar la regla 1ª del apartado 1º del artículo 70 y ello es así porque la ley no pretende en estos casos exasperar la pena sino evitar que la pena superior en grado exceda de 30 años de prisión aunque en realidad no existe ningún supuesto en el Código en que esto sea posible aplicando la regla 1ª del apartado 1º del artículo 70.

En el caso del artículo 368 que castiga el tráfico de drogas duras con pena de 3 a 9 años y del artículo 369 que castiga con la pena superior en grado si se dan algunas circunstancias. La pena superior en grado será, en cuanto al límite inferior 9 años y en cuanto al límite superior será el resultado de sumarle al límite superior, su mitad

$9 + (1/2 \text{ de } 9) = 13$ años y 6 meses %%% la pena superior en grado sería de 9 años a 13 años y 6 meses

Y la pena superior en dos grados a la del artículo 368 sería, como límite inferior 13 años y 6 meses y como límite superior

$13 \text{ años y } 6 \text{ meses} + (1/2 \text{ de } 13 \text{ años y } 6 \text{ meses}) = 20 \text{ años y } 9 \text{ meses}$

% %

6 años y 9 meses se supera el límite máximo para la prisión

La misma posibilidad se prevé en el apartado 2º del artículo 70 para otras penas como la inhabilitación absoluta o especial, la privación del derecho a conducir o a la tenencia y porte de armas, la multa y el arresto de fin de semana. A diferencia de lo que ocurre con los topes máximos del apartado 2º del artículo 70 que no pueden rebasarse, el legislador no ha querido limitar las disminuciones de pena, pudiéndose rebasar el mínimo legalmente previsto para cada clase de pena. Así podrán imponerse multas inferiores a 5 días, a 6 horas, privaciones del derecho a conducir inferiores a 3 meses, aunque 3 meses es el límite mínimo. Pero ello con una excepción:

- la prisión inferior a 6 meses se sustituirá conforme a las reglas vistas o si procede se suspenderá.

En cuanto al grado superior e inferior de la pena de multa no presenta especialidades y se rige por las mismas reglas del artículo 70.

Por ejemplo en el caso de la pena de multa por calumnias de 4 a 10 meses

- el grado superior será de 10 a 15 meses
- el grado inferior será de 2 a 4 meses.

14-05-02

B)Reglas para la determinación de la pena:

Los elementos que han de ser tenidos en cuenta para la determinación de la pena son:

- a) el grado de ejecución
- b) la forma de participación
- c) la concurrencia de circunstancias modificativas
- d) el concurso de delitos
- e) supuestos especiales.

- El grado de ejecución

Dentro del grado de ejecución:

1º) el artículo 61 dice que cuando la ley establece una pena se entiende que la impone a la infracción consumada. Se obtiene así el modelo básico de determinación de la pena que será el punto de partida de todo este proceso.

2º) Para la tentativa se impone la pena inferior en 1 ó 2 grados, dependerá del peligro inherente al intento y del grado de ejecución alcanzado. Ambos parámetros responden a la misma idea: el mayor o menor contenido de injusto, es decir, la cercanía o lejanía de la consumación y nacen del principio de tipicidad y legalidad así como del principio de ofensividad. Habrá que ver si es tentativa acabada o inacabada. En general la tentativa acabada (aquella en la que se han realizado todos los actos) comportará mayor peligro, justificando solo la rebaja de un grado y la tentativa inacabada (en la que se han realizado solo parte de los actos) supondrá un peligro menor permitiendo la aplicación de la pena inferior en 2 grados, aunque el nuevo Código Penal no impone una pena distinta para ambas tentativas con lo que el juez decidirá la disminución en 1 ó 2 grados. Así se amplian respecto al nuevo Código Penal los efectos de la frustración o tentativa acabada pues antes por frustración había que reducir un

grado y ahora se puede reducir obligatoriamente un grado y facultativamente 2 grados. Finalmente la expresión *en la extensión que estime adecuada* no se refiere a la concreción de la pena dentro del grado elegido porque en ese caso no se podrían tener en cuenta las reglas del artículo 66 sobre circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

3º) En tercer término, pena inferior en 1 ó 2 grados también se prevé para la provocación, conspiración y proposición en diversos artículos. Pero ahora ya no existe una cláusula general de punición de estos actos preparatorios sino que se castigan únicamente cuando la ley lo diga de forma expresa. Se refuerza así la excepcionalidad de su punición (castigo) y la regla general de fijar la intervención penal en el comienzo de la ejecución del delito.

- La forma de participación

Dentro de la forma de participación podemos decir:

1º) la pena que señale el Código Penal se entiende que es la impuesta a los autores. El término autor comprende tanto al autor en sentido estricto como a todos los que el artículo 28 considera o castiga como autores, es decir, a los inductores y cooperadores necesarios.

2º) A los cómplices les corresponde la pena inferior en 1 grado. La razón de ser de este descenso está en que el cómplice no realiza el hecho delictivo como propio sino que contribuye al hecho del autor, contribuye a un hecho ajeno. Se trata de actos accesorios subordinados a la existencia de un hecho principal. Rige aquí pues el principio de accesoriedad (el antiguo Código Penal entendía el encubrimiento como una nota añadida; hoy se entiende como un delito autónomo, un injusto propio recogido en el artículo 451 con una pena específica). El artículo 64 dispone la no aplicación de las reglas vistas cuando la tentativa y la complicidad se penen específicamente por la ley. Tentativa especialmente castigada por la ley es la tentativa de magnicidio (homicidio del Rey que se contempla en el artículo 485.2). Como ejemplos de complicidad específicamente castigada pueden citarse los artículos 518, 566 y 568. Son supuestos de concurso de normas resueltos por la ley a favor de la pena específicamente recogida en la parte especial.

Por otra parte en esta materia rige el artículo 65 que trata de la comunicabilidad de las circunstancias. Este precepto es una manifestación del principio de culpabilidad, por lo que las circunstancias personales serán intransmisibles a los otros coautores o partícipes y las relativas a la ejecución o a los medios empleados serán transmisibles cuando se conociesen. Así pues:

- las circunstancias personales ----- no transmisibles
- las circunstancias ejecutivas ----- transmisibles (alevosía,...)

- La concurrencia de las circunstancias modificativas

Dentro de estas destacan las eximentes incompletas que el Código Penal considera como circunstancias atenuantes aunque con efectos extraordinarios porque el artículo 68 obliga a imponer la pena inferior en 1 grado a la señalada por la ley y permite rebajar la pena en 2 grados. Tal discrecionalidad obliga al juez a razonar en la sentencia su elección del grado de la pena atendiendo para ello al número y entidad de los requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor y en su caso el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes, criterios que también se seguirán para determinar la extensión de la pena en su mitad superior e inferior sin someterse a las reglas del artículo 66 pues quien puede lo más (elegir el grado escalar) puede lo menos, esto es, elegir la extensión concreta de la pena.

A continuación estaría el resto de las circunstancias. Puesto que su eficacia es menor se toman en cuenta después de otras de mayor relevancia. La materia se regula en el artículo 66 y puede dividirse

del siguiente modo:

1º) inexistencia o concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes. La regla 1ª del artículo 66 permite al juzgador en tal caso recorrer todo el marco penal atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la menor o mayor gravedad del hecho.

Así si la pena del homicidio viene establecida de 10 a 15 años, el juez puede imponer 10, 11, 12, 13, 14 o 15 años pero ha de hacerlo razonadamente.

En la inexistencia de circunstancias la actual regulación supone una mayor libertad pues antes en este supuesto solo se podía elegir entre el grado mínimo o el medio de la pena, de ahí la obligación de razonarlo en la sentencia para que el arbitrio no degenera en arbitrariedad.

2º) La concurrencia de una atenuante. Según la regla 2ª del artículo 66, los tribunales no podrán rebasar la mitad inferior de la pena.

Así un homicidio en el que concurre la atenuante de arrebató pasional tendrá una pena máxima de 12 años y 6 meses ya que el término medio de la pena de homicidio (pena de 10 a 15 años) es 12 años y 6 meses siendo la mitad inferior de 10 a 12 años y 6 meses.

3º) La concurrencia de una o varias circunstancias agravantes. Si concurren una o varias agravantes a tenor de la regla 3ª del artículo 66 la pena se impondrá en su mitad superior. Habrá que confiar a la discrecionalidad de los jueces el que no se equiparen conductas de distinta gravedad. Aunque no se exija un razonamiento especial en la sentencia, el juez estará sometido a los principios de legalidad, igualdad y proporcionalidad.

4º) La concurrencia de 2 o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada. La regla 4ª del artículo 66, en tales casos, obliga a imponer la pena inferior en 1 grado y faculta a rebajar la pena en 2 grados. La rebaja en 1 ó 2 grados habrá de razonarse en la sentencia y elegido el grado, los tribunales impondrán la extensión que estimen conveniente según la entidad y número de las circunstancias.

15-05-02

Por atenuante muy cualificada ha de entenderse la que se da con una especial intensidad, con una intensidad superior a la normal de la respectiva atenuante. En el nuevo Código Penal no se menciona como requisito para aplicar esta regla 4ª el que dejen de concurrir circunstancias agravantes. Sin embargo ello sigue siendo necesario pues en caso contrario se estaría ignorando la regla 1ª que se ocupa de esos supuestos. Las atenuantes muy cualificadas a diferencia de las eximentes incompletas

– por una parte no pueden producir la rebaja en grado de la pena si concurre una agravante.

– Por otra parte no están previstas imperativamente por la ley sino que debe apreciarlas el juez en el caso concreto sobre la base de una atenuante ordinaria.

– Finalmente se apreciarán después de las eximentes incompletas.

- El concurso de delitos

En cuanto al concurso de delitos existen reglas especiales de determinación de la pena en los artículos 73 y siguientes. Todas las rebajas son acumulables. Así si en un sujeto concurren una eximente incompleta y es cómplice de un delito intentado (grado de tentativa), ha de ser tenido en cuenta. Después de las grandes rebajas se procede a tener en cuenta las circunstancias concretas.

e) Supuestos especiales

Las reglas vistas son de general aplicación pero en determinadas zonas del texto punitivo no se emplean pues el Código así lo dice.

1º) Así tendríamos el artículo 638, en materia de faltas que dice que los jueces aplicarán las penas según su prudente arbitrio, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72.

2º) Por otra parte el artículo 15.2 indica que las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.

3º) En tercer lugar respecto a los delitos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas también existen peculiaridades en los artículos 575 y 579.

4º) En cuarto término en materia de drogas el artículo 376 permite rebajar la pena en 1 ó 2 grados a los narcotraficantes arrepentidos.

5º) En quinto lugar ya estudiamos las especialidades de la determinación de la pena de multa, tanto de la multa impuesta por el sistema de los días–multa (artículo 50.2) como de la multa proporcional (artículo 52.2).

6º) Finalmente en relación con la imprudencia, al desaparecer la cláusula general de punición ya no está excluida del régimen general.

SUPUESTOS PRÁCTICOS

1.– ¿ Qué pena le correspondería al cómplice de un homicidio en grado de consumación en el que concurra una circunstancia agravante?

1.– Partimos del marco penal: homicidio, artículo 138, pena de 10 a 15 años

2.– Grado de ejecución: consumación –0º, artículo 61 = 10 a 15 años

3.– Forma de participación: complicidad, artículo 63, –1º = 5 a 10 años

4.– Circunstancias modificativas: agravante, regla 3ª del artículo 66, se impone la pena en su mitad superior. El término medio entre 5 y 10 años sería 7 años y 6 meses. Por tanto la pena que correspondería a este caso sería

SOLUCIÓN: PENA DE 7 AÑOS Y 6 MESES A 10 AÑOS

2.– ¿ Qué pena le correspondería al autor de un homicidio en grado de tentativa?

1.– Partimos del marco penal del homicidio: pena de 10 a 15 años (artículo 138)

2.– Grado de ejecución: tentativa, artículo 62, –1º ó –2º

pena inferior en un grado: 5 a 10 años

pena inferior en dos grados: 2 años y 6 meses a 5 años

3.- Forma de participación: autoría, artículo 61, -0º

si se le rebajó en 1 grado: pena de 5 a 10 años

si se le rebajó en 2 grados: pena de 2 años y 6 meses a 5 años

4.- Inexistencia de circunstancias modificativas: permite al juez recorrer todo el marco penal atendiendo a las circunstancias personales del delincuente o a la menor o mayor gravedad del hecho

si concurriera una agravante se impondría la pena en su mitad superior

SOLUCIÓN 3 años y 9 meses a 5 años

si concurriera una atenuante se impondría la pena en su mitad inferior

2 años y 6 meses a 3 años y 9 meses

3.- ¿ Qué pena le correspondería al cómplice de un homicidio en grado de tentativa en el que concurre una eximente incompleta?

1.- Partimos del marco penal del homicidio: pena de 10 a 15 años (artículo 138)

2.- Grado de ejecución: tentativa, artículo 62, -1º ó -2º

a) pena inferior en un grado: 5 a 10 años

b) pena inferior en dos grados: 2 años y 6 meses a 5 años

3.- Forma de participación: complicidad, artículo 63, -1º

- pena de 2 años y 6 meses a 5 años
- pena de 1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses

4.- Eximente incompleta, artículo 68, -1º ó -2º (nunca podrá exceder de 2 años y 6 meses)

- Rebaja de 1 grado

1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses

7 meses y medio a 1 año y 3 meses

- Rebaja de 2 grados

7 meses y medio a 1 año y 3 meses

3 meses y 3 semanas (3,75) a 7 meses y medio

5.- No concurren atenuantes ni agravantes, se aplican las reglas del artículo 68.

6.- Si la pena es inferior al mínimo, se aplican las reglas de sustitución por arresto de fin de semana o por días-multa:

- cada semana de prisión se sustituye por 2 arrestos de fin de semana
- cada día de prisión se sustituye por 2 cuotas de días–multa

FIN

20–05–02

19.– LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

I. Causas.

Existen supuestos en los que partiendo de la afirmación de un delito completo sin embargo la pena queda excluida puesto que el Estado renuncia al ejercicio de la potestad punitiva bien sea por las exigencias derivadas de algún principio del Derecho penal bien sea debido a que la no imposición de la pena o su no aplicación producen más ventajas que inconvenientes. Estaríamos ante las causas de exención o de exclusión de la pena. En este sentido el artículo 130 del nuevo Código Penal distingue seis causas de extinción de la responsabilidad criminal de las que unas presuponen la imposición de una pena, alguna solo opera antes de la condena (prescripción del delito, por ejemplo) y otras pueden concurrir tanto antes como después de la condena (la muerte del reo, por ejemplo).

1.– La muerte del reo

El principio de personalidad de las penas excluye la posibilidad de imponer y ejecutar una pena al reo muerto y menos a un tercero pues no cabe la responsabilidad criminal por hechos de otro y ello a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil derivada del delito, responsabilidad civil que se transmite y extingue conforme a las reglas del derecho civil (consultar el artículo 115 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 109 del Código Penal:

1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.)

2.– El cumplimiento de la condena

La mención de esta causa es innecesaria por obvia y manifiesta la mentalidad civilista que inspira la materia. Dado que el apartado 1º del punto 1 del artículo 1156 también dice que las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento. Así se hace una desafortunada comparación en la que la responsabilidad penal sería como una deuda que se paga y extingue con el cumplimiento de la pena. Sin embargo no es preciso el cumplimiento de las costas ni de la responsabilidad civil para el cumplimiento de la condena. Con todo es posible que reaparezca una especie de responsabilidad por medio de la anotación en el Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos de reincidencia.

3.– El indulto

El indulto es la remisión o exclusión total o parcial de la pena pero no de sus efectos. No elimina pues los antecedentes penales.

Los indultos pueden ser:

- generales
- particulares:

- ◆ totales
- ◆ parciales

Los indultos generales se concedían indiscriminadamente a los que hubiesen cometido determinada clase de delitos y han sido prohibidos por la Constitución Española (artículo 62.i e la Constitución Española) dado que representaban una negación del Derecho penal vigente, atentando contra el estado de derecho y el principio de legalidad por razones de conveniencia política.

Los indultos parciales se hacen en beneficio tan sólo de una persona. Estos pueden ser totales o parciales.

Son indultos totales cuando extinguen completamente la totalidad de las penas impuestas aún no cumplidas y se trata de indultos parciales cuando afectan sólo a alguno o algunas de las penas impuestas o a parte de ellas. Dado que la tramitación del indulto puede durar mucho tiempo, el apartado 4 del artículo 4 del Código Penal en una novedosa y acertada regulación, permite suspender la ejecución de la pena cuando mediare petición de indulto y la ejecución de la pena pueda vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o pueda hacer ilusoria la finalidad del posible indulto.

4.– El perdón del ofendido

A diferencia del antiguo Código Penal en el que el perdón extinguía la responsabilidad penal en todos los delitos perseguibles a instancia de parte, hoy solo tiene virtualidad cuando la ley así lo prevea expresamente como en los delitos de injurias y calumnias (se entiende que el bien jurídico es personalísimo y por eso es disponible).

Artículo 215.3 del Código Penal:

3. El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código.

El perdón debe otorgarse de forma expresa y antes de que se inicie la ejecución de la pena. El nº 4 del artículo 130 también contempla una prudente disposición para evitar posibles abusos de los representantes del menor o incapacitado.

5 y 6.–La prescripción del delito y de la pena

La prescripción consiste en la exclusión de la pena impuesta o a imponer por el transcurso del tiempo. Hay dos clases de prescripción:

- la del delito
- la de la pena.

La diferencia entre ambas está en la existencia de una condena. El fundamento material de la prescripción se halla en la seguridad jurídica, la imposibilidad de realización de los fines de la pena, la falta de necesidad de pena y la pérdida de interés en la punición tras el transcurso de cierto tiempo.

En cuanto al fundamento procesal, que sólo afecta a la prescripción del delito, se encuentra en las dificultades probatorias que el transcurso del tiempo conlleva. Los artículos 131 y 133 señalan unos plazos de prescripción siguiendo el criterio de la gravedad. Además son más breves si el delito no ha sido juzgado que si la pena ya ha sido impuesta.

El artículo 131 establece:

1. Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los cinco, los restantes delitos graves.

A los tres, los delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2. Las faltas prescriben a los seis meses.

3. Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

4. El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.

El artículo 131 dejó sin contemplar el plazo de prescripción cuando la pena señalada por la Ley sea inhabilitación por 10 años o prisión por 10 años. Tomando la solución pro reo se tomaría para estos casos el plazo de 10 años.

El artículo 133 establece:

1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los veinticinco años, las de prisión de quince o más años.

A los veinte, las de inhabilitación por más de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince.

A los quince, las de inhabilitación por más de seis y menos de diez años y las de prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los diez, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso.

El artículo 133 dejó sin contemplar el plazo de prescripción cuando la pena impuesta sea inhabilitación por 10 años o prisión por 10 años. Tomando la solución pro reo se establecería para estos casos el plazo de 15 años.

Novedosa es la declaración de imprescriptibilidad del delito de genocidio y de sus penas (no prescriben). El término de la prescripción del delito empezará a correr desde su comisión y el de la pena desde la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena. El artículo 132 contiene reglas especiales para los delitos continuados y permanentes, casos en los que el cómputo se iniciará cuando se hubiese realizado la última infracción o desde que se eliminó la situación ilícita. Asimismo la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril añadió otros supuestos especiales de cómputo en determinados delitos cuando la víctima fuese un menor de edad contándose los plazos desde que alcanzase la mayoría de edad y si falleciese antes desde la fecha del fallecimiento. A diferencia del antiguo Código Penal, la prescripción de la pena ya no se interrumpe por la comisión de otro delito aunque la prescripción del delito sí puede interrumpirse cuando se diriga el procedimiento contra el culpable quedando sin efecto el tiempo transcurrido antes de la interrupción en el caso de que el plazo vuelva a correr de nuevo. El nuevo Código Penal también regula la prescripción de las medidas de seguridad en el artículo 135.

II. Cancelación de antecedentes penales.

Una vez cumplida la pena, el reo sigue estando sometido a un efecto de la pena: a los antecedentes penales, que suponen la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de la pena impuesta. Los antecedentes penales según la ley Penal o la Ley Procesal Penal posibilitan la aplicación de la agravante de reincidencia. Pueden impedir la suspensión o la sustitución de las penas privativas de libertad a través del concepto de reo habitual y pueden determinar la denegación de la libertad provisional. Está regulado en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Además conforme a otras leyes y de manera inmediata y automática:

- impiden el acceso a determinados cargos públicos
- restringen el ejercicio de ciertas actividades que necesitan permiso o licencia de algún organismo público (incapacidad para contratar con el Estado, licencia de caza, permiso de armas, carnet de conducir o pasaporte,...)
- Además su conocimiento por los particulares puede condicionar la concesión de un empleo.

21-05-02

Para limitar los efectos negativos de los antecedentes penales, el Código Penal consagra como derecho subjetivo, la obtención de su cancelación, estableciendo como requisitos generales la satisfacción de las responsabilidades civiles salvo en los casos de insolvencia y el transcurso de unos plazos sin delinquir de nuevo el culpable (esos plazos oscilarían entre 6 meses y 5 años para penas graves; 2 años para las penas privativas de libertad inferiores a 1 año; 3 años para las penas privativas de libertad menos graves, es decir de 1 a 3 años).

El apartado 4º del artículo 136 sigue repitiendo un defecto tradicional pues admite las certificaciones de inscripciones canceladas lo que carece de justificación ya que no pueden tener ninguna eficacia por lo que contradicen el sentido rehabilitador que la cancelación debe poseer.

Por otra parte el apartado 5º del artículo 136 establece la cancelación de oficio si a pesar de cumplirse los requisitos esta no se ha producido lo que manifiesta el carácter de derecho subjetivo de la cancelación. La rúbrica que encabeza los artículos 136 y 137 habla hoy de antecedentes delictivos frente a los tradicionales antecedentes penales, lo que es un acierto pues ahora se abarcan no sólo las anotaciones de las penas sino también la de las medidas de seguridad a cuya cancelación se dedica el artículo 137. Dicha cancelación de las medidas de seguridad no está sujeta a plazos.

El artículo 136 establece:

1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia e Interior, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

2. Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:

1º Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que el reo hubiera venido a mejor fortuna.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el artículo 125 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el Juez o Tribunal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada.

2º Haber transcurrido sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.

3. Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional.

4. Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, ésta última circunstancia.

5. En los casos en que a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia e Interior, ésta no se haya producido, el Juez o Tribunal, acreditadas tales circunstancias ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes.

El artículo 137 del Código Penal establece:

Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley.

FIN

20.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y COSTAS PROCESALES

I. La responsabilidad civil nacida de delito o falta.

La responsabilidad civil no es una institución propia del Derecho penal pero puede considerarse como una consecuencia del delito. Su naturaleza no es penal sino civil. (Consultar los artículos 1089 y 1092 del Código Civil) Sin embargo el Código Penal la regula por razones pragmáticas, pues la sentencia penal puede pronunciarse sobre la responsabilidad civil y también sobre las costas.

- **Contenido.**

Según el artículo 110 del Código Penal, la responsabilidad civil derivada del delito o falta comprende:

- la restitución,
- la reparación del daño y
- la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La restitución del artículo 111 del Código Penal

La restitución supone la devolución de la cosa ilegítimamente desposeída siempre que sea posible. La restitución puede ser física o jurídicamente imposible por haber desaparecido la cosa o porque un tercero haya adquirido el bien de forma irrevindicable (las adquisiciones de terceros por buena fe se regulan en el artículo 464 del Código Civil y también en el Código de Comercio). En estos casos la restitución se transformará en indemnización, al igual que sucede en parte cuando la cosa tiene deterioros o menoscabos.

El artículo 111 del Código Penal 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 la Leyes para hacerlo irrevindicable.

La reparación del daño del artículo 112 del Código Penal

Como hasta ahora la obligación de reparar podrá consistir en dar pero también en hacer o no hacer, según estime el Juez. Por daño habrá que entender el daño emergente, es decir, el que resulta efectiva y materialmente en el objeto del delito. El juez, para valorar el daño, atenderá a su naturaleza y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable. La mención al culpable implica una confusión entre responsabilidad penal y civil.

El artículo 112 del Código Penal establece:

La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

La indemnización de perjuicios del artículo 113 del Código Penal

Perjuicio será todo mal derivado directamente del delito que no constituya daño y se equipara con el lucro cesante o ganancias dejadas de obtener a consecuencia del delito. Se trata de indemnizar las ganancias seguras y no las meramente posibles y menos los sueños de ganancia. Los perjuicios pueden ser:

- materiales
- morales. Su valoración resulta en ocasiones sumamente difícil.
- Personas civilmente responsables.

En principio el que responde criminalmente también responde civilmente (así lo dice el artículo 116 del Código Penal), claro está, siempre que al daño penal siga un daño civil susceptible de resarcimiento, lo que no siempre sucederá. El artículo 116 establece:

1. 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.

2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: Primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

Sin embargo existen supuestos en los que hay un responsable penal que es el principal responsable y en caso de que éste no responda, lo hará otro subsidiariamente. Me refiero a los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria de los artículos 120 y 121. Los supuestos del artículo 120 se fundamentan o bien en la culpa (como los números 1º y 3º del artículo 120) o bien en la creación de un riesgo conforme al principio UBI COMMODA, IBI INCOMMODA (el que se beneficia de algo también debe soportar los perjuicios).

Los números 1º y 3º del artículo 120 se ocupan de los padres o tutores y del titular de un establecimiento en el que se haya cometido un hecho delictivo como consecuencia de la infracción de Reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad por los titulares.

Por otra parte los números 2º, 4º y 5º del artículo 120 se refieren a las infracciones cometidas utilizando medios de comunicación mediante vehículos utilizados por dependientes de sus titulares (caso de los transportistas) y hechos punibles cometidos por los empleados en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

El artículo 120 del Código Penal establece:

Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1º 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.

2º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio y 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 artículo 212 de este Código.

3º 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.

4º 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.

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

El artículo 121 regula la **responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos dolosos o culposos que cometan los empleados públicos siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos**. La exclusión de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en el caso de las faltas, que realiza el nuevo Código Penal es criticable, pues esta responsabilidad debería alcanzar a toda infracción penal como sucede con los sujetos privados. Si no se puede obtener el resarcimiento en el proceso penal se acudiría a la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El artículo 121 del Código Penal establece:

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

El Código Penal también contempla una serie de supuestos especiales de responsabilidad civil en los **casos de pluralidad de responsables** en los que según el artículo 116, los autores y cómplices responden solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las de los demás responsables. También existen supuestos especiales de responsabilidad civil en los casos de:

- aseguradores, en el artículo 117 (*Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.*)
- de exención de la responsabilidad criminal del artículo 118, esto es:
 - ◇ el trastorno mental,
 - ◇ la intoxicación plena,
 - ◇ alteración de la percepción,
 - ◇ estado de necesidad,
 - ◇ miedo insuperable y
 - ◇ error invencible.

Finalmente también constituye un supuesto especial:

– el enriquecimiento sin causa del artículo 122 (*El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.*)

II. Las costas procesales.

Las costas tampoco tienen naturaleza penal sino procesal. Las costas procesales son los efectos económicos del proceso penal pero no todos los gastos del proceso constituyen costas sino solo los gastos procesales cuyo pago recae sobre las partes. El artículo 123 las impone a los responsables penales (*Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta.*) y el artículo 124 incluye en ellas los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales y los honorarios de la acusación particular en los delitos perseguibles sólo a instancia de parte (*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.*).

Pero la condena en costas del reo insolvente es de dudosa constitucionalidad pues el artículo 119 de la Constitución Española dispone:

La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

III. Cumplimiento de la responsabilidad civil.

Bajo la rúbrica del cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias, el artículo 125 faculta al Juez para fraccionar el pago de las responsabilidades pecuniarias cuando los bienes del responsable civil no sean suficientes y el artículo 126 establece un orden de preferencia en el pago de las responsabilidades pecuniarias.

El artículo 125 establece:

Quando 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.

Los pagos, según el artículo 126, se imputarán:

- 1º) a la reparación de daños e indemnización de perjuicios
- 2º) a la indemnización al Estado
- 3º) a las costas del acusador particular o privado
- 4º) a las demás costas
- 5º) a la multa

Pero en los delitos relacionados con el narcotráfico, el artículo 378 del Código Penal, contiene una extraña excepción al orden de prelación de pagos dado que la multa precede a las costas de la acusación y defensa y demás costas.

Finalmente en los delitos perseguibles a instancia de parte, las costas del acusador privado se satisfarán antes que la indemnización al Estado.

FIN

22-05-02

21.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Concepto. Fundamento. Clases.

Las medidas de seguridad consisten en la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta coactivamente por el Estado a inimputables o semi-imputables.

Su fundamento se encuentra, según los artículos 6 y 95, en la concurrencia de un **pronóstico de peligrosidad criminal unido a la previa comisión de un hecho delictivo. Sólo se admiten pues las medidas de seguridad postdelictuales.** Con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Penal se distinguía entre:

- medidas de seguridad antedelictuales o predelictuales y
- medidas de seguridad postdelictuales.

Las medidas de seguridad predelictuales ya habían sido rechazadas por la doctrina dada la arbitrariedad e inseguridad jurídica que comportaba la imposición de privaciones o restricciones de libertad o de derechos a quienes no habían cometido ningún delito. Por ello el Tribunal Constitucional acabó con las medidas predelictuales en sus Sentencias 159/85, 23/86 y 21/87, declarando de facto (de hecho) inconstitucional la Ley 16/1970, de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social.

II. Penas y medidas de seguridad.

Si la pena es la consecuencia jurídica del delito y se funda en la culpabilidad, **la medida de seguridad es la consecuencia jurídica de la peligrosidad postdelictual del sujeto delincuente.** A diferencia del delito que es una conducta humana, la peligrosidad es una situación o status que ha de ser formulado judicialmente. **Se trata de un juicio de futuro al suponer la afirmación de una probabilidad de delinquir,** es decir, **la peligrosidad no es mas que un pronóstico.** Así lo establece el artículo 95:

1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurran estas circunstancias:

1ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 105.

Por otra parte para la aplicación de una medida de seguridad se exige la concurrencia de delitos (es el caso de los inimputables) o de hechos sancionados como delitos (de los semi-imputables). Las medidas de seguridad expresan exclusivamente la idea de prevención especial y sus fines son pedagógicos y asistenciales. Sin embargo, las medidas de seguridad, al igual que las penas, se encuentran afectadas

por el principio de legalidad. Así el artículo 1 en su apartado 2º recoge la exigencia de ley previa y el artículo 2 en su apartado 1º habla de la prohibición de retroactividad, salvo que sea pro-reo.

Igualmente las medidas de seguridad están rodeadas de las mismas garantías jurisdiccionales y de ejecución; así lo establece el artículo 3 del Código Penal:

1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

2. 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.

Las medidas de seguridad también han de ser:

- postdelictuales así como
- suspendibles y
- sustituibles y
- estarán limitadas temporalmente

Por último las medidas de seguridad como las penas estarán sometidas al principio de proporcionalidad pues la medida de seguridad no podrá ser mas gravosa ni tener mayor duración que la prevista para el delito y tampoco podrá exceder de lo necesario para conjugar la peligrosidad criminal del autor. Por tanto su imposición no es obligatoria.

III. Las medidas de seguridad en la legislación española.

El nuevo Código Penal adopta el sistema vicarial. Según este sistema la medida de seguridad ha de cumplirse en primer lugar y el tiempo de ejecución ha de imputarse al de cumplimiento de la pena impuesta (artículos 99 y 104 del Código Penal).

El artículo 99 dispone:

En el caso de 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 artículo 105.

El artículo 104 dispone:

En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento solo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

Cumplida la medida de seguridad el Juez podrá dejar en suspenso la ejecución del resto de la pena si su cumplimiento aparece ya como inútil. Sólo el Juez o Tribunal sentenciador, tras un proceso penal con todas las garantías en que se acredite la comisión de un hecho delictivo, puede imponer algunas de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad se describen en el artículo 96 y pueden ser:

- **privativas de libertad.** Entre las medidas de seguridad privativas de libertad se encuentra:
 - ◊ el internamiento en centro psiquiátrico de deshabitación o
 - ◊ el internamiento en centro educativo

- **no privativas de libertad.** En cuanto a las medidas de seguridad no privativas de libertad están integradas por:
 - ◊ la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares
 - ◊ la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores
 - ◊ la privación de licencia o del permiso de armas
 - ◊ la inhabilitación profesional
 - ◊ la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España
 - ◊ otras previstas en el artículo 105 del Código Penal: sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares; 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; prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas; sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario,....

Es criticable que no se hayan enumerado todas las medidas no privativas de libertad en un solo artículo pues su doble enumeración, superpuesta en los artículos 96 y 105, no favorece la claridad. La imposición de estas medidas exigirá previamente acreditar la existencia de alguna de las causas de inimputabilidad o semi-imputabilidad previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 o en el artículo 21, número 1 respecto a las eximentes incompletas, es decir:

- el trastorno mental
- la intoxicación alcohólica o drogadicción o
- sufrir alteraciones en la percepción.

Los tres tipos de centros que se contemplan habrán de ser públicos o privados con la debida homologación pues no cabe pensar en el cumplimiento de medidas en centros no sometidos a control público. Asimismo, el tipo de centro se corresponderá con la naturaleza de la exención.

Por otra parte, si el delito cometido no lleva aparejada una pena privativa de libertad, no cabe imponer medida de seguridad privativa de libertad (artículo 104 del Código Penal). Se trata de un catálogo amplio para que el Juez pueda individualizar la aplicación de la medida a las características personales del delincuente, lo cual es reflejo del mandato constitucional que también orienta las medidas de seguridad hacia la reinserción social. Así lo establece el artículo 25.2 de la Constitución Española:

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Todas las medidas de seguridad están en régimen de igualdad y puede optarse por imponer cualquiera de ellas. Como medidas especiales el Código también regula la inhabilitación y la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España. El Defensor del Pueblo había denunciado

reiteradamente la inercia judicial a mantener indefinidamente los internamientos decretados a los autores de delitos graves. Por ello el legislador estableció expresamente la revisión periódica de la decisión inicialmente adoptada, de manera que al menos una vez al año, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, ha de realizarse, en un procedimiento contradictorio con asistencia letrada, el estudio del mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de las medidas privativas de libertad inicialmente impuestas. Sólo el quebrantamiento de una medida de seguridad privativa de libertad por un semi-imputable daría lugar a la responsabilidad penal conforme al artículo 468 sobre quebrantamiento de condena o medida de seguridad. En el resto de los casos, al tratarse de inimputables carecería de sentido prever la responsabilidad penal pero el quebrantamiento de la medida sea o no privativa de libertad sí puede ser un síntoma de su ineficacia o inadecuación a la personalidad del sujeto y abrir con ello la vía de la modificación o sustitución de una medida por otra.

FIN

6